

Sentencia C-529/06

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Improcedencia

PRINCIPIO PRO ACTIONE EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Aplicación

CONTROL FISCAL-Características

CONTROL FISCAL-Carácter integral

CONTROL FISCAL-Carácter amplio/CONTROL FISCAL-Utilización de recursos públicos como premisa que justifica obligatoriedad de vigilancia estatal

El control fiscal, en cuanto instrumento adecuado para garantizar la correspondencia entre gasto público y cumplimiento de los fines legítimos del Estado, tiene un reconocimiento constitucional de amplio espectro. En este sentido, es la utilización de los recursos públicos la premisa que justifica, por sí sola, la obligatoriedad de la vigilancia estatal. Por lo tanto, aspectos tales como la naturaleza jurídica de la entidad de que se trate, sus objetivos o la índole de sus actividades, carecen de un alcance tal que pueda cuestionar el ejercicio de la función pública de control fiscal. Adicionalmente, debe advertirse que el cumplimiento del principio de eficiencia del control fiscal lleva a concluir que toda medida legislativa que a partir de restricciones injustificadas e irrazonables, impida el ejercicio integral de la vigilancia estatal de los recursos, esto es, los controles financiero, legal, de gestión y de resultados, es contraria a los postulados constitucionales. En efecto, los argumentos precedentes demuestran que las disposiciones de la Carta Política que regulan el control fiscal pretenden asegurar el nivel más amplio de vigilancia del uso de los fondos y bienes de la Nación. Esta concepción, además, es consecuente con un modelo de Estado constitucional que, como sucede en el caso colombiano, está interesado en la protección del interés general y el cumplimiento cierto de los deberes del aparato estatal.

CONTROL FINANCIERO-Concepto

CONTROL DE GESTION-Concepto

CONTROL DE LEGALIDAD-Concepto

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE CONTROL FISCAL-Amplitud

La vigilancia de la gestión fiscal está sujeta a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Por lo tanto, resulta válido inferir que en materia de control fiscal, el legislador cuenta con un amplio espectro de configuración normativa, conforme al cual puede definir tanto el método específico para el ejercicio del control, como las entidades públicas o privadas

objeto del mismo. Ello a condición que se cumpla la premisa constitucional sobre la relación necesaria entre ejercicio del control fiscal y manejo de fondos o bienes de la Nación. En otras palabras, el artículo 267 Superior establece las características generales del control fiscal anteriormente indicadas y prevé, igualmente, una deferencia genérica a favor del legislador, para que éste determine las condiciones particulares en que se ejercerá esa función pública.

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Características

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Régimen legal aplicable no impide ejercicio control fiscal

CONTROL FISCAL DE SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Validez constitucional/CONTROL FISCAL DE SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Incompatibilidad con libertad económica

La razón por la cual el legislador adscribe a las sociedades de economía mixta al sector descentralizado y les confiere, correlativamente, el carácter de organismos vinculados a la administración pública, es la participación estatal en la conformación del patrimonio social. Por tanto, en la medida en que ese aporte confiere a la sociedad de economía mixta un particular régimen jurídico, que la incorpora al Estado y le otorga la condición de instrumento para la consecución de sus fines, el control fiscal sobre la entidad no sólo es legítimo, sino constitucionalmente obligatorio. Conforme a lo señalado en apartado anterior, un entendimiento contrario, como el defendido por el demandante, crearía un campo de exclusión de la vigilancia fiscal sobre los recursos públicos, inadmisibles en el actual Estado constitucional. Finalmente, debe tenerse en cuenta que el ejercicio del control fiscal sobre las sociedades de economía mixta no es en modo alguno incompatible con el ejercicio de la libertad económica. En contrario, un cuestionamiento de esta naturaleza parte de una concepción deformada del control fiscal, que lo comprende como una simple barrera para el cumplimiento de los objetivos empresariales. Sobre este particular, la Corte considera que el ejercicio de la vigilancia fiscal sobre los recursos públicos es, con base en las razones sintetizadas al inicio de esta providencia, un imperativo ineludible para las democracias interesadas en la protección del patrimonio del Estado y en su uso para los fines que le son constitucionalmente legítimos. Una visión distinta, que desdeñe del control fiscal sobre esos recursos a partir de los trámites que impone su ejercicio, responde sólo a un paradigma instrumentalista contrario a la conservación del interés general que prima en la utilización de los bienes públicos. En conclusión, existen suficientes razones de naturaleza constitucional que justifican el ejercicio del control fiscal sobre las sociedades de economía mixta, de acuerdo con el método previsto en la ley para el efecto.

Referencia: expediente D-6119

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2º parcial de la Ley 42 de 1993

“Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”.

Actor: Alberto Yepes Barreiro

Magistrado Ponente:
Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá D.C., doce (12) de julio de dos mil seis (2006).

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Alberto Yepes Barreiro demandó parcialmente el artículo 2º de la Ley 42 de 1993. Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

1. La norma demandada

A continuación se transcribe el texto del artículo 2º de la Ley 42 de 1993, subrayándose el apartado acusado:

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 este 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.

2. LA DEMANDA

El actor estima que el apartado demandado vulnera los artículos 2º, 119, 121, 268 (numerales 1º, 2º, 4º y 12) y 333 de la Constitución Política. Para sustentar esta afirmación, expone los siguientes argumentos:

2.1. Luego de realizar una exposición doctrinaria sobre las características de la sociedad en general, la sociedad anónima y la sociedad de economía mixta en particular, el ciudadano Yepes Barreiro señala que la facultad de control fiscal sobre esta clase de sociedades, en virtud de la participación del Estado en su composición accionaria, vulnera la Carta Política, pues dicha participación no conlleva, por sí misma, que la sociedad de economía mixta realice disposición o manejo de bienes, fondos o recursos del Estado; así, se extendería más allá de sus naturales límites la competencia de control fiscal a cargo de la Contraloría General de la República.

Para el actor, el control fiscal tiene por objeto *“la protección del patrimonio de la Nación, el cual se encuentra constituido por los bienes y recursos de propiedad del Estado colombiano, independientemente que se encuentren recaudados o administrados por entidades públicas o por particulares”*. En el caso de las sociedades de economía mixta, es claro que aunque el Estado es propietario de parte de las acciones, *“dichos títulos nominativos permanecen bajo la tenencia plena, disposición y administración de la entidad estatal que es propietaria de los mismos, luego, la Sociedad como tal no administra, recauda, ni invierte ningún tipo de bien público, y por tal circunstancia, su inclusión plena como sujeto de control fiscal resulta ser inconstitucional”*.

2.2. El apartado acusado viola, a juicio del demandante, los artículos 2º y 267 Superior, en tanto contrae una restricción injustificada a las libertades, fundada en la extensión ilegítima de las facultades de control fiscal a sociedades que no administran necesariamente recursos del Estado. A partir del análisis de algunas sentencias de la Corte Constitucional,¹ el actor concluye que el control fiscal está ligado indisolublemente con el hecho que las entidades vigiladas manejen fondos o bienes del Estado. En ese sentido, para el demandante está demostrado que el control fiscal, *“acorde con las prescripciones y principios del denominado Estado Social y Democrático de Derecho, busca dar cumplimiento a principios, fines y cometidos de carácter estatal, pero en particular en lo que respecta a la denominada gestión fiscal, que se cumple en el manejo de bienes estatales, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición, operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales de dichos bienes,*

¹ El actor utiliza el contenido de las sentencias C-352/93 y C-167/95.

independientemente de quien sea la persona que realice dicha gestión”.

Bajo la perspectiva planteada, la inclusión genérica de las sociedades de economía mixta, *“sin precisar o delimitar el control únicamente a la participación accionaria de propiedad del Estado y al manejo que las entidades estatales hagan de estos títulos, trasgrede los principios orientadores del Estado colombiano, en tanto impone control fiscal a una entidad que no tiene en sus manos realización de gestión fiscal alguna”.* La posibilidad de control fiscal para sociedades de esta naturaleza, a juicio del demandante, sólo acabaría por *“constituirse en un carga superior e inane que termina por restringirla[s] al punto de llegar a obstruir su objeto social, e incluso a vulnerar su derecho a la libertad económica (secretos industriales) y el de sus asociados particulares, sin fundamento constitucional alguno.”*

2.3. El apartado acusado es incompatible, además, con los artículos 119, 267 y 268 (numerales 1, 2 y 4) de la Constitución Política, normas que establecen el contenido y alcance del control fiscal ejercido por la Contraloría General de la República. En criterio del actor, la interpretación de estas disposiciones² lleva unívocamente a concluir que el control fiscal versa sobre las entidades que manejan recursos o bienes de la Nación. Por lo tanto, el objeto del control es el manejo efectivo de tales elementos, más no la naturaleza de la entidad que efectúa su administración. En ese sentido, la inclusión genérica de las sociedades de economía mixta como sujetos de control fiscal desconocería que dichas entidades *“se rigen por las normas del derecho privado, y pese a tener en su conformación de capital un número inferior de acciones de propiedad estatal, jamás ejercen disposición, manejo o recaudo de bienes o rentas del Estado; lo anterior significa que no realizan gestión fiscal, ni manejan fondos o bienes de la Nación, debiendo quedar legislativamente excluidas del control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República y las demás contralorías”.* Empero, de forma eventual, el actor reconoce la posibilidad de ejercer control fiscal sobre las sociedades de economía mixta, pero sólo sobre los aportes, actos y contratos que versen sobre las gestiones del Estado en calidad de accionista de estas empresas, por lo que la Corte debería condicionar la exequibilidad del precepto acusado en esa dirección.

2.4. El actor resalta el hecho que la jurisprudencia constitucional, en oportunidad anterior, justificó el control fiscal de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, precisamente por la naturaleza del objeto social de esas entidades. Para ello, citó en extenso algunos apartados de la sentencia C-290 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, en la cual la Corte declaró, entre otras resoluciones, exequible un apartado del artículo 5º de la Ley 689 de 2001 *“bajo el entendido que para ejercer el control fiscal las contralorías tienen amplias facultades para examinar la documentación referente a los aportes, actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista o socio o respecto de los bienes de propiedad estatal.”* Para el ciudadano Yepes Barreiro, el análisis de la sentencia mencionada permite inferir válidamente que la posibilidad de gestión fiscal se entiende ajustada a la Constitución en la

² Como argumento de soporte, el demandante cita algunos apartes de las sentencias C-529/93, C-579/93 y C-290/02.

medida en que la sociedad de que se trate cumpla un cometido estatal. No obstante, dicha posibilidad no es genérica, sino que se contrae a los aportes, actos y contratos celebrados por el accionista estatal.

2.5. Por último, el demandante considera que el precepto acusado vulnera el artículo 333 de la Carta Política, puesto que la posibilidad de control fiscal para las sociedades de economía mixta incorpora una carga desproporcionada, que la deja en desigualdad de condiciones respecto de otros sujetos que concurren al mercado y, en consecuencia, restringe el ejercicio de su derecho constitucional a la libertad económica.

Con base en las razones expuestas, el ciudadano Yepes Barreiro solicita a la Corte que declare inexecutable el apartado acusado o, de forma subsidiaria, que condicione su constitucionalidad *“en el entendido que en el ejercicio del control fiscal en las sociedades de economía mixta, las contralorías tienen solo facultades para examinar la documentación referente a las acciones de propiedad del Estado y los referentes a los aportes, títulos, actos y contratos celebrados por éste exclusivamente”*.

3. INTERVENCIONES

3.1. Intervención de la Contraloría General de la República

El ciudadano Miguel Eduardo Zabaleta Arias, apoderado judicial de la Contraloría General de la República, intervino en el presente trámite con el fin de defender la constitucionalidad del precepto acusado. A juicio del interviniente, el apartado demandado resulta ajustado a la Carta Política como consecuencia de los razonamientos siguientes:

3.1.1. A pesar que las sociedades de economía mixta están compuestas por capital privado y estatal, y su funcionamiento está regulado por las normas del derecho privado, no por ello se convierten en instituciones particulares, pues, de conformidad con la Ley 89 de 1998, hacen parte del nivel descentralizado de la administración pública y *“están adscritas a los ministerios.”*

3.1.2. El análisis que hace el actor resulta descontextualizado, pues desconoce lo señalado en el artículo 21 de la Ley 42 de 1993, en el sentido que la vigilancia de la gestión fiscal para el caso de las sociedades de economía mixta *“se hará teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital social, evaluando la gestión empresarial de tal forma que permita determinar que el manejo de los recursos públicos se realice de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 8º de la presente ley.”* De la misma forma, la citada disposición insiste en que *“los resultados obtenidos tendrán efecto únicamente en lo referente al aporte estatal”*. En criterio del interviniente, es esta norma la que establece el método de control fiscal para el caso de las sociedades de economía mixta, de lo que se infiere que el cargo planteado por el actor resulta infundado, puesto que el demandante *“sólo hizo una equivocada interpretación de la misma, al entender que por el sólo hecho de estar relacionadas las sociedades de economía mixta como sujetos de control fiscal, la vigilancia fiscal*

recaería sobre todo el patrimonio de la sociedad, cosa que no es así”.

3.1.3. Finalmente, la Contraloría General desestima los cargos fundados en la vulneración de los demás contenidos constitucionales referidos por el actor. Con este fin resaltó que (i) la Ley 42 de 1993 incorpora las disposiciones fijadas por los artículos 119, 267 y 268 de la Constitución, que asignan el ejercicio de la vigilancia fiscal respecto de aquellas entidades que hacen parte de la administración pública y de las particulares que manejan recursos o bienes de la Nación; y (ii) el apartado demandado no es contrario al derecho constitucional a la libertad económica, en tanto refiere únicamente a la enumeración de las entidades sujetas a control fiscal, mas no al método aplicable para llevar a cabo ese procedimiento.

3.2. Intervención de la Auditoría General de la República

La ciudadana Doris Pinzón Amado, apoderada especial de la Auditoría General de la República, solicitó a esta Corporación la declaratoria de exequibilidad del precepto demandado. Con este fin, puso a consideración de la Corte los argumentos que se sintetizan a continuación:

3.2.1. A manera de aclaración preliminar, la interviniente reafirma la posición expresada por la Contraloría General, en el sentido que el apartado acusado no debe estudiarse de manera aislada, sino en consideración de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 42 de 1993, norma que establece las condiciones para el control fiscal respecto de las entidades de economía mixta.

3.2.2. La posibilidad de ejercicio del control fiscal se basa en un criterio eminentemente objetivo, relacionado con el manejo de bienes y recursos del Estado. En esa medida, no resulta relevante la naturaleza de la entidad que lleve a cabo dicha actividad para efectos de determinar la procedencia del mencionado control, circunstancia ésta reconocida por la jurisprudencia constitucional.³ Así, en tanto las sociedades de economía mixta ejercen funciones relativas a la administración de recursos públicos, no pueden ser excluidas del control fiscal, pues comparten el requisito objetivo enunciado. Igualmente, la posibilidad de restringir el ejercicio del control fiscal a las acciones que representan el aporte estatal, planteada por el demandante en su pretensión subsidiaria, desconocería la naturaleza integral del citado control, a la vez que ocasionaría graves inconvenientes prácticos, pues *“una vez se hace el aporte oficial y éste se integra al patrimonio de la empresa, resulta imposible diferenciar cuáles contratos y operaciones han comprometido o afectado el recurso público y cuáles no.”* En consecuencia, *“la necesidad de reconocer la posibilidad de que se acceda a información que refleje el universo de las operaciones realizadas y en caso de requerirse, a los soportes de tales operaciones, es una consecuencia tanto de su naturaleza (persona jurídica de derecho público, privado o mixta), como de la conformación indisoluble y proindiviso del capital público y privado, que por lo mismo no se pueden administrar ni vigilar por separado.”*

³ La interviniente refiere a las sentencias C-167/95 y C-374/95.

3.2.3. Como argumento adicional, la Auditoría General demuestra, con base en el análisis de algunas decisiones judiciales tanto de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de sus funciones de Tribunal Constitucional al amparo de la Carta anterior, como del Consejo de Estado, que la legitimidad del ejercicio del control fiscal respecto de las sociedades de economía mixta ha sido una constante en el ordenamiento jurídico colombiano.⁴

4. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, en ejercicio de las competencias que le adscriben los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución Política, presentó concepto en el presente trámite, en el que solicitó la inhibición de la Corte, fundada en la ineptitud sustancial de la demanda o, de forma subsidiaria, la exequibilidad del apartado demandado. Para este fin, expuso los argumentos que a continuación se desarrollan:

4.1. En lo que respecta a la solicitud de inhibición, el Ministerio Público estima que la demanda de la referencia no contiene argumentos que cumplan con los requisitos de calidad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia que la jurisprudencia constitucional exige para las acciones de esta naturaleza. En efecto, el concepto fiscal resalta como el actor no presenta cargo alguno que sustente la vulneración de los artículos 12 y 121 de la Constitución. Además, la interpretación que el demandante realiza del precepto acusado es inapropiada, pues no se refiere a su contenido normativo, sino al procedimiento aplicado para el control fiscal de las sociedades de economía mixta, materia ajena al análisis de constitucionalidad. Finalmente, la demanda no integra todas las demás normas que hacen parte de la Ley 42 de 1993 y que inciden en el ejercicio del control fiscal de las sociedades de economía mixta, por lo que el análisis en sede de constitucionalidad debería efectuar tal integración.

4.2. En caso que la Corte concluyera la presencia de un cargo de inconstitucionalidad en la demanda presentada por el ciudadano Yepes Barreiro, la Vista Fiscal considera que el precepto acusado debe declararse exequible por los cargos propuestos. Para sustentar esta conclusión, el Procurador General parte de considerar que las sociedades de economía mixta son una expresión de la política de intervención del Estado en la economía y su regulación por normas de derecho privado se explica en la medida en que concurren al mercado en las mismas condiciones que las empresas particulares. Por tanto, la aplicación de tales disposiciones ni las excluye de la administración pública, ni impide que les resulten aplicables controles de índole estatal, como es el caso del control fiscal. Para el Ministerio Público, *“la naturaleza de dichas sociedades es especial y por ello su régimen no puede explicarse en términos de público o privado de manera excluyente. Aunque son parte de la administración, en atención de su finalidad, se rigen en términos generales por el derecho privado, pero, el mismo Código de Comercio y a la Ley 489 de 1998, señalan que este régimen se aplica **excepto en***

⁴ Para sustentar este apartado, la interviniente cita algunos apartes de las sentencias del 23 de octubre de 1978 y del 8 de junio (M.P. Manuel Gaona Cruz) de la Corte Suprema de Justicia. Igualmente trae a colación las sentencias relativas a los expedientes 3880 y 5590, ambas de la Sección Primera del Consejo de Estado y la primera de ellas con ponencia del Consejero Libardo Rodríguez Rodríguez.

los casos que determine la ley, es decir, dejan claramente señalado que el legislador puede decidir someterlas a regulaciones especiales en los casos y en los aspectos que considere pertinentes para el logro de sus fines.// En este punto, consideramos que el demandante confunde el régimen jurídico de derecho privado y el estar sometidas a la justicia ordinaria, con la imposibilidad del legislador de señalar regulaciones especiales, como ocurre precisamente en el régimen de control de vigilancia de las sociedades de economía mixta, objeto de esta demanda.” (Negrillas originales).

4.3. La posibilidad expuesta por el demandante, en el sentido de excluir a las sociedades de economía mixta del control fiscal lleva, a juicio del Procurador General, a resultados absurdos. Esto en la medida en que si el control mencionado cobija incluso a los particulares que manejan bienes públicos, no concurre argumento alguno que limite esa posibilidad frente a las sociedades conformadas con capital público. En suma *“la posición expuesta por el demandante, en el caso que se estudia, permitiría que estos recursos quedarán sin ningún control diferente a la disposición de las acciones, lo que resulta inimaginable, especialmente cuando hablamos de sociedades en las cuales el Estado es socio mayoritario”*. Es claro, entonces, que el control fiscal no sólo se limita al momento de la entrega del aporte estatal, sino que trasciende a la gestión propiamente dicha de la sociedad, como tuvo oportunidad de advertirlo esta Corporación en la sentencia C-065/97.

En esta decisión, *“la Corte hace una distinción entre el tipo de control que corresponde a diferentes formas de participación del Estado de tal manera que, las entidades que reciben aportes, es decir, en la cual el Estado no es un asociado sino que financia proyectos concretos, la vigilancia fiscal debe hacerse sobre el contrato correspondiente. Pero, en los casos en que el Estado entra como miembro de la asociación, la vigilancia fiscal se ejerce de manera directa sobre la entidad. // Sin embargo, el que la vigilancia deba ejercerse sobre la entidad no implica que sobre ella se apliquen el mismo control fiscal que se realiza con respecto a otros sujetos de control, pues en cuenta a las actividades de la sociedad, debe siempre tenerse en cuenta que ésta actúa dentro de un mercado competitivo y, por tanto, no puede evaluarse con los mismos criterios de las actividades del Estado que se encuentran fuera del mercado.”*

4.4. Conforme las normas que regulan la actividad de la Contraloría General, al igual que la jurisprudencia constitucional aplicable a la materia, se colige que la regla general es que *“donde haya recursos públicos debe haber control fiscal”*. Por ende, las sociedades de economía mixta, en tanto están conformadas por aportes del Estado, son objeto del mencionado control. No obstante, contrario a lo considerado por el actor, el control fiscal no se aplica con base en un solo método. Al respecto, distintas previsiones de la Ley 42 de 1993 exponen varios métodos especiales de control, los cuales varían, entre otros aspectos, por la naturaleza de las entidades sujetas a vigilancia. Este grado de especialización se hace patente, para el caso de las sociedades de economía mixta, en lo dispuesto por el artículo 21 *ejusdem*, norma que determina el método de control para dicha modalidad empresarial. Así, el Procurador General concluye que *“como puede observarse, no se trata de negar la autonomía de estas entidades ni de*

coadministrar con sus órganos, ni de desconocer los derechos de la entidad o de los socios particulares o de ejercer un control pleno, como en el caso de las entidades públicas. La lectura descontextualizada de la norma se confirma al observar que como petición subsidiaria al final de su escrito, el actor solicita que se restrinja el control, con límites que el legislador ya consagró en la ley o que son ajenos a la naturaleza de estas entidades, en tanto que, se recuerda, no son particulares, como equivocadamente parece entenderlo el ciudadano demandante.”

4.5. Por último, la Vista Fiscal insiste en que las sociedades de economía mixta, habida cuenta su condición de entidades descentralizadas, hacen parte de los instrumentos de intervención económica del Estado. En concordancia con lo anterior, estas sociedades guardan múltiples relaciones jurídicas con las instituciones públicas, en ámbitos como el de la coordinación, la delegación, el presupuesto, la sujeción de su contabilidad a la vigilancia de la Contaduría General de la Nación, la aplicación del régimen de contratación pública para las sociedades con un capital estatal superior al 50% y su sujeción a las normas de las empresas industriales y comerciales del Estado en los casos de participación accionaria pública supera el 90%, entre otras particularidades. Todas estas previsiones explican, entonces, la plena legitimidad del control fiscal para esta clase de sociedades.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

5. Competencia

De acuerdo con el mandato contenido en el numeral 40 del artículo 241 de la Constitución Política, esta Corporación es competente para conocer y decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

Como en esta ocasión el objeto de la acción pública recae sobre un apartado del artículo 2º de la Ley 42 de 1993, por la existencia de presuntos vicios de fondo, la Corte es competente para adelantar el correspondiente examen de constitucionalidad.

6. Problema jurídico

El ciudadano Yepes Barreiro considera que la extensión del control fiscal a las sociedades de economía mixta, prevista en el artículo 2º de la Ley 42 de 1993 vulnera la Constitución Política, puesto que (i) extiende al control fiscal más allá de sus límites constitucionales, en tanto este tipo societario no maneja, necesariamente, bienes o fondos públicos; (ii) no establece una diferenciación entre la participación accionaria del Estado y la de los particulares, para efectos de delimitar el objeto del control fiscal. En contrario, estipula un modo genérico de control fiscal para el caso del mencionado tipo de sociedad; y (iii) impone una carga desproporcionada en contra de las sociedades de economía mixta,

incompatible con el ejercicio de libertad económica, puesto que aunque concurren al mercado en igualdad de condiciones que las sociedades de capital privado, está sometida a una modalidad de control distinto y más gravoso.

Los intervinientes en el presente proceso son unívocos en defender la constitucionalidad de la expresión demanda. Con este fin, advierten que la argumentación planteada por el actor, en el sentido de la existencia de un control fiscal genérico para el caso de las sociedades de economía mixta, era resultado de una interpretación inapropiada, desvirtuada por la lectura integral de la Ley 42 de 1993, en especial lo dispuesto en su artículo 21, que establece el método particular de control fiscal para el caso de ese tipo societario, procedimiento que parte del supuesto de restricción del control al patrimonio estatal. En el mismo sentido, consideran que, de acuerdo por lo indicado por la jurisprudencia constitucional, el control fiscal es de naturaleza objetiva. Así, resulta legítimo el control en tanto concurren recursos del Estado, como es el caso de los aportes públicos al capital de las sociedades en comento.

El Procurador General, en primer lugar, considera que la Corte debería inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo, puesto que las censuras planteadas por el demandante no cumplen con los requisitos fijados por la jurisprudencia de esta Corporación para la construcción de un cargo de inconstitucionalidad. No obstante, en caso que la Corte considere que sí existe tal cargo, debe declarar la exequibilidad del precepto acusado. Con el fin de apoyar esta solicitud, la Vista Fiscal expone argumentos similares a los intervinientes. Sin embargo, insiste en la imposibilidad de incluir a las sociedades de economía dentro del ámbito de las formas societarias de derecho privado, habida cuenta de su fuerte vínculo con distintas esferas de la actividad del Estado.

De conformidad con lo expuesto, corresponde a la Corte responder el siguiente cuestionamiento: ¿La inclusión de las sociedades de economía mixta dentro de los objetos de control fiscal previsto por la norma acusada vulnera las disposiciones constitucionales que delimitan el ejercicio de su control y, en consecuencia, constituye una intromisión ilegítima del Estado en estas instituciones, que impide el ejercicio efectivo de la libertad económica?

Para dar respuesta a este interrogante, la Sala adoptará la siguiente metodología. En primer lugar, expondrá brevemente las razones que desestiman la solicitud de inhibición realizada por el Procurador General. Luego, sintetizará el precedente constitucional sobre el contenido y alcance del control fiscal, con énfasis en el caso específico de las sociedades de economía mixta. En tercer término, expondrá las líneas generales relativas al régimen legal de las sociedades de economía mixta y sus implicaciones constitucionales en cuanto a la actividad del Estado. Finalmente, con base en las reglas que se deriven de este análisis, resolverá el problema jurídico anteriormente planteado.

7. Existencia de los presupuestos para emitir pronunciamiento de fondo

El Procurador General considera que para el presente asunto no concurren los presupuestos para emitir pronunciamiento de fondo, pues el cargo propuesto no

cumple con los requisitos de calidad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia fijados por la jurisprudencia constitucional para los argumentos que sustentan el concepto de la violación. En igual sentido, el Ministerio Público advierte como el actor no expone argumentos relativos a la vulneración de los artículos 12 y 121 de la Carta Política.

No obstante, a juicio de la Sala, la demanda propuesta por el ciudadano Yepes Barreiro sí expone argumentos adecuados, que permiten adelantar el juicio de constitucionalidad en relación con el precepto acusado. Al respecto, la demanda contiene varias razones destinadas a sustentar la oposición objetiva entre el modelo de control fiscal previsto en el Texto Superior y las particulares condiciones jurídicas de las sociedades de economía mixta. Aunque, como lo expresan tanto el Procurador General como los intervinientes, tales razones se muestran en varios aspectos controvertibles, no por ello se está ante la ausencia de cargo.

De esta manera, en aplicación del principio *pro actione* que gobierna a la acción pública de inconstitucionalidad y habida cuenta de la suficiencia de la censura planteada por el actor, la Corte emitirá sentencia de mérito para el asunto de la referencia.

8. Contenido y alcance constitucional del control fiscal. El procedimiento para el caso de las sociedades de economía mixta.

La jurisprudencia constitucional da cuenta de un importante cambio cualitativo en el control fiscal a partir del modelo adoptado por la Carta Política de 1991. En consideración de las dificultades administrativas inherentes al sistema de control fiscal previo, adoptado por Colombia desde el inicio de la vida republicana⁵, la Constitución actual incorporó un modelo de control posterior, selectivo e integral, más acorde con las complejidades de la administración pública contemporánea.

Esta Corporación ha expuesto una doctrina suficientemente comprensiva sobre las características constitucionales del control fiscal,⁶ razón por la que esta sentencia sólo referirá a los aspectos más relevantes de la misma.

En primer lugar, se parte de considerar que el control fiscal es una función pública autónoma, ejercida por la Contraloría General de la República bajo un método de control posterior y selectivo que facilita la adecuada evaluación sobre el manejo de los recursos y bienes públicos.

En segundo término, la vigilancia de la gestión fiscal está sujeta a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Por lo tanto, resulta válido inferir que en materia de control fiscal, el legislador cuenta con un amplio espectro de configuración normativa, conforme al cual puede definir tanto el

⁵ Sobre el marco histórico general del control fiscal en Colombia, puede consultarse el estudio contenido en la sentencia C-716/02, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶ *Cfr.* Corte Constitucional, sentencias C-374/95, M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-1191/00, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-716/02, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-290/02, Clara Inés Vargas Hernández.

método específico para el ejercicio del control, como las entidades públicas o privadas objeto del mismo. Ello a condición que se cumpla la premisa constitucional sobre la relación necesaria entre ejercicio del control fiscal y manejo de fondos o bienes de la Nación. En otras palabras, el artículo 267 Superior establece las características generales del control fiscal anteriormente indicadas y prevé, igualmente, una deferencia genérica a favor del legislador, para que éste determine las condiciones particulares en que se ejercerá esa función pública.

En tercer lugar, el modelo de control fiscal previsto en el Texto Constitucional tiene carácter integral, esto es, comprende el ejercicio de un control financiero, de gestión, de legalidad y de resultados. En ejercicio de la cláusula general de competencia legislativa antes mencionada, la Ley 42 de 1993 define el contenido particular de cada uno de los modos de control. Así, el control financiero consiste en *“el examen que realiza, con base en las normas de auditoría de aceptación general, para establecer si los estados financieros de una entidad reflejan razonablemente el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera, comprobando que en la elaboración de los mismos y en las transacciones y operaciones que los originaron, se observaron y cumplieron las normas prescritas por las autoridades competentes y los principios de contabilidad universalmente aceptados o prescritos por el contador general.”* (Art. 10). El control de gestión refiere, a su vez, con *“el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad.”* (Art. 12). El control de legalidad está relacionado con *“la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables.”* (Art. 11). Finalmente, el control de resultados fue definido por el legislador como *“el examen que se realiza para establecer en que medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado”*. (Art. 13).

En cuarto término, el Constituyente determinó que el control fiscal se funda en los principios de eficiencia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales. A partir de esta previsión, el legislador ha considerado que con base en estos principios, el control fiscal en el caso colombiano debe ejercerse *“de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas. Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación,*

*uso y explotación de los mismos”.*⁷

Para efectos del presente análisis cobra especial importancia el quinto aspecto a tener en cuenta sobre las características constitucionales del control fiscal, relativo a su carácter amplio. En efecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha resaltado que la vigilancia de la gestión estatal incorpora, tanto las modalidades de control antes mencionadas, como un amplio espectro de entidades y operaciones susceptibles de ese control. Al respecto, la sentencia C-374/95 señaló dentro de las características constitucionales de gestión fiscal, su posibilidad de ejercicio *“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.”*

De la misma forma, el precedente constitucional contempla que el ámbito de ejercicio legítimo del control fiscal se extiende a cada una de las etapas relacionadas con la gestión de recursos públicos. En ese sentido, la extensión del control fiscal *“hace referencia a la administración y manejo de los bienes y fondos públicos, en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición.”*⁸ A su turno, según la Corte, la *vigilancia de esta gestión “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.”*⁹ ¹⁰

Una aplicación concreta del reconocimiento del carácter amplio del control fiscal fue adelantado por la Corte en la sentencia C-1191/00, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. En esa oportunidad, esta Corporación revisó la constitucionalidad del artículo 37 del Decreto Ley 266 de 2000. Esta disposición circunscribía el ejercicio del control fiscal de las empresas de servicios públicos de carácter mixto, y de carácter privado en cuyo capital participe la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de ésta o aquellas, sólo respecto de los actos y contratos que versaran sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista o aportante. La Corte concluyó que la norma demandada consagraba una restricción desproporcionada al ejercicio del control fiscal y, por tanto, la declaró inexecutable. Los argumentos concretos que tuvo en cuenta la Sala para declarar la inconstitucionalidad de la disposición acusada fueron los siguientes:

⁷ Ley 42 de 1993, artículo 8°.

⁸ SC-529/93 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz). Véanse, también, las SC-586/95 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz y José Gregorio Hernández Galindo) y SC-570/97 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

⁹ C-529/93 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-499/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

“ (...) el control [fiscal] en los términos precisos que señala el artículo 267 de la Constitución Política, se debe realizar en forma integral, esto es, la vigilancia de la gestión fiscal del Estado ha de incluir un control financiero, de gestión y de resultados, con el fin de que se cumplan los objetivos a los cuales están destinados. De manera pues, que no puede concebirse, una separación entre las órbitas pública y privada en relación con las actividades que interesan y afectan a la sociedad en general, de ahí, que si los particulares se encuentran asumiendo la prestación de los servicios públicos, están sujetos a los controles y, además a las responsabilidades propias del desempeño de las funciones públicas.

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

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

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

De ahí, que la restricción o limitación que trae la norma acusada resulta violatoria de la Constitución, como quiera que impide el ejercicio adecuado del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, en la medida en que restringe el acceso de los organismos de control a una serie de documentos necesarios para la verificación de un control fiscal integral, mucho más en las empresas a las que se ha hecho referencia, las cuales prestan un servicio que por definición de la Constitución (art. 365), son inherentes a la finalidad social de Estado, quien tiene como deber asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.” (Subrayas fuera de texto).¹¹

De conformidad con el precedente expuesto, se infiere que el control fiscal, en cuanto instrumento adecuado para garantizar la correspondencia entre gasto público y cumplimiento de los fines legítimos del Estado, tiene un reconocimiento constitucional de amplio espectro. En este sentido, es la utilización de los recursos públicos la premisa que justifica, por sí sola, la obligatoriedad de la vigilancia estatal. Por lo tanto, aspectos tales como la naturaleza jurídica de la entidad de que se trate, sus objetivos o la índole de sus actividades, carecen de un alcance tal que pueda cuestionar el ejercicio de la función pública de control fiscal.

Adicionalmente, debe advertirse que el cumplimiento del principio de eficiencia del control fiscal lleva a concluir que toda medida legislativa que a partir de restricciones injustificadas e irrazonables, impida el ejercicio integral de la vigilancia estatal de los recursos, esto es, los controles financiero, legal, de gestión y de resultados, es contraria a los postulados constitucionales. En efecto, los argumentos precedentes demuestran que las disposiciones de la Carta Política que regulan el control fiscal pretenden asegurar el nivel más amplio de vigilancia del uso de los fondos y bienes de la Nación. Esta concepción, además, es consecuente con un modelo de Estado constitucional que, como sucede en el caso colombiano, está interesado en la protección del interés general y el cumplimiento cierto de los deberes del aparato estatal. (Art. 2 C.P.). Desde esta perspectiva, la consecución de un ordenamiento legal que disponga de controles adecuados y suficientes sobre el uso de los dineros públicos en todas las instancias se muestra más acorde con los presupuestos constitucionales del ejercicio del control fiscal, en los términos del artículo 267 Superior. Lo contrario, esto es, contemplar supuestos de exclusión del control fiscal cuando está acreditada la presencia de recursos estatales en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición, es inadmisibles. Ello en la medida que tal postura facilitaría la desviación de los recursos fiscales a fines distintos a los constitucionalmente permitidos, en detrimento de la integridad de las finanzas del Estado y la confianza de los ciudadanos en el uso adecuado de sus tributos.

¹¹ Las reglas jurisprudenciales sobre la inconstitucionalidad de la limitación del control fiscal en las empresas de servicios públicos de participación pública fueron reiteradas a propósito de la sentencia C-290/02, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

El cargo propuesto por el actor sostiene, como se indicó, la inconstitucionalidad del ejercicio genérico del control fiscal para el caso de las sociedades de economía mixta. Sin embargo, la Corte advierte que el problema jurídico propuesto no puede ser abordado a partir de una interpretación aislada del apartado acusado, sino que es necesario considerar, de forma integral, el método de control fiscal de las sociedades de economía mixta previsto por la Ley 42 de 1993.

Sobre este particular, como lo señalaron tanto el Procurador General como algunos de los intervinientes, resulta especialmente relevante lo dispuesto por el artículo 21 *ejusdem*, que establece las reglas particulares de vigilancia estatal de los recursos para ese tipo de entidades. Al respecto, la norma prevé que (i) el control fiscal se realizará *“teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital social, evaluando la gestión empresarial de tal forma que permita determinar que el manejo de los recursos públicos se realice de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 8°”* de la Ley 42/93¹²; (ii) el resultado de la vigilancia de la gestión fiscal sólo tendrá efecto en lo referente al aporte estatal; (iii) las reglas sobre el control fiscal de las sociedades de economía mixta también serán aplicables a sociedades de otra naturaleza en las que el Estado participe; y (iv) corresponde a la Contraloría General de la República establecer los procedimientos aplicables para el ejercicio de este tipo de control fiscal.

La consideración de estos presupuestos normativos precisa, entonces, el contenido del problema jurídico planteado. Así, la constitucionalidad del apartado acusado dependerá de comprobar si la naturaleza del control fiscal prevista por la Carta Política resulta compatible con las particularidades de la participación estatal en las sociedades de economía mixta y el método que la Ley 42 de 1993 define para la vigilancia de la gestión en este tipo de entidades. Para ello, habrá de determinarse cuáles son las implicaciones constitucionales de las sociedades de economía mixta, para luego resolver el cargo propuesto una vez reunidos los elementos de juicio necesarios. Pasa la Corte a adelantar esta tarea.

9. Implicaciones constitucionales del régimen legal de las sociedades de economía mixta

El tópico relativo a las implicaciones de índole constitucional que se generan de la naturaleza jurídica de las sociedades de economía mixta es un tema suficientemente debatido por la jurisprudencia de esta Corporación. Sobre este

¹² El artículo 8° de la Ley 42/93 estipula lo siguiente:

Artículo 8. La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas. Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos.

La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que éstos cumplan con los objetivos previstos por la administración

particular resultan especialmente pertinentes las consideraciones hechas por la Corte en la sentencia C-629 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.¹³ En esta ocasión, este Tribunal declaró la exequibilidad de la norma de la Ley 80 de 1993 que hacía aplicables las reglas de la contratación pública a las sociedades mencionadas, para el caso que la participación accionaria estatal superara el 50% del capital social. Esta decisión identificó con claridad, a partir de las disposiciones constitucionales y legales aplicables tanto los elementos configurativos como las características esenciales de este tipo de entidades.

Sobre el primer aspecto, la providencia señaló que las sociedades de economía mixta (i) son de creación o autorización legal; (ii) su objeto social es el cumplimiento de actividades industriales y comerciales; (iii) su capital está integrado por aportes del Estado y de particulares; y (iv) están vinculadas a la administración como integrante del sector descentralizado y, habida cuenta su condición de organismos vinculados, están sujetas a controles administrativos.¹⁴

¹³ Sobre el mismo particular, Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-953/99, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. En esta oportunidad, la Corte declaró la inexecutable del inciso segundo del artículo 97 de la Ley 489/98.

¹⁴ La providencia en comento también reiteró las características básicas de las sociedades de economía mixta que fueron enunciadas por la sentencia C-316/03. En esta oportunidad, la Corte indicó sobre esta modalidad de sociedad lo siguiente:

“3.1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 las sociedades de economía mixta “son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley”.

-Dichas sociedades son autorizadas por la ley, en el evento en que tengan carácter nacional (art. 150, numeral 7 C.P.), o por una ordenanza departamental o acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales (arts. 300, numeral 7, y 313, numeral 6, C.P.). Pero, para su existencia no basta la autorización legal, pues en atención a que son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales, es indispensable la celebración de un contrato entre el Estado o sus entidades y los particulares que van a ser parte de ellas.

-Su organización es la propia de las sociedades comerciales, las cuales están previstas en el Código de Comercio. Los estatutos por los cuales se rigen son los expedidos por los socios y están contenidos en el contrato social.

-No obstante estar constituidas bajo la forma de sociedades comerciales, no son particulares. Son organismos que hacen parte de la estructura de la Administración Pública, pertenecen al nivel descentralizado y son organismos vinculados.

-Gozan de personería jurídica propia y de autonomía administrativa, aunque el grado de ésta variará según el porcentaje de participación que tengan los particulares y el Estado.

-Su objeto social es el desarrollo de actividades industriales y comerciales, salvo aquellas excepciones que consagre la ley.

-Tal como se desprende de su misma denominación, en esas sociedades hay aportes tanto de capital público como de capital privado. El monto de uno y otro varía según la intención no sólo del legislador sino de sus mismos socios. Así las cosas, el carácter de sociedad de economía mixta no depende en manera alguna del régimen jurídico aplicable sino de la participación en dicha empresa de capital público y de capital privado”.
(....)

Por consiguiente, en la constitución de una sociedad de economía mixta el Estado o sus entidades territoriales o una empresa de capital público u otra sociedad de economía mixta pueden tener una participación mínima, mientras que los particulares pueden tener la participación mayoritaria, pero también puede ocurrir lo contrario.

Debe precisarse que la participación económica de particulares conlleva a la intervención de éstos tanto en el manejo de la sociedad como en la toma de decisiones, según sea el monto de su aporte. No es el Estado quien actúa sólo, sino en compañía de su socio, es decir de un particular.

Acerca de la segunda materia, la Corte advirtió en la citada sentencia las siguientes características particulares y definitorias de las sociedades de economía mixta:

a. Las sociedades de economía mixta son mencionadas en la Constitución a propósito de las atribuciones del legislador y de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales, en su ámbito respectivo, en torno de la configuración y desarrollo de la estructura de la administración (nacional, departamental o municipal). Es decir, configuran elementos organizativos constitucionales dentro del Estado colombiano.

b. Las sociedades de economía mixta, abstracción hecha del porcentaje del aporte estatal en el capital social, no forman parte de la rama ejecutiva del poder público.

c. Las sociedades de economía mixta son entidades descentralizadas tanto conforme a las definiciones legales vigentes al momento de expedirse la Constitución de 1991, como en armonía con las precisiones ulteriores efectuadas por el legislador en la Ley 489 de 1998.

d. La precisión del régimen jurídico de las sociedades de economía mixta corresponde a la ley, conforme al artículo 210 de la Constitución en concordancia, primordialmente, con los artículos 150-7 y 209 de la misma.

Con base en estos supuestos, es posible concluir que las sociedades de economía mixta, pese su naturaleza jurídica específica (regulación basada en las normas del derecho privado, ejecución de actividades industriales o comerciales, ánimo de lucro, entre otros aspectos) no pierden su carácter de expresiones de la actividad estatal, amén del aporte público en la constitución del capital social y la consiguiente pertenencia a la administración pública, en la condición de entidades descentralizadas. De esta manera, no es acertado sostener que la participación de particulares en la composición accionaria y la ejecución de actividades comerciales en pie de igualdad con las sociedades privadas sean motivos para excluir a las sociedades de economía mixta de la estructura del Estado y de los controles administrativos que le son propios y cuya definición hace parte de la potestad de configuración normativa de que es titular el legislador. Con base en esta última consideración, la sentencia C-629/03 concluyó que *“la propia Constitución, como se ha visto, determina consecuencias directas de la circunstancia de que una sociedad comercial tenga el carácter de sociedad de economía mixta y hace imperativa la vigilancia seguimiento y control de los recursos estatales, cualquiera sea la forma de gestión de los mismos, en los términos que prevea la ley.”*

10. Solución de los cargos propuestos

-Tienen ánimo de lucro y es claro que habrá reparto de utilidades y de pérdidas entre sus socios. En efecto, los dineros que reciban por el ejercicio de su actividad serán repartidos entre las entidades públicas y los particulares”.

Los argumentos anteriormente citados, que sintetizan las reglas jurisprudenciales relativas al contenido y alcance del control fiscal y las implicaciones constitucionales del diseño legal propio de las sociedades de economía mixta, son suficientes para solucionar el problema jurídico materia del presente análisis.

Las censuras planteadas por el actor parten de suponer que (i) las sociedades de economía mixta, al estar reguladas por normas del derecho privado y tener por objeto el ejercicio de actividades industriales y comerciales, deben estar sujetas a las mismas condiciones que el ordenamiento privado impone a las sociedades particulares; (ii) la injerencia estatal en la administración y control de estas entidades se circunscribe a los estrictos límites del aporte público en el capital social y, en consecuencia (iii) un control fiscal de tipo genérico sobre este tipo de sociedades es inconstitucional, en la medida que excede el marco de las competencias que la Carta confiere a los organismos que ejercen ese control.

Vista la exposición anterior, la Corte encuentra que los presupuestos del cargo de inconstitucionalidad planteado por el ciudadano Yepes Barreiro resultan infundados. Ello porque desconocen el carácter amplio que el Texto Superior adscribe al control fiscal, la pertenencia de las sociedades de economía mixta al sector descentralizado de la administración pública y el modelo de control fiscal que para estas entidades ha previsto el legislador.

En cuanto al primer aspecto, es evidente que la perspectiva constitucional del control fiscal, en virtud de su carácter ampliado, comprende la vigilancia no sólo del manejo, en sentido estricto, de los recursos del Estado, sino que involucra todas aquellas actividades sobre las que se proyecta el control financiero, de gestión y de resultados. Como se anotó anteriormente, las etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición de los fondos y bienes de la Nación hacen parte del ámbito legítimo de ejercicio del control fiscal. Por ende, la disposición de dineros públicos para la conformación de las sociedades de economía mixta, en tanto acto de inversión de recursos en un determinado tipo societario, es un motivo que otorga soporte suficiente al ejercicio del control mencionado.

Esta fue, precisamente, la conclusión a la que arribó la Corte al estudiar la constitucionalidad del artículo 22 de la Ley 42 de 1993 en la sentencia C-065 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía y Alejandro Martínez Caballero. En esta decisión se consideró que *“en relación con las entidades en las cuáles el Estado entrega dineros o recursos bajo forma de participación, esto es, para que éstos se incorporen al capital social, no se puede efectuar ninguna objeción constitucional ya que, conforme al propio artículo demandado, esas entidades quedan sometidas al control fiscal consagrado para las sociedades de economía mixta. (...) si la fiscalización sólo llega hasta el momento en que se hace el aporte, se imposibilita el control posterior de resultados de la gestión, que es inherente a la labor contralora, y que recae no sólo sobre la administración sino incluso sobre los particulares que manejan fondos públicos. De igual manera se afecta la facultad constitucional del Contralor de exigir informes sobre la gestión fiscal, y de establecer responsabilidades en torno a la misma, toda vez*

que estas facultades, por la naturaleza de las cosas, sólo se pueden ejercer con posterioridad a la actuación. De tal manera que si el control fiscal sólo llega hasta la entrega de los bienes o fondos estatales y no se prolonga más allá en el tiempo, no cobija el término mismo de la gestión propiamente dicha, y mucho menos el tiempo posterior a ella.”.

Y es a partir de estas consideraciones jurisprudenciales que se explica la segunda objeción a los cargos propuestos por el actor. En efecto, la razón por la cual el legislador adscribe a las sociedades de economía mixta al sector descentralizado y les confiere, correlativamente, el carácter de organismos vinculados a la administración pública, es la participación estatal en la conformación del patrimonio social. Por tanto, en la medida en que ese aporte confiere a la sociedad de economía mixta un particular régimen jurídico, que la incorpora al Estado y le otorga la condición de instrumento para la consecución de sus fines, el control fiscal sobre la entidad no sólo es legítimo, sino constitucionalmente obligatorio. Conforme a lo señalado en apartado anterior, un entendimiento contrario, como el defendido por el demandante, crearía un campo de exclusión de la vigilancia fiscal sobre los recursos públicos, inadmisibles en el actual Estado constitucional.

Respecto del tercer cuestionamiento al cargo planteado por el demandante, la Corte comparte las consideraciones del Ministerio Público en el sentido que esta censura tiene sustento en una visión descontextualizada del precepto acusado, pues desconoce el método que el mismo legislador ha dispuesto para el control fiscal de las sociedades de economía mixta. En efecto, el artículo 21 de la Ley 42 de 1993 estipula que la vigilancia fiscal para el caso de estas entidades se ejercerá en consideración al monto del aporte público en su capital social. Por lo tanto, la solicitud subsidiaria de exequibilidad condicionada planteada en la demanda carece de todo sentido, habida cuenta que fue el mismo legislador quien realizó la distinción ahora reclamada por el actor.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el ejercicio del control fiscal sobre las sociedades de economía mixta no es en modo alguno incompatible con el ejercicio de la libertad económica. En contrario, un cuestionamiento de esta naturaleza parte de una concepción deformada del control fiscal, que lo comprende como una simple barrera para el cumplimiento de los objetivos empresariales. Sobre este particular, la Corte considera que el ejercicio de la vigilancia fiscal sobre los recursos públicos es, con base en las razones sintetizadas al inicio de esta providencia, un imperativo ineludible para las democracias interesadas en la protección del patrimonio del Estado y en su uso para los fines que le son constitucionalmente legítimos. Una visión distinta, que desdeñe el control fiscal sobre esos recursos a partir de los trámites que impone su ejercicio, responde sólo a un paradigma instrumentalista contrario a la conservación del interés general que prima en la utilización de los bienes públicos.

En conclusión, existen suficientes razones de naturaleza constitucional que justifican el ejercicio del control fiscal sobre las sociedades de economía mixta, de acuerdo con el método previsto en la ley para el efecto. Así, con base en el

análisis precedente, se impone la declaratoria de exequibilidad del precepto acusado.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “*las sociedades de economía mixta*” contenida en el artículo 2º de la Ley 42 de 1993.

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

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA
Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General