

ACCION DE CUMPLIMIENTO - Sujeto pasivo / PARTICULARES EN EJERCICIO DE FUNCIONES PUBLICAS - Sujeto pasivo / EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS - Procedencia control fiscal / EMGESA S.A. - Control fiscal / ACCION DE CUMPLIMIENTO - Empresas de servicios públicos

Como quiera que EMGESA niega su calidad de autoridad pública y considera que no está sujeta a las previsiones de la acción de cumplimiento, pues a su juicio no ejerce funciones públicas, la sentencia ACU-615 informó sobre la improcedencia de su posición jurídica, así, como lo ha venido sosteniendo la Corte Constitucional, cuando los particulares "...son investidos de poder en virtud de la prestación de un servicio público, asumen una posición de autoridad desde la cual pueden llegar a quebrantar derechos constitucionales". A lo cual concurre claramente lo dispuesto en el artículo 1º. In fine del C.C.A. "Cuando en desarrollo del artículo 365 de la Constitución Nacional, el estado le otorga a un particular la facultad de prestar un servicio público, está poniendo en manos de ese ente privado el ejercicio de una función de naturaleza pública. Es insoslayable que en la prestación de los servicios públicos subyace la prevalencia del interés general, la que toma cuerpo cuando de su protección se trata precisamente en garantía del patrimonio del estado, entregando en la modalidad de aportes de capital para su manejo a una sociedad que, sin perjuicio de su naturaleza privada, no resulta inmune al control. En efecto, la sujeción de las empresas prestadoras de servicios públicos, al régimen de derecho privado, según los mandatos de la ley 142 de 1994 en cuanto a sus actos y contratos, no hace que su gestión escape al control fiscal, al que constitucional y legalmente está sometida. De esta manera no están llamados a prosperar los argumentos con los cuales EMGESA S.A.E.S.P. pretende sustraerse al cumplimiento de la Resolución 013 de 1998, expedida por el Contralor Distrital; pues a pesar de ser una empresa de servicios públicos mixta, desarrolla una función pública, y en consecuencia es sujeto pasivo de la acción de cumplimiento.

NOTA DE RELATORIA: Menciona la sentencia ACU-546 con ponencia del Dr. FLAVIO AUGUSTO RODRIGUEZ ARCE y la sentencia de la Corte Constitucional C-157 de 1998.

CONTROL FISCAL - Sujeto pasivo / EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Improcedencia exoneración de control fiscal / EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Sujeto pasivo de control fiscal

El control fiscal desempeña un papel fundamental en torno al adecuado manejo de los recursos públicos, ámbito dentro del cual aparecen como sujetos de control tanto la administración pública como los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación. Por lo mismo, ninguna entidad o persona pública o privada que tenga relación directa o indirecta (EMGESA S.A.E.S.P.), con los bienes públicos podrá alegar válidamente intangibilidad frente al control fiscal. Los desarrollos legales reafirman que el control tienen como sujeto pasivo a las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje bienes o recursos oficiales, sin que para ello importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae el control, ni su régimen jurídico. Cabe agregar que la empresa EMGESA S.A. E.S.P., tiene la calidad de

empresa de servicios públicos mixta, como ya se advirtió, pero es necesario reconocer que cuando el artículo 27.7 de la ley 142 de 1994, somete al régimen privado los aportes efectuados por la nación, las entidades descentralizadas y las entidades territoriales lo está haciendo dentro de los alcances propios de las disposiciones comerciales, sin embargo, no podría concluirse que en virtud del precitado artículo la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios (142 de 1994), estaría exonerando del control fiscal a las empresas de servicios públicos con aportes oficiales y dentro de ellas a las mixtas. Resulta claro entonces que el poder de control fiscal surge de la naturaleza pública del aporte, independientemente de la forma social adoptada por la empresa de servicios públicos.

CONTRALORIA DISTRITAL - Competencia de control fiscal / EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Procedencia de control fiscal por aportes públicos / EMGESA S.A. - Procedencia acción de cumplimiento

El artículo 109 del Decreto Ley 1421 de 1993, estatuto del Distrito Capital, faculta a la Contraloría Distrital, para cumplir la vigilancia fiscal de los entes privados, en la forma como está precisada en las normas constitucionales y legales mencionadas y particularmente en el artículo 272, inciso 5o. de la carta, conforme al cual los contralores distritales ejercen, las funciones atribuidas al Contralor General de la República. La resolución No. 013 de 1998 impone diversas obligaciones a las empresas de servicios públicos domiciliarios que incorporen participaciones o aportes distritales ya sean de manera directa o indirectamente, ello como consecuencia del control fiscal que la Contraloría Distrital debe por mandato constitucional y legal ejercer sobre la entidad demandada. Así las cosas, al quedar plenamente demostrado que es competencia del señor Contralor del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, ejercer un control fiscal sobre la empresa demandada, es menester concluir que es indispensable ordenar el cumplimiento del acto administrativo que ha sido desconocido por la EMGESA S.A. E.S.P.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "B"

Consejero ponente: SILVIO ESCUDERO CASTRO

Santa Fe de Bogotá D.C., marzo veinticinco (25) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Radicación número: ACU-655

Actor: JOSE OVIDIO CLAROS POLANCO

Demandado: EMGESA S.A. ESP

Decide la Sala la impugnación formulada por la parte actora contra la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, el 16 de febrero de 1999, mediante la cual rechazó la acción de cumplimiento incoada por el señor JOSE OVIDIO CLAROS POLANCO.

EL ESCRITO DE CUMPLIMIENTO

El accionante actuando en calidad de Contralor de Santa Fe de Bogotá D.C., y en escrito que obra a folios 1-48, instaura la presente acción contra el Gerente de la Empresa **EMGESA S.A., E.S.P.**, con el fin de obtener el cumplimiento de la Resolución No. 013 del 30 de septiembre de 1998, **“Por la cual se expide el reglamento para la vigilancia de la gestión fiscal en las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios constituidas como sociedades por acciones donde exista participación del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.”**

Dentro de las normas sobre las cuales versa la acción de cumplimiento menciona las siguientes:

Artículos 2, 4, 7 y 8 de la Ley 42 de 1993, **“Sobre la Organización del Sistema de Control Fiscal Financiero y los Organismos que lo ejercen”**.

Artículos 27, 50 y 51 de la Ley 142 de 1994, **“Por el cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”**.

Como hechos que sirven de sustento a la presente acción se transcriben los siguientes:

“...

6.- Con el objeto de dar aplicación a lo establecido por la Constitución y la Ley y, atender los parámetros dados por la Honorable Corte Constitucional en abundante jurisprudencia proferida en materia de control fiscal, el Contralor de Santa Fe de Bogotá profirió la Resolución 013 del 30 de septiembre de 1998 “Por la cual se expide el reglamento para la vigilancia de la gestión fiscal en las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios constituidas como Sociedades por Acciones donde exista participación del Distrito Especial de Santa Fe de Bogotá”, **que en su artículo 1 estableció: “CAMPO DE APLICACION.-** La presente resolución se aplica a todas aquellas empresas de servicios públicos domiciliarios constituidas como sociedades por acciones, en donde haya participación directa del Distrito Capital en la conformación del capital social o indirecta a través de la participación accionaria de éstas en otras sociedades de servicios públicos (...).”

Con fundamento en lo establecido en esta resolución y la Constitución y la Ley, la Contraloría ofició al Gerente de EMGESA S.A. ESP con el objeto de que diera cumplimiento a lo ordenado en ella; no obstante, la empresa indicó su negativa

y la Contraloría de Santa Fe de Bogotá decidió iniciar el proceso sancionatorio fiscal correspondiente conforme a las facultades que tiene reconocidas en los artículos 99 y siguientes de la Ley 42 de 1993.

- 8.- A pesar de la claridad de las normas constitucionales que establecen el ejercicio del control fiscal procede frente a la administración y los particulares que manejen fondos o bienes públicos, EMGESA S.A. E.S.P. insiste en negarse a suministrar la información requerida por este organismo de control para el ejercicio de la vigilancia fiscal que constitucional y legalmente le corresponde adelantar frente a la empresa.

Se debe resaltar que debido a la negativa de EMGESA S.A. E.S.P. a suministrar los documentos requeridos por este organismo de control, la entidad no ha podido establecer si las actuaciones adelantadas con relación a la participación de recursos distritales en el capital de la empresa, se han satisfecho los principios de economía, eficiencia, eficacia y equidad, así como tampoco ha podido evaluar el manejo que se le ha dado a los recursos distritales comprometidos en su objeto social.

- 9.- A pesar de la clara negativa de EMGESA S.A. E.S.P. a dar cumplimiento a las disposiciones vigentes en materia de control fiscal, con el objeto de satisfacer el requisito establecido por el artículo 8 de la Ley 393 de 1997, el pasado 30 de octubre de los corrientes, y como quiera que la información descrita con anterioridad no fue remitida a esta Contraloría dentro del plazo fijado por las normas mencionadas, se procedió a través de la Unidad de Control de

Recursos Energéticos, mediante oficio 0210-0527 del 30 de octubre de 1998, a solicitar al Gerente General de EMGESA, Dr. Claudio Iglesias Guillard, el cumplimiento de la Resolución 013 de 1998, o en su defecto explicar la razón de su renuencia frente al cumplimiento de los ordenamientos del acto administrativo señalados. (sic).

En respuesta a lo anterior, EMGESA S.A.-E.S.P. a través del Dr. Andrés Caldas Rico, apoderado general de la Empresa, mediante escrito presentado personalmente ante la Contraloría de Santa Fe de Bogotá el día 9 de noviembre de 1998, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra el acto de solicitud de cumplimiento contenido en el oficio 0210-00527 del 30 de octubre de 1998 emanado de la Unidad de Control de Recursos Energéticos, recursos evidentemente improcedentes, y declaró su renuencia al cumplimiento de la Resolución 013 de 1998 por considerar que Emgesa S.A. E.S.P. no tiene como accionista a la Nación ni a ninguna de sus entidades territoriales ni a entidades descentralizadas de aquéllas o éstas, toda vez que el capital de la sociedad no se integró ni cuenta a la fecha con aportes ni participaciones de las referidas entidades; que Emgesa S.A. se rige en un todo por las normas de la Ley 142 de 1994 y las reglas del derecho privado; que el ámbito del control fiscal está circunscrito a los bienes, actos y contratos que versen de manera directa, expresa y exclusiva sobre ellos, en virtud de lo establecido en el artículo 27.4 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios; que la presentación de la información contenida en el artículo 9º. de la Resolución 013 de 1998 excede el ámbito del control fiscal establecido para estas empresas; que la citada resolución pretende imprimir efectos retroactivos al solicitar

informaciones de períodos anteriores a la vigencia de la misma y finalmente, que la información solicitada es de carácter confidencial y reservada en virtud de lo dispuesto en los artículos 15 de la Constitución Política, y 61ª 67 del Código de Comercio.

Basta entonces cotejar, de una parte, los ordenamientos y obligaciones ya descritos, establecidos en la Constitución Política, la Ley 142 de 1994 y la Resolución 013 de 1998 y de otra, la respuesta justificatoria del incumplimiento de Emgesa S.A.-E.S.P. en el cual se materializa la renuencia debidamente probada con esta acción - para determinar con claridad la manifiesta infracción de los preceptos constitucionales, legales y reglamentarios en cita.

Por la negativa de la Empresa a entregar la información requerida, este órgano de control fiscal, al margen de la acción de cumplimiento que se instaura ante el Honorable Tribunal, decidió iniciar el correspondiente proceso sancionatorio fiscal, conforme a las facultades consagradas en los artículos 99 y siguientes de la Ley 42 de 1993, la Resolución Reglamentaria 029 de 1995 y la misma Resolución 013 de 1998.

Se debe resaltar que debido a la renuencia de Emgesa S.A.-E.S.P. a suministrar los documentos requeridos por este organismo de control, la entidad no ha podido establecer sí las actuaciones adelantadas con relación a la participación de recursos distritales en el capital de la empresa, se han satisfecho los principios de economía, eficiencia, eficacia y valoración de los costos ambientales, así como tampoco ha

podido evaluar el manejo que se le ha dado a los recursos distritales comprometidos en su objeto social.

10.- Del incumplimiento a lo establecido en las normas constitucionales y legales (Constitución Política artículos 267 y siguientes, Ley 42 de 1993 y 142 de 1994), se han derivado perjuicios no sólo para la Contraloría Distrital a quien se le ha impedido el ejercicio de la vigilancia fiscal en el Distrito, sino adicionalmente para la comunidad residente en la capital que se ha visto privada del ejercicio del derecho de vigilar el destino dado a los recursos con que ha contribuido, en miras a lograr la satisfacción de las necesidades colectiva". (fls. 6 a 8).

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, en proveído de 16 de febrero de 1999 (fls.161-178), rechazó la presente acción, al considerar que si bien EMGESA no cumple una función pública, lo cierto es que presta un servicio público esencial, y por ende, sus actos están sujetos al control por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Advierte que a través de esta acción no es posible determinarse si el control fiscal alegado por la accionante es aplicable a la empresa demandada, pues, como se ha enunciado su aplicación está sujeta a interpretaciones que deben ser materia de estudio de otro proceso.

DE LA IMPUGNACION

El accionante impugna la anterior decisión, por cuanto la consecuencia jurídica de la presunción de legalidad de la resolución por la cual se exige su cumplimiento, es su obligatoriedad según las voces del artículo 66 del C.C.A.

Está plenamente demostrado en el proceso que la Resolución No. 013 se encuentra vigente y no ha sido suspendida ni anulada por la jurisdicción competente, razón por la cual es de obligatorio cumplimiento.

CONSIDERACIONES: ¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.

Dentro de los argumentos expuestos por cada una de las partes que conforman la litis en la presente acción encontramos los siguientes:

PARTE ACTORA

JOSE OVIDIO CLAROS POLANCO, actuando en calidad de Contralor de Santa Fe de Bogotá, solicita se dé cumplimiento a la Resolución No. 013 del 30 de septiembre de 1998, por virtud de la cual expidió el reglamento para la vigilancia de la **gestión fiscal** de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios constituidas como

sociedades por acciones donde exista participación del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

De conformidad con lo anterior, le corresponde a la Contraloría Distrital la gestión fiscal de la Empresa EMGESA S.A. E.S.P. por cuanto hacen parte de su composición accionaria la E.E.B con un 51.51% y los Inversionistas Privados con el 48.49%, es decir más del 50% del capital es del Estado.

PARTE DEMANDADA

El apoderado judicial de la Empresa EMGESA S.A. E.S.P., en escrito que obra a folios 86-119, afirma que el régimen general de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, de conformidad con el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, salvo las excepciones consagradas en la Constitución y en la Ley.

Por las anteriores razones, la entidad demandada es una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios constituida como sociedad anónima mediante escritura pública No. 4611 del 23 de octubre de 1997 de la Notaría 36 del Círculo de Bogotá, cuyo objeto social es la generación y comercialización de energía eléctrica, sin que exista capital alguno del Distrito de Santa Fe de Bogotá.

Observa la Sala que la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá S.A E.S.P., tiene 108.031.365 acciones que se traducen en un 51.51% del capital social de la Empresa EMGESA S.A.

Asimismo el Distrito de Bogotá tiene el 42.03% del 51.51% del capital de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá.

La mencionada participación hace que EMGESA S.A. sea una empresa de servicios públicos mixta, según el numeral 14.6 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, dado que los aportes estatales son superiores al 50% del capital social.

En reciente pronunciamiento esta misma Corporación, Expediente ACU-615, con ponencia del Doctor FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE, demandante: Contralor de Santa Fe de Bogotá, demandado: CODENSA S.A, E.S.P., manifestó en relación con la improcedencia de la presente acción contra sociedades regidas por el derecho privado que no cumplen funciones públicas lo siguiente:

“La función pública, implica un conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y de asegurar la realización de sus fines. Se dirige a la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad, en sus diferentes órdenes y, por consiguiente, se exige que ella se desarrolle con arreglo a unos principios mínimos que garanticen la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la

publicidad, cuya aplicación permite asegurar su correcto y eficiente funcionamiento, así como generar la legitimidad y buena imagen de sus actuaciones ante la comunidad.

En la Constitución Política se encuentra la autorización para que el ejercicio de funciones públicas y la prestación de servicios de esa misma naturaleza sea confiado a particulares. El país asiste de manera clara a una reducción vertiginosa del papel del Estado en la vida económica, razón por la cual su intervención en la prestación de los servicios públicos se ha debilitado y dentro del actual esquema, la prestación por entes públicos se efectúa de manera supletoria en aquellos municipios en los que la iniciativa privada no se muestra interesada, vale decir, en los que los índices de rentabilidad no son lo suficientemente halagadores para el capital privado. Tal la explicación de la ola de privatizaciones en materia de servicios públicos, particularmente los domiciliarios, política que corresponde a una variación sustancial del modelo económico, la que a su vez refleja la crisis del Estado intervencionista, el cual a pesar de todo, mantiene presencia en la preceptiva constitucional.

Así entonces, no existe una separación absoluta entre las órbitas pública y privada en torno al desarrollo de actividades que interesan a la sociedad, y si bien los particulares están asumiendo en la práctica la prestación de los servicios públicos, en las más de las veces con la participación mayoritaria de entidades estatales, ellos se encuentran sujetos a los controles y a las responsabilidades propios del desempeño de funciones públicas, lo cual tiene validez, en cuanto busca la transparencia de la función y asegurar el interés general propios de las tareas confiadas a particulares.

En el punto específico de los servicios públicos el artículo 365 de la C.P. prevé que ellos son inherentes a la finalidad social del Estado y pueden estar en manos de los particulares, pero su regulación, control y vigilancia seguirá a cargo del Estado.

El concepto de servicio público comprende diversos tipos, en forma tal que es posible distinguir entre servicios públicos esenciales, sociales, comerciales e industriales y domiciliarios. A la luz del artículo 5º de la Ley 143 de 1994 "La generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad están destinadas a satisfacer necesidades colectivas primordiales en forma permanente; por esta razón, son consideradas servicios públicos de carácter esencial, obligatorio y solidario, y de utilidad pública". A esta

categoría corresponde el servicio de energía que presta CODENSA.

.....”

Ahora bien, como quiera que EMGESA niega su calidad de autoridad pública y considera que no está sujeta a las previsiones de la acción de cumplimiento, pues a su juicio no ejerce funciones públicas, el fallo aludido informó sobre la improcedencia de su posición jurídica, lo siguiente:

“Como lo ha venido sosteniendo la Corte Constitucional, cuando los particulares “... son investidos de poder en virtud de la prestación de un servicio público, asumen una posición de autoridad desde la cual pueden llegar a quebrantar derechos constitucionales” (Sentencia T-638 de 1998). A lo cual concurre claramente lo dispuesto en el artículo 1º, in fine, del C.C.A.

Y agrega la providencia mencionada que “Cuando en desarrollo del artículo 365 de la Constitución Nacional, el estado le otorga a un particular la facultad de prestar un servicio público, está poniendo en manos de ese ente privado el ejercicio de una función de naturaleza pública, (...). Así pues la entidad accionada en este caso, de naturaleza privada que presta un servicio público, actúa por esa circunstancia como autoridad pública,..” (fl. 341).”

La Corte Constitucional al estudiar la responsabilidad disciplinaria de los trabajadores de las empresas de servicios públicos domiciliarios, en Sentencia C-066 de 1997, expresó:

“Además, no existe tal favorecimiento discriminatorio para las personas a cargo de la prestación de los servicios públicos esenciales, en vista de que no es cierto que su régimen de responsabilidad no sea tan exigente como otros por el simple hecho de pertenecer al derecho privado; y menos en cuanto a estos trabajadores, quienes tienen una doble responsabilidad propia del régimen mixto de obligaciones que las cubre, pues a ellos no solamente se les aplica los artículos 55, 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, relativos a la ejecución del contrato de trabajo con buena fe, obligaciones y prohibiciones para los trabajadores, sino, eventualmente, la ley 200 de 1995

o Código Disciplinario Unico, cuyo artículo 20 incluye a los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria como destinatarios de la ley disciplinaria, estando cubiertos, entonces, también por los 28 deberes y 33 prohibiciones propias de este régimen. Luego, la responsabilidad de los trabajadores al servicio de las empresas mencionadas, en razón a la importancia de la función pública que cumplen, es mayor que la de cualquier otro servidor público, con lo cual le ley 142 de 1994 no viola, sino cumple el artículo 13 de la Constitución Nacional.

Estas conclusiones, compartidas integralmente por la Sala, tienen su fundamento en la finalidad social del Estado de la cual hacen parte el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población (art. 366 C.P.), cometidos inherentes a los servicios públicos.

Como dijo la Sala en providencia de 21 de enero de 1999:

“Las (estas) autoridades en un Estado Social de Derecho, están sometidas en el ejercicio de sus funciones al ordenamiento jurídico, considerado éste como un sistema integral normativo jerarquizado, por lo que su actividad debe ajustarse al mismo.

“El principio de legalidad enunciado, implica la sujeción indefectible de los agentes del Estado a la ley y su fuerza vinculante comprende no sólo las “autoridades” enumeradas en el artículo 1º del C.C.A., las cuales cumplen funciones administrativas, sino también a todos cuantos, de manera general, desempeñan funciones públicas, tomada esta locución en sentido lato y por consiguiente comprensiva de aquellos que ejercen las funciones legislativa y judicial, y de los particulares cuando las desempeñen, asimilados éstos últimos a la autoridad, en cuanto tienen potestad de mando y pueden en consecuencia expedir actos que obligan a las personas y exigir que estos se cumplan (Corte Constitucional, Sentencia C-157 de 1998).(Expediente ACU-546- Consejero Ponente: Doctor Flavio Augusto Rodríguez Arce)”.

En estas condiciones, es insoslayable que en la prestación de los servicios públicos subyace la prevalencia del interés general, la que toma cuerpo cuando de su protección se trata precisamente en garantía del patrimonio del Estado, entregado en la modalidad de aportes de capital para su manejo a una sociedad que, sin perjuicio de su naturaleza privada, no resulta inmune al control.

En efecto, la sujeción de las empresas prestadoras de servicios públicos al régimen de derecho privado, según los mandatos de la ley 142 de 1994 en cuanto a sus actos y contratos, no hace que su gestión escape al control fiscal, al que constitucional y legalmente está sometida.

De esta manera no están llamados a prosperar los argumentos con los cuales EMGESA S.A. E.S.P. pretende sustraerse al cumplimiento de la Resolución 013 de 1998, expedida por el Contralor Distrital; pues a pesar de ser una empresa de servicios públicos mixta, desarrolla una función pública, y en consecuencia es sujeto pasivo de la acción de cumplimiento.

II

CONTROL FISCAL

Como es apenas evidente, el control fiscal desempeña un papel fundamental en torno al adecuado manejo de los recursos públicos, ámbito dentro del cual aparecen como sujetos de control tanto la administración pública como los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Por lo mismo, ninguna entidad o persona pública o privada que tenga relación directa o indirecta (EMGESA S.A, E.S.P), con los bienes públicos podrá alegar válidamente intangibilidad frente al control fiscal.

La Corte Constitucional en Sentencia C-167 de 1995, al referirse al tema de la función fiscalizadora manifestó:

“...La función fiscalizadora ejercida por la Contraloría General de la República propende por un objetivo, el control de gestión, para verificar el manejo adecuado de los recursos públicos sean ellos administrados por organismos públicos o privados, en efecto, la especialización fiscalizadora que demarca la Constitución Política es una función pública **que abarca incluso a todos los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación**. Fue precisamente el constituyente quien quiso que ninguna rama del poder público, entidad, institución, etc., incluyendo a la misma Contraloría General de la República, quedara sin control fiscal de gestión. **Entonces ningún ente, por soberano o privado que sea, puede abrogarse el derecho de no ser fiscalizado cuando tenga que ver directa o indirectamente con los ingresos públicos o bienes de la comunidad; en consecuencia, la Constitución vigente crea los organismos de control independientes para todos los que manejen fondos públicos y recursos del Estado, incluyendo a los particulares....**

....Para los efectos de la función administrativa, las personas jurídicas privadas deben actuar teniendo en cuenta las finalidades señaladas en el ordenamiento jurídico y utilizando explícitamente los medios autorizados, tales como las normas administrativas; **por tanto, los recursos económicos provenientes del ejercicio de las funciones públicas, tienen el carácter de fondos públicos y, por ende, están sujetos a controles específicos, entre otros el que ejerce la Contraloría General de la República a través del control fiscal de los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación.**” (Resalta la Sala)

Así mismo la Carta Política de 1991, en su artículo 267 dispone que el control fiscal es una función pública que ejerce la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, o de los entes territoriales.

El alcance de este control ha sido fijado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-374 de 1995, conforme a la cual:

“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.

.....

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.) (Subraya la Sala).

Los desarrollos legales reafirman que el control fiscal tiene como sujeto pasivo a las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje

bienes o recursos oficiales, sin que para ello importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae el control, ni su régimen jurídico.

Cabe agregar que la Empresa EMGESA S.A. E.S.P., tiene la calidad de empresa de servicios públicos mixta, como ya se advirtió, pero es necesario reconocer que cuando el artículo 27.7 de la Ley 142 de 1994, somete al régimen privado los aportes efectuados por la Nación, las entidades descentralizadas y la entidades territoriales lo está haciendo dentro de los alcances propios de las disposiciones comerciales, sin embargo, no podría concluirse que en virtud del precitado artículo la ley de Servicios Públicos Domiciliarios (142 de 1994), estaría exonerando del control fiscal a las empresas de servicios públicos con aportes oficiales y dentro de ellas a las mixtas.

Lo anterior, por cuanto el artículo 27.4 de la Ley 142 de 1994 dispone:

“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.....”
(Subraya la Sala)

Resulta claro entonces que el poder de control fiscal surge de la naturaleza pública del aporte, independientemente de la forma social adoptada por la empresa de servicios públicos.

De igual forma, el artículo 109 del Decreto Ley 1421 de 1993, Estatuto de Distrito Capital, faculta a la Contraloría Distrital, como es apenas obvio, para cumplir la vigilancia fiscal de los entes privados, en la forma como está precisada en las normas constitucionales y legales mencionadas y particularmente en el artículo 272, inciso 5º de la carta, conforme al cual los contralores distritales ejercen, las funciones atribuidas al Contralor General de la República.

En el Sub-lite se está solicitando el cumplimiento de un **acto administrativo de carácter general**, como es, la Resolución No. 013 del 30 de septiembre de 1998, - expedida en desarrollo de los artículos 268 y 272 de la C.P., la Ley 42 de 1993, el Decreto Ley 1421 de 1993 y la Ley 142 de 1994- por el Contralor de Santa Fe de Bogotá.

“RESOLUCION REGLAMENTARIA No. 013 de 30 de SEPTIEMBRE DE 1998

“Por la cual se expide el reglamento para la vigilancia de la gestión fiscal en las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios constituidas como sociedades por acciones donde exista participación del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá”

“ARTICULO PRIMERO: CAMPO DE APLICACION. La presente resolución se aplica a todas aquellas empresas de servicios

públicos domiciliarios constituidas como sociedades por acciones, donde haya participación directa del Distrito Capital en la conformación del capital social o indirecta a través de la participación accionaria de éstas en otras sociedades de servicios públicos.

Así mismo se aplica cuando éstas empresas manejen, administren, custodien, recauden, conserven, enajenen, gasten, dispongan o inviertan recursos del Distrito Capital.

ARTICULO SEGUNDO: ALCANCE DEL CONTROL. El control se ejercerá sobre la gestión fiscal de las empresas de servicios públicos domiciliarios constituidas como sociedades por acciones donde exista participación del Distrito Capital, a los derechos que dicha participación confiera sobre el resto del patrimonio, a los dividendos o utilidades que le corresponda, a los actos y contratos que tengan relación con la participación del Distrito, y a los demás hechos que tengan relación directa con la gestión y resultados empresariales. (FL. 56).

.....

ARTICULO NOVENO: FUENTES DE INFORMACION.- Para ejercer el control fiscal, la Contraloría de Santa Fe de Bogotá utilizará la información que las empresas deben presentar a la Asamblea General de Accionistas, a su Junta Directiva, a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a las Comisiones de Regulación, a las Unidades de Planeación ministeriales, y a las demás autoridades frente a las cuales tengan obligación legal de suministrar información, para lo cual las entidades controladas remitirán directamente a la Contraloría dicha información.

Los responsables suministrarán de manera específica a la Contraloría la siguiente información en los términos previstos en esta resolución.

1.- Información Contable.

1.1.- Los libros de contabilidad, los comprobantes originales y sus respectivos soportes (internos y externos) que afecten los registros contables, deberán ser colocados a disposición permanente de la Contraloría, de tal forma que su auditoría contribuya a la evaluación de la gestión fiscal y aporte elementos adicionales para toma de decisiones gerenciales.

1.2.- Los Estados Financieros con corte a 31 de diciembre de cada año, a saber: Balance General, de Resultados o de Actividad Económica, Financiera y Social, Estado de Cambios en la Situación

Financiera, Estado de Cambios en el Patrimonio, Estado de Flujo de Efectivo y las Notas a los Estados Financieros debidamente certificadas, presentados de manera individual o consolidada, según el caso.

Las Empresas deberán colocar a disposición de la Contraloría el Balance General y el Estado de Resultado con corte a junio 30 de cada año.

1.3.- El Estado de Cartera.

1.4- El Estado de Costos y Gastos, y,

1.5.- Los Informes de Ejecución Presupuestal.

Parágrafo: Los plazos para la presentación de la información contable, de costos y gastos y presupuestal, será la misma que exige la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios utilizando los mismos formatos, sin perjuicio de lo establecido en el numeral 1.1.

2.- Información Administrativa.- Será la misma que por Ley deberá ser enviada a la Superintendencia de Servicios Públicos, en los plazos señalados por ese organismo.

3.-Información sobre las metas y objetivos.-

3.1.- Los planes, programas y proyectos presentados para su aprobación a las Unidades de Planeación Ministerial respectiva, deberán ser enviados el primer día hábil de abril de cada año.

3.2.-El plan indicativo, una vez aprobado por la Unidad de Planeación Ministerial respectiva, deberá ser enviado dentro de los tres (3) días calendario siguientes a su aprobación.

3.3.- Los informes semestrales de avances de ejecución de los planes correspondientes al primer semestre serán enviados el primer día hábil de agosto y los del segundo semestre serán enviados el primer día hábil de febrero.

4.- Contratación.- La relación de los contratos celebrados por la empresa que contenga la información que para el efecto señale la Contraloría Distrital, será remitida trimestralmente durante los primero cinco (5) días hábiles del mes siguiente al que corresponda la información.

5.- Información Operacional y estadística.- Las dependencias de las empresas deberán enviar semestralmente las estadísticas o

informes operacionales respectivos para la aplicación de instrumentos de evaluación económica, durante los treinta (30) días siguientes al que corresponda la información.

6.- Información Ocasional.- La Contraloría Distrital podrá solicitar a las Empresas de Servicios Públicos, las actas de la asamblea general de accionistas y de la junta directiva, cuando esta lo requiera para el cumplimiento de sus funciones, y cualquier acto o documento que sea necesario para evaluar la gestión fiscal de la empresa”.

“Artículo Decimotercero: **REMISION ESPECIAL DE INFORMACION.**- Las Empresas de Servicios Públicos a que se refiere esta Resolución, deberán remitir a las Unidades de Control respectivas de la Contraloría de Santa Fe de Bogotá, D.C. dentro los veinte (20) días calendario siguientes a la vigencia de esta Resolución, la información contenida en el artículo noveno, corresponde al segundo semestre de 1997 y primer semestre de 1998”. (fls. 11 a 13).

Considera la Sala que el acto administrativo transcrito se encuentra vigente pues no se probó que haya sido anulado o suspendido por la jurisdicción contencioso administrativa ni acerca de él puede predicarse la “derogatoria tácita” de que habla la entidad demandada, por ello, y de conformidad con las voces del artículo 66 del C.C.A. “... los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo”.

En efecto, la Resolución No. 013 tantas veces mencionada **impone diversas obligaciones** a las empresas de servicios públicos domiciliarios que incorporen participaciones o aportes distritales ya sean de manera directa o indirectamente, ello como consecuencia del control fiscal que la Contraloría Distrital debe por mandato constitucional y legal ejercer sobre la entidad demandada.

Así las cosas, al quedar plenamente demostrado que es competencia del señor Contralor del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, ejercer un control fiscal sobre la empresa demandada, es menester concluir que es indispensable ordenar el cumplimiento del acto administrativo que ha sido desconocido por la EMGESA S.A. E.S.P.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

1- Revócase la sentencia, proferida el 16 de febrero de 1999 por la Sección Primera, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que rechazó la presente Acción de Cumplimiento, y en su lugar se dispone:

2- Ordénase al Gerente de la Empresa EMGESA S.A., E.S.P., que dentro del término de diez (10) días contados a partir de la notificación de la presente providencia dé cumplimiento a lo exigido en la Resolución No. 013 del 30 de septiembre de 1998, emanada del Contralor del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y DEVUELVA EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión del día 25 de marzo de 1999.

JAVIER DIAZ BUENO

Ausente

SILVIO ESCUDERO CASTRO

CARLOS A. ORJUELA GONGORA

Mercedes Tovar de Herrán

Secretaria General