

Sentencia No. C-529/93

El concepto de gestión fiscal alude a la administración o manejo de tales bienes, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición. Consiguientemente, la vigilancia de la gestión fiscal se endereza a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración.

CONTROL FISCAL-Objeto

El control fiscal que apunta a la vigencia de específicos principios que se proyectan en el ámbito de la obtención, utilización, conservación y manejo de los recursos fiscales, no puede ser polifuncional y también desplegar sus métodos y técnicas en un campo distinto como es el propio del Banco de la República, a su turno dominado por distintas exigencias y principios. Si en lo sustancial la decisión del Constituyente se orientó por la autonomía de las esferas de lo monetario y de lo fiscal, como se ha visto, y si ellas sirven finalidades distintas aunque complementarias y parten de presupuestos y exigencias diferentes, no parece plausible que bajo el aspecto fiscal se unifique su control.

BANCO DE LA REPUBLICA-Naturaleza

El Constituyente estructuró al Banco de la República como entidad estatal de carácter independiente y autónoma, organizada como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeta a un régimen especial.

BANCO DE LA REPUBLICA/CONTROL FISCAL/CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Someter el Banco de la República al control fiscal total que ejerce la Contraloría General de la

República contraría el texto y el espíritu de las normas constitucionales. Adicionalmente, desconoce los límites de la materia fiscal y desvirtúa los propios de la monetaria, crediticia y cambiaria, amén de que el principio de eficiencia y economía dejan de observarse al pretender sumar al sistema de control especialmente estructurado para el Banco de la República otro que no es idóneo para los fines que persigue y que en todo caso resultará redundante. En consecuencia, se declarará la exequibilidad de la frase “y el Banco de la República” que aparece en el artículo 2º de la Ley 42 de 1993, así como su parágrafo y las demás expresiones demandadas, en cuanto se refieren al Banco de la República, pero en el entendido que respecto de éste y de las funciones que la Constitución Política le atribuye en el artículo 371 el control se circunscribirá a los actos de gestión fiscal que realice y en la medida en que lo haga.

BANCO DE LA REPUBLICA-Divulgación de Informes

El Banco de la República, en el ejercicio de su amplio repertorio de tareas, puede difundir los datos y los informes que considere conveniente u obligatorio divulgar, sin que para el efecto requiera de la autorización de la Contraloría. Desde luego, no podría el banco, inmiscuirse en la órbita propia de funciones de la Contraloría y sustituirla en el suministro de informes sobre la vigencia fiscal y demás materias que sólo a ésta incumbe.

LICITACION-Adjudicación en audiencia pública/CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA

La adjudicación de una licitación en audiencia pública es un requisito que normalmente compete a la ley establecer en el estatuto general de contratación de la administración pública. Si bien la adición de supuestos en los que se contemple, en aras de la transparencia del proceso de contratación pública, la necesidad de que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública, corresponde a la ley, fuera de la situación a la que se refiere la Constitución, no es posible que ella le conceda al Contralor General de la República la facultad discrecional de ordenarla. En efecto, el control fiscal se ejerce en forma posterior y el órgano llamado a ejercerlo “no tendrá funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización”. La norma acusada vulnera la Constitución pues instituye una modalidad de control previo y, adicionalmente, confiere al organismo fiscal una función de naturaleza administrativa.

Actor: Guillermo Salah Zuleta

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2 (parcial), 42 (parcial) y 108 (parcial) de la Ley 42 de 1993 “sobre la Organización del Sistema de Control Fiscal Financiero y los organismos que la ejercen”

Magistrado Ponente:

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santafé de Bogotá, D.C., Noviembre 11 de 1993

Aprobado por Acta N° 67

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por su Presidente Hernando Herrera Vergara y los Magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso ordinario de constitucionalidad contra los artículos 2 (parcial), 42 (parcial) y 108 (parcial) de la Ley 42 de 1993 “sobre Organización del Sistema de Control Fiscal Financiero y los organismos que la ejercen”.

I. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS

El tenor literal de las normas demandadas es el siguiente:

LEY 42 DE 1993

(enero 26)

sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

Disposiciones generales

...

Artículo 2º Son sujetos de control fiscal los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República.

Se entiende por administración nacional, para efectos de la presente ley, las entidades enumeradas en el presente artículo.

Parágrafo. Los resultados de la vigilancia fiscal del Banco de la República serán enviados al Presidente de la República, para el ejercicio de la atribución que se le confiere en el inciso final del artículo 372 de la Constitución Nacional. Sin perjuicio de lo que establezca la ley orgánica del Banco de la República.

...

CAPITULO III

De la contabilidad presupuestaria, registro de la deuda, certificaciones, auditaje e informes.

...

Artículo 42. Ningún informe, cuenta o dato sobre la situación y las operaciones financieras de la Nación ni sobre estadística fiscal del Estado y cualquiera otro de exclusiva competencia de la Contraloría General de la República, tendrá carácter oficial si no proviene de ésta, a menos que, antes de su publicación, hubiere sido autorizado por la misma.

Las normas expedidas por la Contraloría General de la República en cuanto a estadística fiscal se refiere, serán aplicadas por todas las oficinas de estadística nacionales y territoriales y sus correspondientes entidades descentralizadas.

...

CAPITULO IV

Disposiciones finales

...

Artículo 108. El Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes, ordenarán que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública, cuando lo consideren conveniente o así lo solicite cualquiera de los proponentes, de acuerdo con lo que se prevea en la ley que regule la materia.

(Se subrayan las partes demandadas de los artículos)

II. ANTECEDENTES

1. El Congreso de la República expidió la Ley 42 de 1993 “sobre organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”, la cual fue publicada el 27 de enero de 1993 en el Diario Oficial N° 40.732.

La ley determina los organismos que ejercen el control fiscal en los diferentes niveles territoriales, así como los principios, sistemas y procedimientos que lo rigen. El artículo 2º señala los sujetos del control fiscal, entre los cuales quedan comprendidos todos los órganos que conforman las ramas del poder público, al igual que los de carácter autónomo e independiente, como los órganos de control y electorales, los organismos con régimen especial creados por la Constitución Política, las sociedades de economía mixta, las empresas

industriales y comerciales del Estado, las personas naturales o jurídicas de carácter privado que manejen fondos o recursos del Estado, únicamente en relación con éstos y, por último, el Banco de la República.

El artículo 42, también demandado, dispone que cualquier informe, cuenta o dato sobre la situación financiera o sobre la estadística fiscal del Estado, o cualquier documento que sea de exclusiva competencia de la Contraloría General de la República, tendrá carácter oficial únicamente si proviene de la Contraloría o ha sido autorizada por la misma, antes de su publicación. Establece, además, que las normas sobre estadística fiscal, expedidas por la Contraloría, serán de obligatoria observancia para todas las oficinas de estadística, en todos los niveles territoriales y en las entidades descentralizadas.

Por último, el artículo 108 prevé la posibilidad de la celebración en audiencia pública del acto de adjudicación de las licitaciones, cuando así lo estimen conveniente la Contraloría General o cualquiera de las autoridades de control fiscal, o mediante solicitud de uno de los proponentes, de conformidad con el estatuto legal de contratación administrativa.

2. El Dr. Guillermo Salah Zuleta, solicita a esta Corte declarar parcialmente inconstitucionales los artículos 2, 42 y 108 de la Ley 42 de 1993 en cuanto se refieran al Banco de la República, pues en su opinión, dichas disposiciones vulneran los artículos 15, 73, 267, 273, 371 y 372 de la Constitución Política.

El demandante advierte que el artículo 2º de la Ley es inconstitucional, por cuanto adscribe a la Contraloría General de la República el control fiscal sobre el Banco de la República, cuando el artículo 372, en su inciso final, señala expresamente que las funciones de vigilancia, inspección y “control” sobre dicho organismo, corresponden al Presidente de la República, en los términos que señale la ley. En apoyo de su aserto cita los antecedentes de la norma en la Asamblea Nacional Constituyente, concretamente, el Informe-Ponencia sobre Banca Central, según el cual, la especial naturaleza de las operaciones de la institución, ameritan un control técnico especializado y un régimen disciplinario especial. Igualmente se remite a la ponencia para primer debate en Plenaria de la Asamblea, en la que se lee “...El Banco Central no es un organismo de carácter fiscal a cuyo cargo esté el manejo de la hacienda pública... En otros términos no realiza gestión fiscal alguna y por lo mismo no es posible establecer un control de esa misma naturaleza a cargo de la Contraloría General de la República”. Transcribe así

mismo apartes de la constancia suscrita por Carlos Ossa Escobar y Rafael Ignacio Molina, en la que se señalan los aspectos sobresalientes de las normas aprobadas por la Asamblea en relación con la Banca Central y se reitera la exclusión del control de la Contraloría General de la República respecto del Banco de la República, dado que éste no cumple gestión fiscal alguna.

Concluye el actor:

“De todo lo anterior sólo puede surgir una conclusión: El Constituyente quiso, y así lo manifestó de manera expresa, que el control del Banco de la República solamente lo ejerciera el Presidente de la República, con la posibilidad de su delegación en los términos de la ley que regulara la actividad y funcionamiento del Banco (Actualmente, la Ley 31 de 1992). Pretender, como lo hace el artículo 2º de la ley cuestionada, que a esa competencia exclusiva y excluyente, se le adicione la del Contralor General de la República, no puede hacerse sin vulnerar de manera directa el mandato del artículo 372, inciso final de la Carta, y por ende, el del artículo 113, ibídem, que determina la autonomía e independencia de los órganos del Estado, con funciones separadas no obstante la colaboración armónica que entre ellos debe reinar.

“Lo anterior adquiere plena confirmación cuando la propia ley cuestionada en el párrafo del artículo 2º, ordena al Contralor General de la República que los resultados de la vigilancia fiscal del Banco sean enviados “al Presidente de la República para el ejercicio de la atribución que se le confiere en el inciso final del artículo 372 de la Constitución Nacional” (Folios 6 y 7 de la demanda).

Además, señala el actor, el inciso segundo del artículo 2º de la Ley 42 de 1993, al comprender al Banco de la República como parte de la administración nacional, desconoce el mandato del artículo 371 de la CP, que establece la naturaleza especial y autónoma del mismo. Por otra parte, agrega, el artículo 267 de la CP, que determina los sujetos pasivos de la vigilancia fiscal, señala a la administración y a los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. El Banco de la República, advierte el demandante, no forma parte de la Administración nacional y tampoco es un particular que maneje fondos o bienes de la Nación. Sólo en el evento en que el Banco llegare a manejar dichos dineros o bienes, quedaría cobijado por el artículo 2º de la Ley 42 como sujeto del control fiscal en forma

esporádica y no permanente, “tal como ocurre actualmente con la administración de los Certificados de Reembolso Tributario (CERT) o como ocurrió con la administración de la Cuenta Especial de Cambios (CEC), eventos ambos en los que la Contraloría General de la República ejerce y ejerció, respectivamente, control fiscal”.

En relación con el artículo 42 de la Ley 42 de 1993, señala que el aparte acusado vulnera los artículos 371, 372, 15 y 73 de la CP, así como el artículo 113.

En otro aparte de su escrito indica que la organización y funcionamiento del Banco no están sujetos a las normas generales que rigen a la Administración Pública. Además, las funciones de banca central que corresponde ejercer al Banco, hacen necesario para éste “producir informes y datos muchas veces relacionados con las operaciones financieras de la Nación o con estadística fiscal del estado, y al provenir esas informaciones, datos y estadísticas de un órgano del Estado (Banco de la República) indiscutiblemente tienen carácter oficial. Pretender que para la ejecución de sus funciones constitucionales y legales, el Banco de la República deba obtener autorización de la Contraloría General de la República es violar de manera directa dicha autonomía y desconocer el mandato constitucional del régimen legal propio que debe tener el Banco de la República”.

En su concepto, el mencionado artículo 42 también vulnera los artículos 15 y 73 de la CP, en tanto que al Banco, cuyas funciones y autonomía derivan de la Carta y de la ley, se le limita su libertad de información, puesto que “los datos que recolecte, trate y circule, como consecuencia de ejercicio de sus funciones, no tendrán carácter oficial si no media la autorización del Contralor General de la República”.

El artículo 108 de la Ley 42 de 1993, por último, desconoce los artículos 371 y 372 de la Carta. En su opinión, constituye una indebida intromisión en el régimen contractual del Banco de la República, sujeto únicamente a lo que disponga la ley que lo regula – Ley 32 de 1992 -, y a los estatutos que dicte el Presidente de la República en desarrollo de lo dispuesto en la misma ley, dada la autonomía de la que goza.

Vulnera igualmente el artículo 273 de la CP, según la demanda, que exige como requisito indispensable para el acto de adjudicación en audiencias públicas, la solicitud de cualquiera de los proponentes. Las facultades del Contralor en esta materia, subraya, son de carácter reglado y no oficiosas, ni discrecionales.

3. Dentro del término de fijación en lista se presentó un escrito de coadyuvancia por parte del Dr. Jorge Enrique Ibáñez Nájar, y dos más en defensa de las normas acusadas, aportados por el Dr. José Reynel Orozco Agudelo, en calidad de apoderado del Ministerio de Gobierno y por el ciudadano Pedro Segundo Galindo Nieves, respectivamente.

4. El apoderado del Ministerio de Gobierno efectúa un estudio de la función fiscalizadora y de la Contraloría General de la República en la Constitución Nacional y explica su naturaleza y herramientas, para concluir que el objeto del control de gestión es la lucha contra la corrupción. Por ende, concluye, “la especialización fiscalizadora que se demarca de la Constitución Política es una función pública a cargo de la Contraloría General de la República que abarca incluso a todos los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación. Fue precisamente el Constituyente Primario quien quiso que ninguna rama del Poder Público, Entidad, Institución, etc., incluyendo a la misma Contraloría General de la República, quedara sin control fiscal y de gestión, entonces, ningún ente por soberano que sea puede arrogarse el derecho a ser fiscalizado y a no tener ninguna clase de control máxime cuando el ente tenga que ver directa e indirectamente con la economía Nacional”.

El apoderado señala que no es cierto, como lo pretende el demandante, que el artículo 2º adscriba jurídicamente el Banco de la República al nivel central de la Administración. Considera que la definición del artículo no se refiere a la naturaleza jurídica del ente sino a la posibilidad de su sujeción al control fiscal. Prosigue el apoderado indicando que “No se advierte trasgresión al artículo 371, puesto que el Banco de la República, conserva todas sus funciones y además está en consonancia con el artículo 268, numeral 11 de la Carta en lo que le corresponde a la Contraloría General de la República, también le corresponde rendir un informe sobre “la ejecución de las políticas a su cargo y sobre los demás asuntos que se le soliciten”.

En su opinión, el control que ejerce el Presidente de la República, en los términos del artículo 372 de la CP, es de tipo administrativo y, en ningún caso, se trata de un control fiscal. “La vigente Constitución crea los organismos de control independientes (Artículo 267), para todos los que manejen fondos públicos y recursos del Estado incluyendo a los particulares, lo que infiere que existe una mayor razón para que el Banco de la República sea susceptible de ese control fiscal, máxime cuando le compete ejercer coordinadamente la política económica general del Estado”.

En relación con el cargo contra el artículo 42 de la Ley, el apoderado del Ministerio considera que la restricción de las publicaciones de carácter oficial a que se refiere la norma, se relaciona únicamente con aquéllas que corresponde producir a la Contraloría General de la República y, en ningún caso se refiere a las publicaciones provenientes de otros organismos, entre ellos, al Banco de la República. En todo caso, concluye, el Contralor General de la República está facultado constitucionalmente, en los términos del artículo 268-11 de la CP, para certificar las finanzas del Estado.

Acerca de la supuesta inconstitucionalidad del artículo 108 de la Ley 42, el defensor señala que la norma acusada es “casi una réplica del artículo 273 de la Carta Constitucional”. Además, observa, la ley idónea para regular la materia – adjudicación de licitaciones en audiencia pública -, es la de contratación administrativa y no la de control fiscal.

5. El segundo escrito de defensa, presentado por el ciudadano Pablo Segundo Galindo Nieves, en relación con el artículo 2º de la Ley 42, indica que en un estado de derecho, en el que existen múltiples formas de control – el control de legalidad, el control político, el administrativo disciplinario, el control administrativo -, el control fiscal no resulta exclusivo ni único, y por ello la vigilancia que realizan los organismos encargados del mismo, es autónoma e independiente frente a cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa.

En este orden de ideas y, de conformidad con el artículo 267 de la CP, afirma:

“(...) es la misma Carta Magna la que delimita el rango de acción de la función contralora al preceptuar que la Contraloría debe vigilar la gestión fiscal de la administración, entendiendo este vocablo en su más amplia acepción, es decir, referido tanto a las tres ramas del poder público como a cualquier entidad de derecho público y a los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación que garanticen al Estado la conservación y adecuado rendimiento de los bienes e ingresos de la Nación, así pues donde quiera que haya bienes o ingresos de la Nación, estará presente en la fiscalización el ente superior de control”.

Es por ello, señala, que el artículo 2º de la Ley 42 de 1993, al definir los sujetos del control fiscal, incluye al Banco de la República, pues su naturaleza jurídica, su autonomía administrativa, patrimonial y técnica, no son óbice para el ejercicio de la vigilancia fiscal que compete a la Contraloría, actividad que sólo está condicionada por el manejo de bienes o

fondos de la Nación y, en consonancia con el artículo 7º de la ley de control fiscal, puede coexistir con el control administrativo, dado el carácter interno de éste, enmarcado dentro de los criterios de oportunidad y conveniencia, y el origen externo de aquél, encaminado al control del ejercicio fiscal. Por último, anota, la naturaleza jurídica del Banco de la República y su especialidad funcional resulta determinante, no para excluir el control fiscal, sino para determinar la clase de sistema de control aplicable: financiero, de legalidad, de gestión o de resultado.

Para analizar la conformidad del artículo 42 de la Ley con la Constitución, el defensor alude al artículo 41 de la misma, según el cual, corresponde a la Contraloría General certificar la situación de las finanzas del Estado y rendir un informe al Congreso y al Presidente, teniendo en cuenta los ingresos y gastos totales, el superávit o déficit fiscal y presupuestal, el superávit o déficit de Tesorería y de operaciones efectivas, el registro de la deuda total y los resultados financieros de las entidades descentralizadas territorialmente o por servicios.

En este sentido, afirma el memorialista, los informes, cuentas o datos sobre la situación de las finanzas del Estado, son de competencia exclusiva de la Contraloría y sólo tendrán el carácter de oficiales si provienen de dicho organismo. No implica, en palabras del demandante, que los datos e informes de otros organismos, como sería el caso del Banco, dentro de la órbita de sus precisas funciones, no tengan el carácter de oficiales. En su opinión, el objetivo de la norma es el de evitar que otros organismos invadan la esfera de funciones propias del ente de control, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 113 de la CP.

En relación con los cargos contra la expresión acusada del artículo 108 de la Ley, la defensa argumenta que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 372 de la CP y en la Ley 31 de 1992, que establece las normas que regulan el Banco de la República, éste en materia de contratación tiene un régimen legal propio, motivo por el cual no se le aplica la norma acusada de inconstitucional, pues ella sólo se refiere a los contratos regulados en el estatuto de contratación administrativa.

6. El escrito de coadyuvancia presentado por el Dr. Jorge Enrique Ibáñez Nájara, señala otras normas que, en su opinión – que esta Corte no comparte – y para efectos del fallo, constituyen unidad de materia con los artículos 2º, 42 y 108 acusados. En su opinión, la

expresión "...autónomos e independientes como los ..." , contenida en los artículos 2º y en el párrafo 1º del artículo 41, el artículo 7º y el artículo 45, también resultan inconstitucionales, por las mismas razones que sustentan la demanda.

A renglón seguido, el impugnante resume el desarrollo histórico de la competencia para ejercer la función de vigilancia sobre el Banco de la República, resaltando que dicha actividad había sido adscrita, desde el origen del Banco y por sugerencia de la Misión Kemmerer, a la Superintendencia Bancaria y no al Departamento de Contraloría, creado mediante la Ley 42 de 1923. Advierte que el artículo 59 de la CP de 1886, relativo a la vigilancia de la gestión fiscal de la administración, no se aplicaba al Banco de la República, pues éste no tenía a su cargo tal función ni hacía parte de la administración, en atención a su naturaleza especial. A continuación, cita varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en las que se discurre acerca del órgano competente para ejercer la función de control sobre las sociedades de economía mixta, naturaleza compartida por el Banco, por su origen contractual y su capital mixto, con ocasión de varias demandas contra el Decreto ley 3130 de 1968, la Ley 20 de 1975, así como el Decreto autónomo 386 de 1980, que otorgaba a la Superintendencia Bancaria el control sobre el Banco.

La Ley 20 de 1975, señala la impugnación, que ordenaba la vigilancia fiscal sobre toda persona que recibiera, manejara o dispusiera de ingresos o bienes de la Nación, le era aplicable al Banco toda vez que éste realizaba operaciones con dineros o bienes de la Nación, en su calidad de agente fiscal del Gobierno, y sólo durante la vigencia de los contratos celebrados con tal fin entre el Gobierno y el Banco. Es por ello, apunta el memorialista, que el Banco no ha sido sujeto permanente del control fiscal ejercido por la Contraloría. En relación con la administración de la Cuenta Especial de Cambios, que competía al Banco de la República, y por el carácter de ingresos fiscales - dado que sus utilidades formaban parte de los ingresos corrientes del Presupuesto General de la Nación -, se obligaba al Banco a rendir un informe mensual a la Contraloría sobre el movimiento de la cuenta. Es así como hasta la desaparición de la Cuenta Especial de Cambios, ordenada por la Ley 31 de 1992, la Contraloría ejerció su función en relación con la misma. De conformidad con lo anterior, anota el actor, la Contraloría General de la República siguió ejerciendo control fiscal sobre el Banco, aunque limitada al manejo de recursos de la Nación.

Tras este análisis del control y vigilancia del Banco bajo las normas de la Constitución de

1886, el memorialista menciona los aspectos más relevantes del proyecto de reforma constitucional presentado por el Banco de la República al Gobierno Nacional, del proyecto presentado por este último a consideración de la Asamblea Nacional Constituyente, y de los demás proyectos que regulaban el tema de la Banca Central.

Transcribe igualmente los Informes de Ponencia en Comisión V y para primer debate en Plenaria, y la constancia presentada por los ponentes en relación con el articulado dedicado a la Banca Central, y explica su contenido.

Expresa que el Banco de la República, a partir del tránsito constitucional, ha dejado de ser una sociedad, con participación de capital privado, para convertirse en un organismo de derecho público, de rango constitucional, y autónomo. No cumple funciones de gestión o administración fiscal, lo que reitera su independencia respecto de la rama ejecutiva. Tampoco es un Banco del Gobierno Nacional, pues la Nación ha dejado de ser accionista del mismo, lo que excluye su clasificación como establecimiento público, empresa industrial o comercial o sociedad de economía mixta.

Afirma el escrito de coadyuvancia que la constitucionalización de la banca central obedece a una tendencia observada en diversos países que últimamente han promulgado nuevas constituciones. En este orden de ideas, señala:

“la autonomía resulta ser entonces un principio fundamental de todo banco central moderno, la cual deviene desde la separación del manejo monetario de los asuntos fiscales, puesto que ya no son dependencias del Tesoro ni instrumentos adicionales del manejo fiscal de un país y por ello no forman parte del conjunto de organismos que tienen a su cargo el manejo de la hacienda pública, dada la incompatibilidad material y formal que existe entre a quienes corresponde el manejo de los asuntos monetarios y las instituciones a cuyo cargo está el manejo y la administración del fisco.

“Por mandato constitucional, el Banco de la República se sujeta a un régimen legal propio. En consecuencia, la determinación de su organización, su estructura, sus funciones y atribuciones y los contratos en que sea parte, se rigen exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución, en la Ley y en sus Estatutos contemplados en el artículo 371. De esta manera al Banco no le son aplicables para ningún efecto o materia, las disposiciones generales o especiales dictadas o que se dicten para el sector público”.

En relación con las normas cuestionadas de la Ley 42 de 1993, el Dr. Ibáñez anota que el no ejercicio de gestión fiscal alguna por parte del Banco explica que, de conformidad con el artículo 372 de la CP, la inspección, vigilancia y control sobre el Banco corresponda al Presidente de la República. La Ley 31 de 1992, en su artículo 48, autorizó al Presidente la delegación de la función de inspección y vigilancia en la Superintendencia Bancaria y la función de control en la Auditoría prevista en la misma disposición, ejercida por un Auditor nombrado por aquél, quien tendrá a su cargo la función de certificar los estados financieros del banco, ejercer las atribuciones propias de un Revisor Fiscal y efectuar el control de gestión y resultados de la entidad. Este reparto de competencias se puede apreciar en la ponencia para Segundo Debate en la Cámara de Representantes, en la que se señalan los diversos controles que se aplican al Banco: el de legalidad - a cargo de la Junta Directiva -, la inspección y vigilancia - adscrita a la Superintendencia Bancaria -, el control interno - ejercido por el Auditor -, el control político sobre las actuaciones y decisiones de los directores del Banco - de competencia del Congreso de la República -, y el control sobre la conducta de los funcionarios públicos, que corresponde al Procurador General de la Nación.

En su parecer, las normas acusadas y las relacionadas por él como unidad normativa, vulneran el régimen constitucional del Banco de la República, toda vez que asignan competencia a la Contraloría General de la República para controlar al Banco, cuando de los antecedentes constitucionales y legales del mismo, se deduce la inconveniencia, ilegalidad, e inconstitucionalidad de tal medida. En todo caso, y para los efectos de los artículos 267 y 268 de la CP, advierte:

“Conforme a lo previsto en el Capítulo 6 del Título XII de la Constitución Política, el Banco de la República no tiene a su cargo cumplir gestión fiscal, no maneja o administra el tesoro público, porque no recauda, invierte o gasta los bienes que constituyen la hacienda pública...

“En consecuencia, si el Banco de la República por regla general no tiene a su cargo el cumplimiento de gestión fiscal alguna, no es posible extenderle la vigilancia de la Contraloría General de la República y del Contralor previstas en los artículos 267 y 268 de la Constitución”.

7. El Procurador General de la Nación, luego de resumir los antecedentes legales del Banco

de la República, señala que el cambio operado en este organismo con la expedición de la Constitución de 1991 consistió, fundamentalmente, en elevarlo a la categoría de banco central, de manera que, no sólo continuara ejerciendo las funciones de banco emisor previstas en la anterior Carta Política, sino que, además, tomará a su cargo la regulación monetaria, cambiaria y crediticia, con el propósito de velar por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda, y cumplir con las funciones de administrar las reservas internacionales, ser prestamista de última instancia, banquero de los establecimientos de crédito y actuar como agente fiscal del Gobierno. Anota que el tema del control y vigilancia sobre el Banco de la República ocupó también el interés de los Constituyentes, en apoyo de lo cual cita antecedentes en la Asamblea Nacional Constituyente.

A continuación realiza idéntico examen en relación con la Contraloría General de la República, los antecedentes legales y jurisprudenciales previos a la expedición de la Constitución de 1991. El control fiscal, señala: “se deriva del poder que posee la Nación, en ejercicio de su soberanía para establecer impuestos y contribuciones, manejar recursos públicos, autorizar los gastos públicos y verificar si éstos se han efectuado con sujeción a las normas legales preexistentes y a las apropiaciones incluidas en el presupuesto”.

Advierte que la autonomía que se predica constitucionalmente del Banco de la República ha de entenderse de la siguiente manera:

“(…) en el sentido de que no hace parte de las ramas ejecutiva, legislativa y jurisdiccional o de los órganos fiscalizadores o de control y electoral del poder público. Es un órgano del Estado que por razón de las funciones que está llamado a cumplir, requiere de un ordenamiento y control especiales distintos al aplicable a las demás entidades públicas o privadas.

“La independencia del Banco apunta al hecho de poder abstenerse de atender los requerimientos financieros de sectores específicos, particularmente del oficial y a la posibilidad de utilizar libremente los instrumentos que le correspondan sin necesidad de autorizaciones previas de otras instancias del Estado. De ahí que la experiencia en muchos países señala “que la independencia de la autoridad monetaria de factores políticos, cuya validez en debates relativos a otros temas no se cuestiona, es un factor que contribuye significativamente a la credibilidad de las medidas y contribuye, por ende a aumentar su

efectividad”.

El Señor Procurador indica que esta nueva modalidad introducida por la Constitución de 1991 se materializa no sólo en organismos como el Banco de la República, sino también en el caso de los monopolios rentísticos y del ente encargado de la regulación y manejo del espectro electromagnético y de la televisión.

Para efectos de determinar los sujetos del control fiscal, el Procurador considera que la Constitución, en su artículo 267, utiliza la noción de Administración en un sentido estricto, “calificado y especializado en el sentido de que constituye administración para efectos del control fiscal, todas las entidades, dependencias, órganos y organismos que ejerzan gestiones fiscales”.

Señala que la Ley 31 de 1992, autorizó al Presidente de la República para delegar en la Superintendencia Bancaria la función de inspección y vigilancia que constitucionalmente le corresponde y adscribió al Auditor la función de control sobre el Banco. En su opinión, esta última se circunscribe a la órbita interna del Banco y, por lo mismo, no es incompatible con el control fiscal que realiza la Contraloría sobre el manejo de los dineros públicos, de origen externo. Por los motivos expuestos, solicita a la Corte Constitucional declarar exequibles los apartes acusados del artículo 2º de la Ley 42, en el sentido de permitir a la Contraloría ejercer un control restringido sobre el Banco, vgr. limitado al control de dineros públicos que, “en virtud de contratos especiales y dada su condición de agente fiscal del Estado, administre y maneje el Banco de la República, sea su ocurrencia esporádica, eventual o circunstancial”.

Advierte el Señor Procurador,

“Es claro, por todo lo que aquí se ha expuesto, que el Banco de la República no es per se una pieza de la Hacienda Pública, pero una propuesta de inexequibilidad, con el consecuente retiro de la norma, nos llevaría a que jamás, y bajo ninguna circunstancia puede la Contraloría controlar y vigilar cuentas especiales o manejos fiscales del Banco, que si bien son difíciles de prever, son bien posibles de ocurrir. Una posible inconstitucionalidad también quebraría el axioma existente en Hacienda Pública referido a que dondequiera que existan bienes, recursos o ingresos de la Nación debe estar presente la fiscalización de la Contraloría”.

En relación con el cargo de inconstitucionalidad del artículo 42 de la Ley, el Señor Procurador sostiene que el alcance de esta norma se limita a exigir el aval de la Contraloría en materia de publicidad de los informes y datos que a este organismo corresponde producir, como garantía para los asociados, sin tener el alcance que la demanda pretende atribuirle sobre los informes y datos de otros organismos del Estado. Con fundamento en lo anterior solicita su declaratoria de exequibilidad.

Respecto del artículo 108 acusado, el concepto fiscal lo considera inexecutable, pues en su opinión, adiciona una hipótesis distinta a la contemplada por la Constitución en su artículo 273. En efecto, esta norma prevé la posibilidad de celebrar el acto de adjudicación de un contrato en audiencia pública, previa la solicitud de alguno de los proponentes. El precepto en cuestión, puntualiza, adiciona la posibilidad de que este evento se produzca cuando el Contralor así lo estime conveniente, en franca contradicción con la norma superior. Por ello, e independientemente de la relación que pueda tener con el Banco de la República, en opinión del Ministerio Público, la norma debe ser declarada inconstitucional.

Competencia

1. En los términos del artículo 241-4 esta Corte es competente para conocer de la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2, 42 y 108 de la Ley 42 de 1993.

El Banco de la República como sujeto de control fiscal

2. El artículo 2º de la ley 42 de 1993 enumera los sujetos de control fiscal que, para los efectos de la ley, se entiende conforman la Administración Nacional. Entre ellos se incluye a los “organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial y el Banco de la República”. En el párrafo de la disposición citada se ordena el envío de los resultados de la vigilancia fiscal del Banco de la República al Presidente de la República, para el ejercicio de la atribución que se le confiere en el inciso final del artículo 372 de la C.P (inspección, vigilancia y control del Banco de la República).

3. El actor solicita la inexecutable de las partes subrayadas del artículo 2º de la ley 42 de 1993, pues, a su juicio, violan los artículos 372, 371 y 113 de la C.P. El control total, subjetivo y objetivo, del Banco de la República por parte de la Contraloría, desconoce en su sentir la función exclusiva y excluyente de control que sobre la primera entidad la Constitución

atribuye al Presidente de la República. De otra parte, agrega, la sujeción del Banco de la República “a un régimen legal propio” como lo establece el artículo 371 de la C.P., dadas las notas de autonomía administrativa, patrimonial y técnica que la misma Carta le reconoce, es desvirtuada por la norma acusada que la considera entidad integrante de la Administración Nacional. La extralimitación de la ley y el desmedro de la órbita de competencia del Presidente que ella ilegítimamente produce, advierte el demandante, quebranta el principio constitucional de separación de funciones (CP art. 113).

4. El ciudadano Jorge Enrique Ibáñez Nájar presentó un extenso escrito a esta Corte en el que manifiesta su propósito de coadyuvar la demanda presentada por el actor. En su memorial el coadyuvante se detiene en un pormenorizado análisis histórico que se inicia con la fundación del Banco de la República y concluye con la adopción de las normas sobre control fiscal y Banca Central cuyos antecedentes en la Asamblea Nacional Constituyente igualmente refiere, de todo lo cual deriva las siguientes premisas; (i) El Banco de la República sólo esporádicamente ha realizado gestión fiscal propiamente dicha; (ii) tanto la regulación como la jurisprudencia anteriores a la actual Constitución reconocieron la naturaleza única y especial del Banco y la necesidad de un control especializado; (iii) Los proyectos presentados a la Asamblea Nacional Constituyente y las ponencias respectivas coinciden en atribuirle al Banco de la República precisas funciones de Banca Central – que se conciben separadas de las atinentes a la función fiscal y las que debe desempeñar autónomamente y de manera técnica; (iv) El carácter técnico del Banco y su autonomía, sólo son compatibles con un único control en cabeza del Presidente de la República; (v) Las funciones del Banco de la República no implican gestión fiscal; (vi) El Banco de la República es independiente y autónomo respecto de la administración.

5. El ciudadano Pablo Segundo Galindo Nieves defiende la constitucionalidad de la norma acusada alegando básicamente que el control que el Presidente ejerce sobre el Banco de la República es eminentemente administrativo y no excluye, por lo tanto, el control fiscal que se predica siempre que una entidad maneje fondos o bienes de la Nación. De otro lado, anota, la especialidad de sus funciones no es tampoco óbice para el control fiscal pues éste debe consultar su naturaleza y adaptarse a la misma mediante el establecimiento del método más apropiado.

6. Por su parte, el Dr. José Reynel Orozco Agudelo, apoderado del Ministro de Gobierno,

concede valor universal a la función fiscalizadora que ejerce la Contraloría General de la República a la que, en su criterio, no puede escapar ningún ente “por soberano que sea” – incluida la misma Contraloría que es supervisada por un auditor especial –, máxime cuando “el ente tenga que ver directa o indirectamente con la economía nacional”. A su juicio, la norma es exequible, entre otras razones, porque la inspección del Presidente es puramente administrativa y no suple el control fiscal y de gestión de la Contraloría.

7. El Procurador General de la Nación, doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla, es del parecer que la autonomía que la Constitución le reconoce al Banco de la República no puede ser absoluta como quiera que ella atentaría contra la idea central de la división de poderes. La esporádica, eventual o circunstancial administración y manejo de dineros o recursos públicos por parte del Banco de la República como agente fiscal del Estado – señala el Ministerio Público –, justifica que se mantenga por lo menos un control restringido de la Contraloría, sin que ésta de ninguna manera pueda por ello pretender vigilar el ejercicio de sus funciones propias.

8. Las diferentes tesis planteadas, tanto las que impugnan como las que defienden la constitucionalidad del precepto acusado, no discuten la procedencia de la vigilancia y control fiscal a cargo de la Contraloría General de la República, en el caso de que el Banco Central, por cualquier motivo, en ejercicio de sus funciones llegue a administrar o manejar bienes o recursos públicos. El mismo demandante no descarta este eventual control fiscal: “si el Banco de la República, como órgano autónomo e independiente, llegare a manejar fondos o bienes de la Nación quedaría cobijado por el artículo 2º de la ley 42 de 1993 en la parte que señala como sujetos del control fiscal las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos”.

Independientemente de la decisión que se adopte sobre la procedencia de un control objetivo y permanente del Banco de la República por parte de la Contraloría, cabe desde ahora admitir aquél tipo de control – que el demandante denomina “esporádico”- en la hipótesis enunciada. Ciertamente, con prescindencia de su naturaleza pública o privada, de sus funciones o de su régimen ordinario o especial, los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación quedan sujetos al control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República, desde luego circunscrita a la gestión fiscal realizada (CP art. 267 y ley 42 de 1993, art. 2º).

El control fiscal eventual no es, pues, tema de controversia. La Corte debe, en cambio, analizar si respecto del Banco de la República puede predicarse, como lo postula la norma legal, un control fiscal subjetivo de carácter permanente.

El control fiscal permanente se asienta necesariamente sobre dos presupuestos básicos: la gestión fiscal que realiza el sujeto vigilado y su naturaleza administrativa. Si las dos condiciones se dan se verifica el supuesto de “la gestión fiscal de la administración” cuyo control se confía a la Contraloría General de la República (CP art. 267).

9. Del ejercicio ordinario de las funciones principales que la Constitución le atribuye al Banco de la República, no se desprende en principio la realización permanente de gestión fiscal que pudiera llevarse a cabo por su conducto. Solamente las operaciones que en nombre del gobierno efectúa como agente fiscal, tienen alguna conexidad con específicas tareas de gestión fiscal, aunque en este caso ellas corresponden al cumplimiento de contratos celebrados y no al desarrollo de competencias propias, lo que las hace eventuales y circunstanciales, quedando esta hipótesis subsumida dentro del primer tipo de control fiscal ya analizado.

10. De conformidad con la idea generalmente aceptada de que el fisco o erario público está integrado por los bienes o fondos públicos, cualquiera sea su origen, el concepto de gestión fiscal alude a la administración o manejo de tales bienes, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición.

Consiguientemente, la vigilancia de la gestión fiscal se endereza a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración (Ley 42 de 1993, arts. 8, 9, 10, 11, 12 y 13).

La función de control fiscal guarda íntima simetría con la tributaria y presupuestal constitucionalmente atribuida, en acatamiento al principio democrático, al Congreso. De ahí

que históricamente la vigilancia fiscal se afiance en el estado de derecho a la par que el Congreso – en la historia constitucional el parlamento – reivindica para sí la plenitud de competencias en lo tocante a la obtención y empleo de recursos. En este orden de ideas, el control fiscal externo de la administración ejercido por el Congreso o por un aparato público apropiado designado por éste (CP art. 277), refuerza el papel central de ese órgano en las tareas indicadas, toda vez que el control de legalidad se orienta a garantizar que las finalidades y autorizaciones emanadas del mismo, a las que debe supeditarse el recaudo y utilización de los recursos públicos arbitrados, efectivamente se observen en el curso de los procesos y operaciones jurídicas y materiales posteriores.

La legitimidad de la gestión fiscal de la administración se sustenta, por lo expuesto, en el principio de legalidad – trasunto de la soberanía popular –, al cual se adiciona en el momento presente la eficiencia, eficacia y economía (CP art. 268-2, Ley 42 de 1993, arts. 8-13). El interés general que en todo momento debe perseguir la Administración – hasta el punto que su objeto y justificación estriban en su satisfacción (CP arts. 1 y 2) – sólo se logra realizar si la administración administra los recursos del erario ciñéndose al principio de legalidad y a los más exigentes criterios de eficiencia, eficacia y economía.

11. La Corte tomará en cuenta el concepto de gestión fiscal y su justificación tradicional de obediencia al principio de legalidad y la moderna de eficiencia, eficacia y economía con el objeto de determinar si las funciones asignadas al Banco de la República configuran una modalidad específica de actuación que exija su tratamiento como sujeto al que deba extenderse de manera permanente la vigilancia fiscal de la Contraloría.

Conviene detenerse brevemente a analizar las principales funciones atribuidas al Banco de la República a fin de establecer si ellas denotan algún tipo de actividad fiscal.

11.1 El Banco de la República es la entidad del Estado a la que se confía de manera exclusiva la función de emitir la moneda legal. Comprende esta competencia la producción y destrucción de las especies que constituyen la moneda legal, el retiro de billetes y de moneda metálica y la provisión de billetes y monedas metálicas, tareas que cumple con sujeción a las normas legales que expide el Congreso (CP art. 15-13) con el propósito de determinar la moneda legal, su convertibilidad y alcance liberatorio. El Banco de la República, en ejercicio de la anotada función, suministra el numerario que demanda el

desarrollo normal de la economía. La misión esencial del Banco Central de velar por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda, se opone a las emisiones inflacionarias. De ahí que se prohíba al legislador y al banco – con las taxativas excepciones y requisitos que incorpora el precepto constitucional – la creación de cupos de crédito en favor del estado o de los particulares (CP art. 373; ley 31 de 1992 art. 2).

11.2 La Junta directiva del Banco de la República, conforme a las funciones que le asigne la ley, es la máxima autoridad monetaria, cambiaria y crediticia del país (CP art. 372). Las competencias que le concede la Constitución y la ley – fijar y reglamentar el encaje de los establecimientos de crédito y demás entidades que reciban depósitos; disponer la realización de operaciones en el mercado abierto; señalar las condiciones financieras a las cuales deben sujetarse los emisores públicos; establecer límites al crecimiento de las operaciones activas de los establecimientos de crédito; prescribir las tasas máximas de interés activas o pasivas; regular el crédito interbancario; disponer la intervención del Banco de la República en el mercado cambiario etc – le permiten al Banco de la República regular la circulación monetaria, controlar la liquidez del mercado financiero y gobernar el sistema de los pagos internos y externos de la economía (Ley 31 de 1992 art. 4º).

11.3 Corresponde al Banco de la República administrar las reservas internacionales, lo que aparea su manejo, inversión, depósito y disposición. La ley ordena a este respecto que el Banco de la República administrará las reservas internacionales conforme al interés público, el beneficio de la economía nacional y con el propósito de facilitar los pagos del país en el exterior (Ley 31 de 1992 art. 14).

11.4 El Banco de la República, como banco central, cumple en el ámbito financiero la función de banquero y prestamista de última instancia, la que se manifiesta en las distintas facilidades que les suministra a los establecimientos de crédito: apoyos transitorios de liquidez, intermediación de líneas de crédito externo y prestación de distinta suerte de servicios fiduciarios. (Ley 31 de 1992 art. 12).

11.5 Siempre que se celebre el respectivo contrato con el Gobierno o las demás entidades públicas, el Banco de la República puede actuar como banquero y agente fiscal del Gobierno y, en los términos de la Ley 31 de 1992, artículo 13, desempeñar las siguientes funciones: “a) A solicitud del Gobierno, actuar como agente fiscal en la contratación de créditos externos e

internos y en aquellas operaciones que sean compatibles con las finalidades del Banco; b) Otorgar créditos o garantías a favor del Estado en las condiciones previstas en el artículo 373 de la Constitución Política; c) Recibir en depósito fondos de la Nación y de las entidades públicas. La Junta Directiva señalará los casos y las condiciones en que el Banco podrá efectuar estas operaciones; d) Servir como agente del Gobierno en la edición, colocación y administración en el mercado de los títulos de deuda pública; e) Prestar al Gobierno Nacional y otras entidades públicas que la Junta determine, la asistencia en asuntos afines a la naturaleza y funciones del Banco”.

11.6 Las funciones descritas del Banco de la República giran alrededor de la moneda, las reservas y el crédito.

La moneda legal es la expresión misma de un signo monetario al que la ley le asigna el carácter de único medio de pago de curso legal con poder liberatorio inmediato (Ley 31 de 1992 art. 8º). La moneda que emite el Banco de la República no representa obligación alguna a cargo del tesoro y no es, por lo tanto, recurso fiscal.

El crédito cuya regulación se confía al Banco de la República no es tampoco recurso fiscal. Se trata de una función indispensable de la economía que permite, en términos generales, la financiación de los déficits que registran temporalmente ciertas unidades económicas, los cuales tienden a enjugarse con base en los superávits que arrojan las restantes. El Banco de la República interviene en el mercado del crédito estableciendo su marco regulatorio en aspectos tan vitales como la fijación de encajes y la adopción de políticas en materia de las tasas de interés. De otra parte, en los casos previstos en la Constitución, excepcionalmente el Banco de la República puede abrir cupos de crédito e intermediar líneas de crédito externas (CP art. 373). Por lo visto la regulación del crédito no tiene como referente recursos fiscales sino el ahorro público y no obra, en consecuencia, sobre los ingresos recaudados por el estado y sus utilidades.

La función del Banco de la República como agente fiscal del gobierno tampoco trasluce una competencia fiscal originaria. Por el contrario, sus actuaciones en este campo requieren necesariamente de la previa celebración de los contratos con el gobierno nacional y las demás entidades públicas. Las obligaciones que contrae el banco son las que se convienen en dichos contratos y en ellos se deben consagrar los métodos y mecanismos de control.

Como función inmediatamente derivada de un título contractual, la gestión fiscal que pueda ejecutar el Banco de la República se sujetará a la vigilancia fiscal eventual y operativa por parte de la Contraloría General de la República que, en este caso, se restringe a la actividad y bienes objeto del respectivo contrato.

Finalmente, la función del Banco de la República como eje del sistema financiero – banquero y prestamista de última instancia – se encuentra relacionada con la concesión directa de crédito a las entidades financieras en los casos previstos en la ley. No siendo asimilable el crédito a bien o recurso fiscal, no es posible otorgarle a ésta función carácter fiscal.

11.7 La gestión fiscal se asienta en el principio de legalidad y en los modernos criterios de eficiencia, eficacia y economía, las que a su turno se vinculan con la idea de racionalidad, cumplimiento de las metas propuestas y ahorro en el manejo y administración de los recursos fiscales. La legitimidad del recaudo y del gasto público no es ajena a los mencionados principios. Ello explica que la finalidad de la vigilancia fiscal consista básicamente en la verificación de su cumplimiento.

La legitimidad del quehacer del Banco de la República reside, en cambio, en otro orden de prioridades y de valores funcionales enmarcados en el sistema económico. El ideal de la “moneda sana” – estabilidad de su capacidad adquisitiva (CP art. 373) – se erige en la misión que justifica la atribución de una serie de competencias al Banco de la República y en su configuración como entidad constitucional autónoma de naturaleza eminentemente técnica. Inclusive a este principio se debe la actual estructura técnica e independiente de las competencias monetarias, cambiarias y crediticias, así como la nítida separación de éstas de la hacienda pública y de la política presupuestal. En el orden sustantivo el Constituyente pretendió definitivamente proscribir que la moneda fuera utilizada como recurso fiscal o sufriera manipulaciones en tal sentido.

El control fiscal que apunta a la vigencia de específicos principios que se proyectan en el ámbito de la obtención, utilización, conservación y manejo de los recursos fiscales, no puede ser polifuncional y también desplegar sus métodos y técnicas en un campo distinto como es el propio del Banco de la República, a su turno dominado por distintas exigencias y principios. Si en lo sustancial la decisión del Constituyente se orientó por la autonomía de las esferas de lo monetario y de lo fiscal, como se ha visto, y si ellas sirven finalidades distintas

aunque complementarias y parten de presupuestos y exigencias diferentes, no parece plausible que bajo el aspecto fiscal se unifique su control.

12. El Constituyente estructuró al Banco de la República como entidad estatal de carácter independiente y autónoma, organizada como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeta a un régimen especial (CP art. 371). El Banco de la República como aparato al servicio de un imperativo funcional como es el de velar “por la moneda sana” ha querido ser sustraído de la influencia determinante de otros órganos, en especial de los de origen político, con lo cual se pretende relieves su cometido preponderantemente técnico y de largo plazo. El diseño de un aparato independiente es una prueba irrefutable del indicado designio del Constituyente, ya que él no se justifica sino en términos teleológicos, que se desvirtuarían si se inscribiera en el campo del Gobierno, como quiera que allí quedaría sujeto a la suprema autoridad administrativa del Presidente de la República. En este punto conviene recordar el pensamiento del Constituyente:

“..., el manejo de las finanzas públicas ha demostrado que los instrumentos de carácter fiscal no deben financiar o asumir los costos que demande el manejo monetario, cambiario y crediticio del país y que éste no debe financiar o asumir los costos que demande el manejo fiscal. Los ponentes consideran que así debe procederse para que se haga efectiva la separación del manejo monetario de los asuntos de carácter fiscal y al mismo tiempo se garantice una real autonomía del Banco Central respecto del Gobierno” (Informe-Ponencia “La Banca Central, Ponentes: Oscar Hoyos, Carlos Lemos Simmonds, Rodrigo Lloreda Caicedo, Ignacio Molina, Carlos Ossa Escobar y Antonio Yepes Parra, Gaceta Constitucional Nº 53, p. 8).

La naturaleza del Banco de la República como órgano constitucional autónomo e independiente, instituido para el cumplimiento de funciones técnicas, es fiel reflejo del pensamiento constituyente:

“La autonomía administrativa y técnica especial dentro de la estructura del Estado, permite establecer que el Banco Central no forme parte de las ramas Legislativa, Ejecutiva, Jurisdiccional, Fiscalizadora o Electoral del Poder Público, sino que debe ser un órgano del Estado de naturaleza única, que por razón de las funciones que está llamado a cumplir, requiere de un ordenamiento y organización especiales, propio, diferente del común

aplicable a las demás entidades públicas o privadas.

“Dicha naturaleza del Banco y, por ende, la razón de su normatividad, se justifican porque se trata de una institución que debe tener en cuenta, ante todo, el carácter eminentemente técnico y por lo demás complejo de los problemas monetarios y cambiarios que maneja. El Banco Central debe ser el órgano al que le corresponda la dinámica de la organización monetaria de la economía para poner en funcionamiento el sistema, los controles y la dirección de la moneda y para ello, debe actuar con identidad propia, con un régimen legal y operativo distinto y autónomo, pues no de otra forma podría poner en práctica eficiente y oportunamente, las medidas monetarias que por Ley está llamado a dictar y ejecutar.

“La constitucionalidad de las normas que rigen actualmente al Banco de la República en este sentido, ha sido confirmada tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el Consejo de Estado, por lo que después de que han hecho carrera en el ordenamiento jurídico colombiano, el constituyente puede ratificar los principios universales en ellas previstos” (Informe-Ponencia “La Banca Central”, Gaceta Constitucional N° 53, p. 8).

Es claro que la autonomía del Banco de la República y su régimen legal propio, fiel reflejo de la especialidad e importancia de sus funciones, no significa ausencia de controles tanto de legalidad (CP art. 237 y 372) como de orden político (CP art. 371) ni desconexión respecto de la política económica general (CP art. 371). En efecto, las normas que en ejercicio de sus funciones dicte la junta directiva del Banco de la República son actos nacionales sujetos a la jurisdicción de lo contencioso administrativo; el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control de la institución; y, adicionalmente, el Banco debe rendir al Congreso anualmente un informe sobre la ejecución de las políticas a su cargo y sobre los demás asuntos que se le soliciten.

No quiere la Corte dejar de anotar a propósito de la referencia que se hace en la ponencia citada a la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto del régimen preconstitucional aplicable al Banco de la República, la ratificación que el mismo Constituyente hace de sus normas orgánicas anteriores que lo definían como ente de derecho público económico de naturaleza única sujeto a un régimen especial que, en su momento, fue objeto de debate y que, ahora, en el nuevo marco constitucional encuentra pleno reconocimiento al dotársele de autonomía administrativa, patrimonial y funcional y, particularmente, al señalarse que

estará gobernado “por un régimen legal propio”.

Si con anterioridad a la vigencia de la actual Constitución se consagró en el Decreto Autónomo 340 de 1980 un régimen especial del que únicamente era destinatario el Banco de la República y si el mismo fue considerado ajustado a la Constitución y a la ley por el Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 9 de septiembre de 1981) – admitiéndose en la sentencia la naturaleza única del Banco de la República en razón de las funciones a su cargo y de que su estructura no correspondía a ningún tipo de entidad del sector central y del descentralizado -, con mayor razón debe rechazarse ahora su homologación a mera entidad ordinaria de la administración. La Constitución expresamente sujeta el Banco de la República a un “régimen legal propio”, y en esta expresión debe leerse el propósito explícito del Constituyente de elevar al plano constitucional una idea normativa – corroborada por la jurisprudencia de su tiempo – cuyo germen ya había brotado al amparo de la Constitución anterior.

13. El Decreto 340 de 1980, en atención a las funciones técnicas especiales del Banco de la República, asignó su control y vigilancia exclusivamente a la Superintendencia Bancaria. El Consejo de Estado, mediante sentencia del 11 de diciembre de 1981, declaró la nulidad de la expresión “exclusiva”, en cuanto ella incidía “en las disposiciones constitucionales y legales sobre el control fiscal propio de la Contraloría General de la República, que ésta ejerce conforme a los artículos 59 y 60 de la Constitución Nacional, la ley 20 de 1975 y los Decretos 924 y 925 de 1976. En efecto, cuando el artículo dice que seguirán siendo de competencia “exclusiva” de la Superintendencia Bancaria las atribuciones que señala la misma disposición, está excluyendo toda intervención e indirectamente la de la Contraloría que, aunque limitada a la gestión fiscal, para su desarrollo no puede ser impedida por cierto “principio de exclusividad” que pudiera oponerle cualquiera otra entidad”.

El Constituyente, en este punto, postuló, en cambio, un sistema permanente de control unificado sobre el Banco de la República, que confió a la persona misma del Presidente, quien la debe ejercer “en los términos que señale la ley”, esto es, sin configurar una competencia constitucional propia como acaecía con el antiguo numeral 14 del artículo 120 de la Constitución derogada.

Este sistema de control, en el pensamiento del Constituyente, consulta mejor la índole

técnica y especializada de las funciones atribuidas al Banco de la República. En últimas también es una consecuencia de estar gobernado por un “régimen legal propio”. La inclusión de una vigilancia paralela a la del Presidente de la República fue una hipótesis conscientemente meditada por el Constituyente y por él conscientemente repudiada, como se desprende del texto de las ponencias:

“El Banco Central no es un organismo de carácter fiscal a cuyo cargo esté el manejo de la hacienda pública pues esta función se conserva íntegramente en la esfera de la administración presidida por el Gobierno. En otros términos, no realiza gestión fiscal alguna y por lo mismo no es posible establecer un control de esa misma naturaleza a cargo de la Contraloría General de la República.

“Por ello y dada la índole peculiar de las operaciones del Banco Central, se requiere entonces un control técnico especializado y un régimen disciplinario acorde con la naturaleza de la institución. Por lo tanto, la inspección y vigilancia sobre el Banco, sus funcionarios y demás trabajadores, la ejercerá el Presidente de la República, sin perjuicio de las funciones que correspondan a la Procuraduría General de la Nación cuando estos últimos cumplan funciones públicas. Sin embargo, dicha facultad no será en lo sucesivo una atribución constitucional propia, sino que deberá ejercerla el Presidente en los términos que señale la ley y podrá delegarla en la autoridad que tenga a su cargo la inspección y vigilancia de los demás establecimientos de crédito” (Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria “Banca Central”, Carlos Ossa Escobar, Rodrigo Lloreda, Carlos Lemos, Oscar Hoyos, Antonio Yepes, Ignacio Molina, Gaceta Constitucional N° 73, p. 10).

La concepción anterior sobre la inspección y vigilancia del Banco de la República, se reitera en siguiente constancia de los ponentes:

“Dada la índole peculiar de las operaciones de banca central que cumplirá, se requiere de un control técnico especializado y un régimen disciplinario acorde con la naturaleza de la institución. Por lo tanto, la inspección, vigilancia y control sobre el Banco, sus directivos y trabajadores, la ejercerá el Presidente de la República. Dicha facultad no será en lo sucesivo una atribución constitucional propia, sino que deberá ejercerla el Presidente en los términos que señale la ley y podrá delegarla en la autoridad que tenga a su cargo la inspección y vigilancia de los establecimientos de crédito.

“Como el Banco de la República no será un organismo de carácter fiscal a cuyo cargo esté el manejo de la hacienda pública, pues esta función se conserva íntegramente en la esfera de la administración presidida por el Gobierno, o en otros términos, no realiza gestión fiscal alguna, no es posible establecer un control de esa misma naturaleza a cargo de la Contraloría General de la República” (Constancia presentada por Carlos Ossa e Ignacio Molina sobre “El Banco de la República”, Gaceta Constitucional N° 144, p. 28).

A la luz de las consideraciones anteriores es evidente que someter el Banco de la República al control fiscal total que ejerce la Contraloría General de la República contraría el texto y el espíritu de las normas constitucionales. Adicionalmente, desconoce los límites de la materia fiscal y desvirtúa los propios de la monetaria, crediticia y cambiaria, amén de que el principio de eficiencia y economía dejan de observarse al pretender sumar al sistema de control especialmente estructurado para el Banco de la República otro que no es idóneo para los fines que persigue y que en todo caso resultará redundante (CP art. 209). En consecuencia, se declarará la exequibilidad de la frase “y el Banco de la República” que aparece en el artículo 2º de la Ley 42 de 1993, así como su párrafo y las demás expresiones demandadas, en cuanto se refieren al Banco de la República, pero en el entendido que respecto de éste y de las funciones que la Constitución Política le atribuye en el artículo 371 el control se circunscribirá a los actos de gestión fiscal que realice y en la medida en que lo haga.

La Corte no cree que el Banco de la República, pese a ser un órgano constitucional autónomo e independiente, quede sustraído de los controles político, judicial, administrativo y fiscal, entre otros, que la propia Constitución determina y a los cuales se ha hecho referencia. Sostener esto último quebrantaría toda la construcción del Estado Colombiano como Estado de derecho y república unitaria y democrática. De hecho, las funciones básicas atribuidas al Banco se deben cumplir con estricta sujeción a la Constitución y a la Ley. De otra parte, los controles existentes garantizan que ese novísimo órgano constitucional no quede cubierto con un manto de silencio y de oscuridad y se torne en parcela tecnocrática oculta y aislada del Estado. El control del Presidente, del Congreso, de la Procuraduría, de la Contraloría General de la República y de la Justicia, de suyo desvanecen cualquier pretensión de invisibilidad que pudiera abrigarse respecto de las actuaciones y operaciones de la entidad. No obstante, en lo que concierne al control fiscal, debe precisarse que éste no es permanente como equivocadamente lo articula la norma acusada, sino que ha de llevarse a

cabo cuando el Banco ejecute actos o cumpla actividades de gestión fiscal y en la medida en que lo haga.

Informes y datos provenientes del Banco de la República

14. El demandante estima que el siguiente precepto del artículo 42 de la ley 42 de 1993 viola los artículos 371, 372, 15 y 73 (sic) de la CP: " Ningún informe, cuenta o dato sobre la situación y las operaciones financieras de la Nación ni sobre estadística fiscal del Estado y cualquiera otro de exclusiva competencia de la Contraloría General de la República, tendrá carácter oficial si no proviene de ésta, a menos que, antes de su publicación, hubiere sido autorizado por la misma".

Sostiene el demandante que el texto transcrito al condicionar la producción de informes y la circulación de datos y estadísticas que, en desarrollo de sus funciones, puede presentar y difundir el Banco de la República a la previa autorización de la Contraloría, so pena de que no se consideren oficiales vulnera la autonomía que la Constitución le reconoce a esa institución (CP arts. 371 y 372), además de conculcar su libertad de información (CP art. 20) y el derecho que ella tiene a la recolección, tratamiento y circulación de datos (CP art. 15).

Tanto el Procurador General de la Nación como el apoderado del Ministro de Gobierno y el ciudadano defensor de la exequibilidad de la ley, coinciden en afirmar que, de ninguna manera, la disposición puede extenderse a los informes y datos que, en ejercicio de sus funciones, divulgue el Banco de la República. La norma únicamente se refiere a los informes y datos que tengan una relación directa con las competencias de la Contraloría, en especial la relativa a su obligación de presentar informes al Congreso y al Presidente de la República sobre el cumplimiento de sus funciones y la certificación acerca de la situación de las finanzas del Estado (CP art. 268-11).

15. A juicio de esta Corte no se debe hacer un gran esfuerzo hermenéutico para deducir que el alcance de la norma se limita a los informes y datos relacionados de manera directa con las funciones que en materia fiscal sólo puede cumplir la Contraloría General de la República. De este modo se reviste de la necesaria garantía la divulgación de tales datos e informes que por ser inherentes a su cometido institucional y, en algunos casos servir de base a su competencia certificadora de las finanzas del Estado (CP art. 268-11), deben sujetarse a su autorización.

El Banco de la República, en el ejercicio de su amplio repertorio de tareas, puede difundir los datos y los informes que considere conveniente u obligatorio divulgar, sin que para el efecto requiera de la autorización de la Contraloría. Desde luego, no podría el banco, inmiscuirse en la órbita propia de funciones de la Contraloría y sustituirla en el suministro de informes sobre la vigencia fiscal y demás materias que sólo a ésta incumbe.

Audiencia pública para los actos de adjudicación de una licitación

16. El demandante solicita la inexecuibilidad de la frase “cuando lo consideren conveniente” que figura en el texto del artículo 108 de la ley 42 de 1993 que reza así: “El Contralor General de la República y demás autoridades de control fiscal competentes, ordenarán que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública, cuando lo consideren conveniente o así lo solicite cualquiera de los proponentes, de acuerdo con lo que se prevea en la ley que regule la materia”.

En lo que concierne al Banco de la República, según el actor, la norma es inconstitucional dado que su régimen de contratación es materia de la ley y de los estatutos a ella aplicables y, respecto de los sujetos de control fiscal de la Contraloría, lo es en razón de que la competencia del Contralor y demás autoridades de control fiscal para ordenar que el acto de la adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública es reglada y se ejerce únicamente a petición de cualquiera de los proponentes y no discrecional y ejercitable también de oficio por parte de los indicados funcionarios (CP art. 273).

El Procurador General de la Nación impetra igualmente la inexecuibilidad del precepto acusado, ya que concuerda con el demandante que allí se contempla una hipótesis adicional no prevista expresamente en el artículo 273 de la Constitución Política.

El apoderado del Ministro de Gobierno, por el contrario, estima que la norma es exequible toda vez que se limita a remitir la regulación de la audiencia pública a la ley que regule la materia que, en su concepto, será la de contratación administrativa.

El ciudadano Pablo Segundo Galindo Nieves, en su escrito, impugna la demanda por cuanto parte de la premisa falsa de que la norma tiene como destinatario al Banco de la República gobernado por un régimen especial y, en punto de los sujetos sometidos al control fiscal, pasa desapercibido el hecho de que la misma Constitución defiere a la ley la determinación

de los casos en que se aplique el mecanismo de audiencia pública.

17. La autonomía del Banco de la República y su no adscripción o vinculación a la rama ejecutiva del poder público, se traduce en un régimen legal propio que, conjuntamente con sus estatutos, constituyen el marco normativo de la institución (CP arts. 371 y 372), en los que se ha de precisar su sistema de contratación. En este sentido, el artículo 3º de la ley 31 de 1992 dispone:

“El Banco de la República se sujeta a un régimen legal propio. En consecuencia, la determinación de su organización, su estructura, sus funciones y atribuciones y los contratos en que sea parte, se regirá exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución política, en esta ley y en los Estatutos. En los casos no previstos por aquéllas y éstos, las operaciones mercantiles y civiles y, en general, los actos del Banco que no fueren administrativos, se regirán por las normas del derecho privado.

El Banco podrá realizar todos los actos, contratos y operaciones bancarias y comerciales en el país o en el exterior, ajustándose a las facultades y atribuciones que le otorgan la Constitución, esta ley y sus Estatutos”.

No teniendo relación la norma acusada con el régimen especial del Banco de la República, como equivocadamente “parece” sostener el actor, no se observa por este concepto violación a los artículos 371 y 372 de la C.P.

18. La adjudicación de una licitación en audiencia pública es un requisito que normalmente compete a la ley establecer en el estatuto general de contratación de la administración pública (CP art. 150). Si bien la adición de supuestos en los que se contemple, en aras de la transparencia del proceso de contratación pública, la necesidad de que el acto de adjudicación de una licitación tenga lugar en audiencia pública, corresponde a la ley, fuera de la situación a la que se refiere la Constitución, no es posible que ella le conceda al Contralor General de la República la facultad discrecional de ordenarla. En efecto, el control fiscal se ejerce en forma posterior y el órgano llamado a ejercerlo “no tendrá funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización” (CP art. 267). La norma acusada vulnera la Constitución pues instituye una modalidad de control previo y, adicionalmente, confiere al organismo fiscal una función de naturaleza administrativa.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

R E S U E L V E

PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLES las partes demandadas del artículo 2º de la Ley 42 de 1993.

Parágrafo.- Respecto del Banco de la República y de las funciones que la Constitución Política le atribuye en el artículo 371, el control fiscal predicable de esta entidad sólo estará circunscrito a los actos de gestión fiscal que realice y en la medida en que lo haga.

SEGUNDO.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 42 de la Ley 42 de 1993, exclusivamente bajo los aspectos examinados.

TERCERO.- Declarar INEXEQUIBLE el artículo 108 de la Ley 42 de 1993 en la parte acusada.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, CUMPLASE E INSERTESE EN LA GACETA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HERNANDO HERRERA VERGARA

Presidente

JORGE ARANGO MEJIA

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

Magistrado

(Firmas expediente D-281)

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

Magistrado

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Aclaración de voto a la Sentencia No. C-529/93

BANCO DE LA REPUBLICA/CONTROL FISCAL/CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
(Aclaración de voto)

Si aún en el supuesto de que exista el recurso fiscal, su control se ejerce en forma posterior y selectiva, no es concebible que dicha vigilancia fiscal se anticipe a la creación misma del ingreso o bien fiscal y se aplique a quien no efectúa con él actividad u operación alguna. Ahora, si la operación global del Banco arroja pérdidas que en los términos de la ley deban ser asumidas por la Nación, es evidente que aquí sí se verifica una eventualidad que amerita y legitima plenamente el control fiscal y deja de tener asidero la separación de las políticas a cargo del Banco frente a la Hacienda Pública, premisa ésta sobre la que los Constituyentes erigieron una suerte de control unificado en cabeza del Presidente de la República, que al no darse en la situación planteada justifica la intervención del Contralor General de la República.

Ref: EXPEDIENTE Nº D-281

Peticionario: Guillermo Salah Zuleta

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Considero oportuno hacer las siguientes precisiones sobre el tema de las reservas internacionales que administra el Banco de la República y su relación con el control fiscal:

Las reservas internacionales que administra el Banco de la República se contabilizan en su propio balance (Ley 31 de 1992, art. 26-1-2). Las pérdidas o ganancias que se obtengan de su manejo afectan directamente el patrimonio del Banco y sólo eventualmente repercuten sobre el presupuesto nacional.

No puede, pues, reputarse los activos de reserva como bienes o recursos fiscales, sin perjuicio de que la operación cambiaria – junto a la monetaria, crediticia, de compra y venta de metales preciosos, cultural e industrial que realiza el Banco – concurra a generar los excedentes de cada uno de los ejercicios sociales, los que se destinan a crear e incrementar la reserva de estabilización monetaria y cambiaria y a absorber las pérdidas de la entidad y su remanente entregado a la Nación a título de utilidades se incorpora en la ley anual de presupuesto (Ley 31 de 1992, art. 27). El saldo de las utilidades del Banco – no las reservas -, luego de incorporadas materialmente al ejercicio presupuestal adquieren el carácter de recursos fiscales; con anterioridad a ese momento, la configuración del ingreso fiscal, no es más que una mera eventualidad. Decretado el reparto de las utilidades y efectuado su pago, se justifica y se torna imperiosa la actividad fiscalizadora de la Contraloría, pero en este caso sobre quien percibe y administra el recurso generado, que necesariamente será una entidad distinta del Banco. Si aún en el supuesto de que exista el recurso fiscal, su control se ejerce en forma posterior y selectiva (CP art. 267), no es concebible que dicha vigilancia fiscal se anticipe a la creación misma del ingreso o bien fiscal y se aplique a quien no efectúa con él actividad u operación alguna. Ahora, si la operación global del Banco arroja pérdidas que en los términos de la ley deban ser asumidas por la Nación (Ley 31 de 1992, art. 27), es evidente que aquí sí se verifica una eventualidad que amerita y legitima plenamente el control fiscal y deja de tener asidero la separación de las políticas a cargo del Banco frente a la Hacienda Pública, premisa ésta sobre la que los Constituyentes erigieron una suerte de control unificado en cabeza del Presidente de la República, que al no darse en la situación planteada justifica la intervención del Contralor General de la República.

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado