

Sentencia No. C-374/95

CONTROL FISCAL

En la Constitución Política de 1991 se reconoce expresamente la función de control fiscal, como una actividad independiente y autónoma y diferenciada de la que corresponde a las clásicas funciones estatales, lo cual obedece no sólo a un criterio de división y especialización de las tareas públicas, sino a la necesidad política y jurídica de controlar, vigilar y asegurar la correcta utilización, inversión y disposición de los fondos y bienes de la Nación, los departamentos, distritos y los municipios, cuyo manejo se encuentra a cargo de los órganos de la administración, o eventualmente de los particulares.

CONTROL FISCAL-Finalidad

El control fiscal constituye una actividad de exclusiva vocación pública que tiende a asegurar los intereses generales de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, de manera tal que se aseguren los fines esenciales del Estado de servir a aquélla y de promover la prosperidad general, cuya responsabilidad se confía a órganos específicos del Estado como son las Contralorías (nacional, departamental, municipal), aunque con la participación ciudadana en la vigilancia de la gestión pública. Pero si bien el ejercicio del control fiscal es responsabilidad de las contralorías, ello no excluye la posibilidad de que excepcionalmente la vigilancia se realice por los particulares.

VIGILANCIA FISCAL-Atribución exclusiva de los organismos de control fiscal

La Constitución no autoriza el autocontrol fiscal. En relación con la vigilancia fiscal, la mencionada disposición estableció que sobre los referidos bienes e igualmente con respecto a los actos o contratos referentes a su manejo se aplicará la vigilancia por las respectivas contralorías, mientras dichas entidades no contraten la vigilancia fiscal con "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". El exceso de la norma frente al referente normativo constitucional es evidente, pues la ley ha trasladado a las empresas de servicios públicos con participación oficial la atribución que de

conformidad con la ley corresponde a las contralorías de contratar la vigilancia fiscal con empresas colombianas, y no cabe duda que se incurrió en el quebrantamiento de los arts. 267 y 272 inciso 6 de la Constitución Política.

REFERENCIA:

Expediente D-761

NORMA ACUSADA:

Ley 142/94, artículo 27, segmento 27.4.

ACTOR:

Germán Gama Cubillos.

MAGISTRADO PONENTE:

ANTONIO BARRERA CARBONELL.

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

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Germán Gama Cubillos en ejercicio de la acción consagrada en los artículos 40-6 y 241-5 de la Constitución, demandó la declaración de inexecutable de un aparte 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 el aparte normativo 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.

ARTICULO 27. REGLAS ESPECIALES SOBRE LA PARTICIPACION DE ENTIDADES PUBLICAS. *La Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo que participen a cualquier título en el capital de la empresas de servicio público, estarán sometidas a las siguientes reglas especiales:*

.....

*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, inciso 2o. 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.

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..."

La palabra "esta" que emplea el aparte normativo transcrito, dice el actor, se refiere a la autorización que la ley otorga a las contralorías y no a las empresas de servicios públicos, como lo vino a reconocer el legislador con la redacción de la norma acusada.

Agrega el demandante que la afirmación anterior resulta corroborada con la norma del inciso 6o. del artículo 272 de la Constitución, cuando 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".

La norma es tan clara que no presenta problemas de interpretación -dice el demandante. Es la ley la que autoriza a la Contraloría para contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal. No puede la ley autorizar a las empresas de servicios públicos la contratación con empresas privadas de esta función pública que la misma Constitución asigna a la Contraloría.

- Advierte finalmente que "ni siquiera las contralorías pueden contratar con empresas privadas el ejercicio del control fiscal. La Constitución en el artículo 267, inciso 2, establece que es la vigilancia la que en casos especiales se puede contratar con empresas privadas, lo que nos da como resultado que el control lo ejercen en forma exclusiva las contralorías, y la vigilancia, en casos especiales, las empresas privadas que contraten las contralorías, escogidas por concurso de méritos y contratadas previo concepto del Consejo de Estado".

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 inexecutable 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 del Ministerio de Desarrollo Económico, según poder otorgado en debida forma, impugnó por escrito la demanda y reclamó a la Corte la declaración de executable 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 PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.

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, quien en escrito del 17 de abril de 1995 solicitó a la Corte declarar la inexecutable 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. El control fiscal como una función pública de vigilancia de la gestión de la administración y de los particulares en el manejo de los bienes del Estado.

En la Constitución Política de 1991 se reconoce expresamente la función de control fiscal, como una actividad independiente y autónoma y diferenciada de la que corresponde a las clásicas funciones estatales, lo cual obedece no sólo a un criterio de división y especialización de las tareas públicas, sino a la necesidad política y jurídica de controlar, vigilar y asegurar la correcta utilización, inversión y disposición de los fondos y bienes de la Nación, los departamentos, distritos y los municipios, cuyo manejo se encuentra a cargo de los órganos de la administración, o eventualmente de los particulares (arts. 267, 268 y 272 C.P.).

El ejercicio del control fiscal, calificado en la Constitución como una función pública, se sujeta en términos generales a las siguientes reglas:

- a) Se ejerce en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley.
- b) El ejercicio de la vigilancia fiscal se manifiesta y hace efectiva a través del control financiero, de legalidad, de gestión y de resultado, sobre la actividad de la gestión fiscal del Estado, fundado en criterios de eficiencia, moralidad, economía, equidad y en la valoración de los costos ambientales.

Para la efectividad del aludido control, se utilizan mecanismos auxiliares como la revisión de cuentas y la evaluación del control interno de las entidades sujetas a la vigilancia.

c) El control fiscal se ejerce en los distintos niveles administrativos, esto es, en la administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios, e incluso se extiende a la gestión de los particulares cuando manejan bienes o recursos públicos. Es decir, que el control fiscal cubre todos los sectores y actividades en los cuales se manejen bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquél, ni su régimen jurídico.

d) Consecuente con la concepción participativa del Estado Social de Derecho se prevén, según la regulación que establezca la ley, sistemas de intervención ciudadana en la vigilancia de la gestión pública en los diferentes sectores de la administración.

En la Constitución el ejercicio de la función pública de control, obedece a un esquema orgánico y funcional propio, pues las instituciones de control, están dotadas de autonomía e independencia administrativa y presupuestal, y de una competencia específica y especializada, que se traduce en el ejercicio de una serie de potestades estatales.

La Constitución diseñó la Contraloría General de la República como un organismo técnico con autonomía administrativa y presupuestal, encargada de la función pública del control fiscal, cuyo ejercicio comporta la responsabilidad de "vigilar la gestión fiscal" de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, con arreglo a las atribuciones especiales que le han sido señaladas (C.P. arts. 267, incs. 1o y 4o y 268).

En síntesis, el control fiscal constituye una actividad de exclusiva vocación pública que tiende a asegurar los intereses generales de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, de manera tal que se aseguren los fines esenciales del Estado de servir a aquélla y de promover la prosperidad general, cuya responsabilidad se confía a órganos específicos del Estado como son las Contralorías (nacional, departamental, municipal), aunque con la participación ciudadana en la vigilancia de la gestión pública (art. 1o., 2o., 103, inciso 3 y 270 de la C.P.). Pero si bien el ejercicio del control fiscal es responsabilidad de las contralorías, ello no excluye la posibilidad

de que excepcionalmente la vigilancia se realice por los particulares (inciso 2o. art. 267, ibídem).

3. 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 (art. 267 inciso 2) dispuso que la ley podía autorizar para contratar en casos especiales, esto es, dentro de las circunstancias y condicionamientos regulados por ésta, 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, y dentro de la regulación prevista en la ley, 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 están obligadas a diseñar y aplicar aquéllas, en los términos que señale la ley, el cual excepcionalmente y por autorización de ésta también puede contratarse con empresas privadas colombianas (arts. 209 inciso 2 y 269 C.P.). Es decir, que el control interno si lo podría contratar la entidad pública en los términos regulados por la ley, no así la vigilancia fiscal, pues como se advirtió antes, la contratación de ésta cuando la ley la autoriza le corresponde a las contralorías (arts. 267 inciso 2, 268 y 272 inciso 6 C.P.).

4. Análisis de los cargos de la demanda.

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.

En relación con la vigilancia fiscal, la mencionada disposición estableció que sobre los referidos bienes e igualmente con respecto a los actos o contratos referentes a su manejo se aplicará la vigilancia por las respectivas contralorías, mientras dichas entidades no contraten la vigilancia fiscal con "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".

El exceso de la norma frente al referente normativo constitucional es evidente, pues la ley ha trasladado a las empresas de servicios públicos con participación oficial la atribución que de conformidad con la ley corresponde a las contralorías de contratar la vigilancia fiscal con empresas colombianas, y no cabe duda que se incurrió en el quebrantamiento de los arts. 267 y 272 inciso 6 de la Constitución Política.

La Corte, en consecuencia, estima procedente la pretensión del demandante y, en tal virtud, declarará inexecutable la expresión acusada que forma parte del segmento normativo 27.4 del art. 27 de la ley 142 de 1994.

VIII. DECISION.

Con fundamento en el análisis precedente, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar inexecutable 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.

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
Presidente

JORGE ARANGO MEJIA
Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL
Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ
Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA
Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
Magistrado

FABIO MORON DIAZ
Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General.

