C-375-95

Sentencia No. C-375/95

CONTRATO-Actividad consultiva/TRIBUNAL ADMINISTRATIVO-Competencia

No vulnera la Constitución la asignación de la función consultiva, al tribunal administrativo respectivo, porque si bien la función consultiva la ejerce el Consejo de Estado en relación con asuntos de administración correspondientes al Gobierno Nacional, no se opone a aquélla la asignación que haga la ley de dicha función consultiva, cuando se trate de celebración de contratos relativos a la vigilancia fiscal en empresas de servicios públicos en las cuales posean acciones o aportes las entidades territoriales, porque los tribunales administrativos hacen parte, según la Constitución, del sistema de la jurisdicción contenciosa administrativa que cumple, entre otras, funciones consultivas, y su competencia se circunscribe a asuntos que tienen relación con la administración distrital, departamental o municipal. Además, la anterior interpretación es la que mejor consulta el principio contenido en el art. 228 de la Constitución sobre el funcionamiento desconcentrado de la actividad judicial.

Expediente D-794

NORMA ACUSADA:

Ley 142/94, artículo 27, segmento 27.4.

ACTOR:

Luis Fernando Alvarez Jaramillo.

MAGISTRADO PONENTE:

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. ANTECEDENTES.

El ciudadano Luis Fernando Alvarez Jaramillo en ejercicio de la acción consagrada en los artículos 40-6 y 241-5 de la Constitución, demandó la declaración de inexequibilidad de algunos apartes del segmento normativo 27.4 del art. 27 de la ley 142 de 1994, por considerarlo violatorio de diferentes normas constitucionales.

Agotados los trámites propios del proceso de constitucionalidad establecidos por el decreto 2067 de 1991, procede la Corte a adoptar el correspondiente fallo de mérito.

II. LA NORMA ACUSADA.

Se transcribe enseguida el texto de la norma del artículo 27 de la ley 142 de 1994, en lo pertinente, destacando en negrilla los apartes normativos objeto de la impugnación:

LEY 142 DE 1994

Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

CAPITULO II

Participación de entidades públicas en empresas

.....

27.4 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, mientras las empresas no hagan uso de la autorización que se concede en el inciso siguiente.

El control podrá ser realizado por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos y contratadas previo concepto del Consejo de Estado o del Tribunal Administrativo competente, según se trate de acciones o aportes nacionales o de las entidades territoriales.

III. LA DEMANDA.

a) Normas constitucionales violadas.

Considera el actor que la norma acusada infringe los artículos 267 y 272, inciso 6o. de la Constitución.

b) Concepto de la violación.

Los argumentos para establecer la pretendida infracción se concretan por el actor en los siguientes términos:

El artículo 267 de la Constitución le asigna a la Contraloría General de la República la competencia para ejercer la función pública de control fiscal. Igualmente este control lo ejercen las contralorías departamentales, distritales y municipales.

El inciso 2o. de la referida norma prescribe que el control será posterior y en forma selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley, y luego dispone:

"Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado…"

Dice el demandante que "…no son las empresas de Servicios, como sostiene el artículo 27 en su numeral 4 de la ley 142 de 1994, las que pueden directamente hacer uso de la

autorización de contratar la vigilancia del control fiscal a que están sometidas cuando de alguna forma está comprometido el patrimonio del estado. En ellas dicha autorización debe originarse en la Contraloría misma que es el órgano que realmente tiene competencia para hacer la contratación respectiva con dichas compañías privadas y goza de completa autonomía tanto administrativa como presupuestal para hacerlo".

Agrega el demandante que los fragmentos normativos acusados violan igualmente el 6o. del artículo 272 de la Constitución, el cual señala:

"Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal".

Luego precisa el concepto de la violación de la referida norma de la siguiente manera:

"El inciso 2o. del numeral cuarto del artículo 27 de la ley 142 de 1994, parece pues olvidar la autonomía tanto de carácter administrativa como presupuestal que poseen las contralorías departamentales, distritales y municipales y que es la que les permite contratar de forma directa la vigilancia fiscal por parte de empresas privadas colombianas".

"Dichas empresas pueden ejercer un control y vigilancia sobre las empresas de servicios públicas en las que tengan de alguna manera el Estado, en sus diversos niveles, comprometido su patrimonio, solamente en la medida en que las mismas hayan sido contratadas de manera directa por las respectivas contralorías, pues son estas quienes tienen la autonomía reconocida por normas constitucionales para poder contratar tal vigilancia fiscal".

IV. INTERVENCION DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.

El ciudadano Pablo Segundo Galindo Nieves en su calidad de interviniente en favor de la Contraloría General de la República, presentó un escrito en el cual coadyuvó las pretensiones de la demanda y solicitó a la Corte, en consecuencia, declarar la inexequibilidad del aparte normativo acusado.

El interviniente sustenta su coadyuvancia señalando, en primer lugar que del tema a que se refiere la norma acusada ya se había ocupado la ley 42 de 1993 (arts. 31, 32, 33 y 34), en el sentido de que los órganos de control fiscal podían contratar la vigilancia de la gestión fiscal con empresas privadas colombianas, previo concepto del Consejo de Estado, señalando, además, que la función del contratista consistía en revisar y sugerir el fenecimiento de las cuentas y que, en caso de observaciones, debía "remitirlas con todos sus soportes para que el respectivo órgano de control fiscal adelante el proceso de responsabilidad fiscal, si es el caso"(art. 33).

Luego de señalar el hecho de que el legislador al expedir la norma acusada ha pretendido modificar el régimen de competencias respecto a la vigilancia del control fiscal, concluye el apoderado de la Contraloría precisando lo siguiente:

"En consecuencia, es claro advertir la inconstitucionalidad de la norma acusada, toda vez

que al legislador, como quedó demostrado, no le es dable suprimirle a los órganos de control, la competencia que constitucionalmente les deviene para contratar en los casos especiales señalados por la ley, la vigilancia de la gestión fiscal con empresas privadas colombianas, y radicar dicha atribución en uno o alguno de los sujetos pasivos del control fiscal, como lo hace en el numeral 4 del artículo 27 de la ley 142 de 1994, sometida a control constitucional".

V. INTERVENCION DEL MINISTERIO DE DESARROLLO ECONOMICO.

La ciudadana Claudia Cecilia Martínez Franky, quien interviene en interés tanto del Ministerio de Desarrollo Económico, según poder otorgado en debida forma, impugnó por escrito la demanda y reclamó a la Corte la declaración de exequibilidad del fragmento normativo demandado.

Es de anotar que el referido poder fue posteriormente sustituido en la persona de la abogada Ana María Mónica Vargas.

El argumento central que apoya la solicitud de la interviniente se resume en el siguiente párrafo de su escrito:

"El accionante está dando una interpretación errada al texto del artículo, toda vez que en ningún momento se desconoció la función de la Contraloría de ejercer el control fiscal o de ejercerlo a través de empresas privadas, previo cumplimiento de los trámites establecidos en la ley 42 de 1993"

"Al referirse al control realizado por empresas privadas, no puede entenderse que se está dando la opción a las empresas que prestan servicios públicos de escoger entre la Contraloría y las empresas privadas para efectos de ser vigiladas fiscalmente".

VI. CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

En virtud del impedimento que inhibe al señor Procurador de intervenir en el presente proceso, y que fue admitido por la Corte, el concepto de rigor se rindió por intermedio del señor Viceprocurador General, en escrito del 17 de abril de 1995 solicitó a la Corte declarar la inexequibilidad de la norma acusada.

Las razones que aduce la Procuraduría para fundamentar su petición se resumen así:

– La armonización de las normas constitucionales señaladas como infringidas, según la demanda, demuestran el quebrantamiento de la autonomía de que gozan las contralorías, aún a nivel departamental y municipal, para la contratación de la vigilancia de la gestión fiscal.

– De los artículos 267 y 272 de la Constitución es "fácil advertir que no son las empresas de servicios públicos con aportes estatales las que pueden directamente hacer uso de la autorización de contratar la vigilancia del control fiscal con empresas privadas colombianas. De las normas superiores se desprende que el control fiscal es una función pública ejercida en forma independiente por la Contraloría General de la República y por las contralorías departamentales y municipales. No podía entonces la ley, en lo acusado, autorizar a las

empresas de servicios públicos a ejercer una función de la que constitucionalmente está encargada la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales y municipales, pues al hacerlo ignoró la autonomía administrativa y presupuestal de éstas que constitucionalmente les permite contratar de forma directa la vigilancia fiscal con las empresas privadas colombianas".

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para resolver sobre la presente demanda en virtud de las atribuciones que le asigna el artículo 241-4 de la Constitución Política.

2. Cosa juzgada constitucional.

En la sentencia No. C-374 del 24 de agosto de 19751 la Corte resolvió declarar inexequible la expresión "mientras las empresas no hagan uso de la autorización que se concede en el inciso siguiente" que forma parte del segmento normativo 27.4 del art. 27 de la ley 142 de 1994, con fundamento en los siguientes argumentos:

"….La vigilancia fiscal y su ejercicio mediante contratación".

"Como se expresó anteriormente, la "vigilancia de la gestión fiscal" es una función activa que comprende mucho más que el control "numérico legal", reducido a la confrontación de una simple legalidad formal y a la valoración contable de los recursos, a lo cual se reducía anteriormente la labor de la Contraloría, pues hoy "incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales".

"La regla general es que el control fiscal es posterior y selectivo, con lo cual se superó el uso del desprestigiado sistema del control previo e indiscriminado, que dio lugar, con no poca frecuencia, a la abusiva injerencia de la Contraloría como coadministrador de la gestión pública. Por ello la Constitución autoriza el examen de la gestión y de los resultados en el manejo de los recursos y bienes públicos, de manera que se pueda establecer y evaluar la eficiencia, la economía, la equidad y los costos ambientales en el ejercicio de esa gestión".

"En aras de un ejercicio ágil y eficaz de la vigilancia fiscal, la Constitución autorizó a la Contraloría General de la República, para contratar, en casos especiales y bajo los parámetros que señale la ley, la labor de vigilancia con "empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos…. previo concepto del Consejo de Estado".

"La ley 42 de 1993 sobre el control fiscal, señaló los eventos en que se puede acudir al referido mecanismo de excepción, y en tal sentido dispuso:

"ARTICULO 31. Los órganos de control fiscal podrán contratar la vigilancia de la gestión fiscal

con empresas privadas colombianas, previo concepto sobre su conveniencia del consejo de Estado. Estas serán escogidas por concurso de mérito en los siguientes casos:

a) Cuando la disponibilidad de los recursos técnicos, económicos y humanos no le permitan al órgano de control ejercer la vigilancia fiscal en forma directa.

b) Cuando se requieran conocimientos técnicos especializados.

c) Cuando por razones de conveniencia económica resultare más favorable.

PARAGRAFO. La Contraloría General de la República determinará las condiciones y bases para la celebración del concurso de méritos, así como las calidades que deben reunir las empresas colombianas para el ejercicio del control fiscal pertinente.

Los contratos se celebrarán entre el contralor respectivo y el concursante seleccionado con cargo al presupuesto del órgano de control fiscal correspondiente. La información que conozcan y manejen estos contratistas será de uso exclusivo del organismo de control fiscal contratante".

"En el mismo sentido se autorizó por la Constitución el ejercicio de la vigilancia fiscal a nivel regional y local, de manera que las contralorías departamentales y municipales, pueden también celebrar contratos, en términos similares, con empresas nacionales de carácter particular".

"Resulta absolutamente claro de los textos constitucionales en referencia, que la vigilancia fiscal es una atribución exclusiva de los organismos de control fiscal. Por consiguiente, son éstos los que pueden habilitar a una empresa privada mediante el mecanismo de la contratación para ejercer dicha atribución, y nunca la entidad vigilada o controlada. Si se admitiera que las empresas de servicios públicos con participación oficial pudieran contratar su vigilancia fiscal, ello iría en contra de la filosofía de dicho control, el cual supone que éste se ejerce por organismos externos a la entidad, como son las respectivas contralorías. En otros términos, la Constitución no autoriza el autocontrol fiscal".

"Por lo demás, no se puede confundir el ejercicio contractual de la vigilancia fiscal, con la organización y el funcionamiento en las entidades públicas del sistema de control interno que igualmente prevé la Constitución, según el diseño que disponga la ley, el cual también puede contratarse con el sector privado, bajo ciertas condiciones".

(……)

"La ley 142 de 1994, dispuso en el numeral 4 de su artículo 27 que son bienes de la Nación, de las entidades territoriales o descentralizadas los aportes de capital hechos por estos organismos en las empresas de servicios públicos de participación oficial, lo mismo que los derechos que ellos confieren sobre el resto del patrimonio y los dividendos que puedan corresponderles".

"El exceso de la norma frente al referente normativo constitucional es evidente, pues la ley ha trasladado, sin fundamento alguno, la atribución de las contralorías de contratar la vigilancia fiscal a las empresas de servicios públicos con participación oficial, con lo cual se

incurrió en el quebrantamiento del artículo 267".

En razón de la cosa juzgada constitucional que ampara sus decisiones, según los artículos 243 de la Constitución Política y 46 del Decreto 2067 de 1991, no hay lugar a un nuevo pronunciamiento sobre el punto; por lo tanto, en la parte resolutiva se ordenará estarse a lo resuelto en la referida sentencia.

3. Análisis del cargo con respecto al inciso final del segmento normativo 27.4 del art. 27 de la ley 142/94.

En el presente caso el demandante no sólo pide la declaración de inexequibilidad de la expresión "mientras las empresas no hagan uso de la autorización que se concede en el inciso siguiente" que hace parte del segmento normativo 27.4 del art. 27 de la ley 142 de 1994, sino que su pretensión se extiende a que se declare igualmente la inexequibilidad del inciso final del referido segmento normativo.

La Corte analizará el mérito del cargo no obstante observar un defecto sustancial de técnica en su formulación, pues aun cuando el actor expresamente alude en su demanda a dicho inciso al formular su impugnación, realmente la acusación se centra y dirige única y exclusivamente contra la aludida expresión.

El inciso final del fragmento normativo 24.4 en referencia no viola ningún precepto de la Constitución. En efecto, inicialmente la norma se limita a reproducir el texto normativo del aparte final del inciso 2 del art. 267, pero luego agrega que la actividad consultiva relativa a la celebración de contratos sobre la vigilancia fiscal con las aludidas empresas se cumple a través del tribunal administrativo correspondiente cuando "se trate de acciones o aportes de las entidades territoriales a las empresas de servicios públicos".

No vulnera la Constitución la asignación de la función consultiva, en el caso señalado, al tribunal administrativo respectivo, porque si bien la función consultiva la ejerce el Consejo de Estado en relación con asuntos de administración correspondientes al Gobierno Nacional, no se opone a aquélla la asignación que haga la ley de dicha función consultiva, cuando se trate de celebración de contratos relativos a la vigilancia fiscal en empresas de servicios públicos en las cuales posean acciones o aportes las entidades territoriales, porque los tribunales administrativos hacen parte, según la Constitución, del sistema de la jurisdicción contenciosa administrativa que cumple, entre otras, funciones consultivas (arts. 237 y 238 C.P.), y su competencia se circunscribe a asuntos que tienen relación con la administración distrital, departamental o municipal. Además, la anterior interpretación es la que mejor consulta el principio contenido en el art. 228 de la Constitución sobre el funcionamiento desconcentrado de la actividad judicial.

VIII. DECISION.

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

RESUELVE:

PRIMERO. En relación con la expresión demandada "mientras las empresas no hagan uso de

la autorización que se concede en el inciso siguiente” que hace parte del segmento normativo 27.4 del art. 27 de la ley 142 de 1994, estése a lo resuelto en la sentencia C-374 del 24 de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

SEGUNDO. Declarar exequible el inciso final del segmento normativo 27.4 del art. 27 de la ley 142 de 1994.

COPIESE, NOTIFIQUESE, INSERTESE EN LA GACETA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y CUMPLASE.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Presidente

JORGE ARANGO MEJIA

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

1 M.P. Antonio Barrera Carbonell.