

FUNCIONES PRESIDENCIALES - Delegación a las Comisiones de Regulación / COMISIONES DE REGULACIÓN - Delegación de funciones administrativas / DELEGACIÓN DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS - Control y vigilancia en prestación de servicios públicos / COMISION DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO AMBIENTAL - Resolución 11 de 1997

La Sala no comparte la posición adoptada por la Sección Tercera de la Corporación, cuando en la sentencia de 25 de septiembre de 1997, M.P. Dr. CARLOS BETANCUR, dijo que las funciones del artículo 370 son indelegables y que, por lo tanto, los artículos 68 y 74.3 de la Ley 142 de 1994 resultaban inconstitucionales y, por ende, inaplicables en los términos del artículo 4º de la Constitución. En efecto, la actividad de control y vigilancia relacionada con la prestación de los servicios públicos es de naturaleza eminentemente administrativa, como que es inherente a la finalidad social del estado, de donde resultan, como las otras competencias de carácter administrativo de que es titular el Presidente de la República, delegables en las autoridades y organismos previstos constitucionalmente. Dentro de ese orden de ideas, la Sala considera que el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, cuyo texto prevé la delegación de funciones presidenciales a las Comisiones de Regulación en materia de señalamiento de políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, no es contrario a la Constitución. Coincide parcialmente con esta posición, la adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-272 de 3 de junio de 1998, cuando a propósito de la declaratoria de exequibilidad del artículo 68 de la Ley 142 de 1994, dijo: "... la Carta no define de manera expresa cuáles funciones de la incluidas en el artículo 189 ... pueden ser delegadas o no sino que defiere a la ley la precisión de las atribuciones presidenciales delegables ...", en el entendido, agrega la Sala, como se colige de los artículos 209 y 211 constitucionales, de que se trate de función administrativa. Y en el caso del artículo 68 controvertido, se trata de funciones administrativas, como son las que tienen que ver con la eficiente prestación de los servicios públicos.

CONTROL FISCAL A LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS - Es independiente del control interno y de auditoría externa / EMPRESAS PRESTADORAS DEL SERVICIO DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO - Controles / COMISION DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - Legalidad del control de gestión y resultados / CONTROL DE GESTION Y RESULTADOS - Legalidad

En relación con el cargo endilgado al artículo 4o de la resolución acusada, en cuanto faculta a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para aceptar la calificación de la eficiencia que las entidades prestadoras de servicios de acueducto, alcantarillado y aseo hagan del control fiscal interno, como presupuesto para eximir las de contratar la auditoría externa, la Sala no observa cómo pueda mediante dicha norma atentarse contra la autonomía e independencia del control fiscal, que tiene carácter externo, cuando dicha norma simplemente regula las condiciones para que opere la procedibilidad de contratación de la auditoría externa, como elemento complementario de los controles fiscal e interno, cuando la entidad estima que éstos no satisfacen a cabalidad los requerimientos de un control eficiente. La norma dice, en otros términos, que la Superintendencia podrá eximir a las mencionadas entidades de contratar una auditoría externa, cuando demuestren que el control fiscal interno funcione eficientemente. Se trata, como puede apreciarse, de dos materias distintas. En efecto, la autonomía e independencia del control fiscal no depende del concepto que sobre su eficiencia le merezca a la Superintendencia, sobre la

base de la demostración que haya hecho la entidad controlada, ni tampoco tiene incidencia en ello que se contrate o no una auditoria externa por parte de la entidad, pues el origen de ese control así como la extensión de las facultades que comporta no dependen de la entidad controlada. Para la autoridad fiscal es indiferente que la eficiencia de su control sea calificado en un sentido u otro, de todas maneras ese control operará en los términos que su titular estime conforme a la ley que le otorga la respectiva competencia. Finalmente, la Sala concluye que mediante la Resolución Núm. 11 de 1997 la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, en los puntos acusados, no extralimitó el ejercicio de las competencias asignadas por la Ley 142 de 1994, pues reguló, dentro de sus límites, el ejercicio armónico e integral del control de gestión y resultados.

CONTROL FISCAL A LAS ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS - Normas aplicables / FORMATO UNICO PARA INFORMES - No constituye una limitante para el ejercicio del control fiscal

En relación con el artículo 8° de la Resolución N° 11 de 1997, cuyo texto prevé un formato único para la presentación de los informes solicitados a las entidades prestadoras de servicios por los órganos de control, no observa la Sala que ello implique “un duro revés” para la autonomía del ejercicio del control fiscal, pues éste se ejercerá siempre conforme a los métodos y la forma de rendir cuentas prescritos por el Contralor, de acuerdo con los términos del artículo 268 de la Constitución. El formato único a que alude la norma acusada en relación con el suministro de información no constituye una limitante en el cumplimiento de la función fiscalizadora, pues dicho formato obedece a la necesidad de racionalizar el suministro de información, en búsqueda de un control más eficaz, pero sin que ello se constituya en obstáculo en la aplicación de los métodos propios de las contralorías en el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras.

EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PUBLICOS - Informes de evaluación integral / INFORMES DE EVALUACION INTEGRAL - Material de análisis e investigación para las Contralorías / CONTROL FISCAL - Empresas Prestadoras de Servicios Públicos

En relación con el artículo 9°, de la Resolución N° 11 de 1997 en cuanto señala que las entidades u organismos de control tendrán en cuenta los informes de evaluación integral que deben realizar las unidades o dependencias de control interno, no observa la Sala cómo pueda ello atentar contra la autonomía del control fiscal, pues éste, como se ha dejado anotado, tiene sus reglas propias, cuya aplicación no depende de lo que dispongan otras normas en materia de controles adicionales. Dichos informes podrán constituir, como es obvio, material de análisis e investigación, en lo que fuere pertinente, para los organismos de control fiscal.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA

Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999)

Radicación número: 4818

Actor: IMELDA AMPARO JARAMILLO MEJÍA

Demandado: COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO

Referencia: ACCION DE NULIDAD

Decide la Sala el proceso ordinario de única instancia que, en ejercicio de la acción pública de nulidad que consagra el artículo 84 del C. C. A., instauró la ciudadana **IMELDA AMPARO JARAMILLO MEJIA** contra actos expedidos por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

I.- LA DEMANDA

Actuando en nombre propio, la parte demandante busca que se acceda a las siguientes

I. 1. Pretensiones

Que se declare la nulidad parcial de la Resolución Núm. 11 de 9 de julio de 1997, expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, *“Por medio de la cual se establecen reglas tendientes a promover el balance en los mecanismos del Control de Gestión y Resultados”*, en las expresiones, fragmentos o vocablos de las disposiciones que se transcriben a continuación, señalados en letra negrilla:

“ARTICULO PRIMERO. Objeto jurídico tutelado. El objeto jurídico tutelado de la presente resolución, de conformidad con el Capítulo 1 del Título IV de la Ley 142 de 1994, es el ejercicio armónico e integral del control de gestión y resultados, en adelante ‘CGR’ circunscrito principalmente al cabal cumplimiento de :

“a) Los planes de gestión y de resultados elaborados por las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, de acuerdo con los indicadores establecidos por la Comisión de Regulación de

Agua Potable y Saneamiento Básico y aprobados por el Ministerio de Desarrollo Económico, y

“b) Los demás mecanismos que por virtud de la Ley 142 de 1994, permiten evaluar la gestión y resultados de las entidades prestadoras , como los análisis de viabilidad financiera, los planes de reestructuración y de recuperación, los programas de gestión, los informes de las auditorías externas y la evaluación del control interno”.

ARTICULO SEGUNDO. *Ambito de aplicación.* Esta resolución se aplicará a las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo **y a las entidades y organismos que, constitucional y legalmente ejercen, entre otros, los controles fiscal, interno, de auditoría externa y de vigilancia de la aplicación del control interno, de que trata el artículo 45 de la Ley 142 de 1994, y en relación con los servicios domiciliarios que aquellas presten.**

“Parágrafo. Sin perjuicio del ejercicio de sus facultades legales, las demás entidades y organismos que ejercen CGR ante las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, en cuanto tenga que ver con el control de gestión y resultados, actuarán de conformidad con lo previsto en la presente resolución”.

ARTICULO CUARTO. *Funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.* Sin perjuicio de las demás funciones que le atribuye la ley, para los efectos de la presente resolución, le corresponden a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios las siguientes funciones :

“c) Eximir a las entidades oficiales que presten los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo de contratar la auditoría externa, cuando éstas le demuestren que el control fiscal interno de que son objeto, satisface a cabalidad los requerimientos de un control eficiente.

“d) De conformidad con el artículo 79.10 de la Ley 142 de 1994, evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, de acuerdo con los indicadores definidos por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

“e) Acordar con las entidades prestadoras de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, programas de gestión para que se ajusten a los indicadores definidos por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, e imponer sanciones por el incumplimiento, en los términos del artículo 79.10 de la Ley 142 de 1994.

ARTICULO QUINTO. Funciones de las Contralorías. Las contralorías departamentales, distritales y municipales, o las autoridades que hagan sus veces, ejercerán el control fiscal en las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, de conformidad con lo establecido por la Ley 142 de 1993, las normas que la reglamenten, modifiquen o reemplacen.

“De conformidad con lo dispuesto por el inciso primero del artículo 27.4 de la Ley 142 de 1994, la vigilancia de las contralorías departamentales, distritales o municipales en las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo con aportes oficiales, se aplicará a los aportes hechos por dichas entidades públicas al capital, a los derechos que tales aportes confieren sobre el resto del patrimonio, a los dividendos que puedan corresponderles, y a todos los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos.”

“El control fiscal comprende el ejercicio de un control financiero de legalidad, de gestión, de resultados; la revisión de cuentas y la evaluación del control interno, en la forma y con el alcance establecidos por la Ley 42 de 1993, sus normas reglamentarias y las que la modifiquen o reemplacen.”

“ARTICULO OCTAVO. Formato único de información. Los informes solicitados a las entidades prestadoras por las entidades u organismos de control deberán ser presentados en un formato único, el cual será elaborado por dichas entidades u organismos.

“La Superintendencia de Servicios Públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la Ley 142 de 1994, promoverá la elaboración del formato único de información a que hace referencia este artículo.”

“ARTICULO NOVENO. Informes de evaluación integral. Sin perjuicio de su autonomía y para efectos del ejercicio del Control de Gestión y Resultados en las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, las entidades u organismos de control tendrán en cuenta los informes de evaluación integral que deben realizar las unidades o dependencias de control interno en los plazos establecidos por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

“Para estos efectos, el funcionario, la unidad o dependencia de control interno responsable, de acuerdo con el reparto de funciones, deberá remitir copias de las evaluaciones integrales a cada uno de los organismos o entidades que ejercen CGR.”

“ARTICULO DECIMO. Evaluaciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Sin perjuicio de su autonomía,

las entidades y organismos que ejercen CGR tendrán en cuenta las evaluaciones que realice la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de la gestión financiera, técnica y administrativa de las entidades prestadoras, con base en lo establecido por el artículo 79.10 de la Ley 142 de 1994.

“Para tal efecto, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios publicará sus evaluaciones y proporcionará oportunamente toda la información disponible a quienes controlen dicha gestión técnica, administrativa y financiera.

“ARTICULO DECIMO PRIMERO. La economía en la información requerida. Todas las entidades y organismos que ejercen control tendrán en cuenta que el acceso a la información deberá hacerse a través del sistema de información que cada entidad prestadora de servicios implementará, con sujeción a lo que para el efecto establezca la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, al tenor de los artículos 53 y 79.3 de la Ley 142 de 1994.

“Las entidades y organismos de control mantendrán la reserva y confidencialidad, en los términos de la ley, sobre la información reservada o privilegiada a la cual tengan acceso.

“ARTICULO DECIMO SEGUNDO. Traslado de pruebas entre entidades u organismos de control. Cualquier tipo de prueba decretada y practicada por una entidad u organismo de control en ejercicio de su competencia, podrá ser trasladada, previo cumplimiento de los requisitos legales, a otro organismo de control o a otras autoridades que así lo requieran, evitando que se repitan actividades innecesarias, siempre y cuando se hayan recaudado con las formalidades propias de cada prueba, de conformidad con la ley.

“Así mismo, cuando una entidad u organismo de control en cumplimiento de una misión específica, obtenga evidencia documental que pueda ser de utilidad para otro organismo de control, le comunicará a éste la existencia de dicha información y le facilitará el acceso a la misma.

“ARTICULO DECIMO TERCERO. Actuación de las entidades y organismos de control. Las entidades y organismos de control actuarán de acuerdo con las normas legales que rigen sus actuaciones, sin perder de vista el objeto jurídico tutelado al cual se refiere la presente resolución”.

Así mismo, solicitó el decreto de la suspensión provisional de las normas demandadas.

I. 2. Normas violadas y concepto de la violación.

Constitución Política: artículos 4; 113; 117; 119; 150; 189, numerales 11 y 22; 211; 267; 268; 272 y 370;

Ley 42 de 1993: artículos 2; 3; 5; 6; 7; 9; 12; 13; 16, inciso primero; 19; 20; 26; 41; 49; 65 y 66 ;

Ley 142 de 1994: artículos 45, incisos segundo y tercero; 53; 27.4, inciso primero; 74.2; 79.3 y 79.10.

I. 2. 1. Delegación de funciones

Cuando la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico expidió el acto acusado debía tener presente que no podía rebasar los términos, condiciones y alcances de la delegación, prevista en el artículo 211 de la Constitución Política.

Considera la actora, conforme a la sentencia de 25 de septiembre de 1997, Expediente Núm. 11.857, Cons. Pon. CARLOS BETANCUR, que, de acuerdo con el artículo 370 constitucional, corresponde al Presidente de la República “ ... señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten”, de donde concluye que “Para la sala estas funciones, pese a la delegación que de las mismas permite la ley 142 de 1994 en las Comisiones de Regulación (art. 68) son indelegables; lo que permite, por contera, afirmar que los arts. 68 y 74.3 que importan para la definición de este proceso, son inconstitucionales y por ende, inaplicables en los términos del art. 4 de la Constitución”.

Concluye la providencia citada: “ ... las Comisiones de Regulación no pueden ser delegatarias de la potestad que el constituyente le otorga, en forma exclusiva, al Presidente en el art. 370 de la Constitución. En esa formulación éste compromete su responsabilidad política y no podrá liberarse de ésta a través del fácil mecanismo de la delegación, que desplaza dicha responsabilidad hacia el delegatario” y agrega que “si el legislador sólo por excepción puede delegar su

poder en el Presidente (art. 150 nl. 10) no tendría sentido que pudiera hacerlo sin límites en un organismo o agencia jerárquicamente inferior a éste y a sus ministros, salvo en lo que respecta con las asambleas departamentales, según el nl. 5 de ese mismo art. 150”.

Y finaliza: “Tan consciente fue el anterior gobierno de lo débil que era la competencia de las Comisiones que trató de otorgarla por la doble vía de la delegación y de la desconcentración y con apoyo en la supuesta formulación de políticas generales; y para ello dictó un exótico decreto (el 1524 de 1994) en el cual mezcló, como tratando de cubrir todos los obstáculos, los arts. 68 y 105 de la ley 142 de 1994 y 23 de la ley 142 del mismo año. Es decir, de un lado, delegación de funciones presidenciales y, de otro, desconcentración de poderes legislativos, para la creación de un super órgano, con poderes en la práctica superiores a los que poseen los sedicentes delegantes”.

I. 2. 2. Violación del régimen fiscal

La función pública de control fiscal tiene como principal objetivo la protección del patrimonio de la Nación, su razón de ser radica en garantizar la correcta y legal utilización de los recursos públicos, independientemente de la calidad o naturaleza jurídica de quien realiza la gestión, ésta recae tanto sobre los servidores públicos como sobre los particulares que acometen gestión fiscal, toda vez que la competencia contralora fiscal se articula y legitima en torno al manejo de fondos o bienes públicos.

De acuerdo con los artículos 2º, 3º y 7º de la Ley 42 de 1993, las Contralorías tienen competencia para ejercer control fiscal en relación con todas las personas que manejen bienes o fondos públicos.

Independientemente de que las empresas prestadoras de servicios públicos se constituyan en sociedades por acciones, el control fiscal debe ejercerse en la medida de que ellas cuenten con capital público. En consecuencia, no es cierto que la Ley 142 de 1994 hubiera modificado el régimen de control fiscal para las empresas de servicios públicos con aportes del estado.

En este orden de ideas y partiendo de la indiscutible autonomía de los organismos de control, conforme al artículo 267 de la Constitución, en

concordancia con el artículo 4º de la Ley 42 de 1993, la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación es una función pública que recae sobre todos los sujetos mencionados por el artículo 2º de esta última, en armonía con el artículo 3º ibídem, que preceptúa *“son sujetos de control fiscal en el orden territorial los organismos que integran la estructura de la administración departamental y municipal y las entidades de este orden enumeradas en el artículo anterior”*.

Ninguna entidad prestadora de los servicios públicos domiciliarios a las que se refiere la resolución 11 de 9 de julio de 1997, expedida por la demandada, puede eludir el control fiscal que constitucionalmente le corresponde ejercer a las contralorías, pues como dijo la Corte Constitucional en la sentencia C - 066, de 11 de febrero de 1997, Ponente Dr. FABIO MORON, *“... la gestión de las empresas de servicios públicos domiciliarios no escapa al control fiscal de las entidades constitucionalmente competentes para ejercerlo y tampoco a la vista ciudadana ...”*.

I. 2. 3. El acto acusado adolece, además, de los siguientes vicios :

I. 2. 3. 1. Violación de los artículos 5º y 6º de la Ley 42 de 1993 y 267 constitucional, en cuanto el acto acusado le otorga a las entidades prestadoras de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo la facultad de calificar el control fiscal, hasta el punto que si éstas consideran que el mismo es eficiente, quedan eximidas de contratar la auditoría externa, no obstante que el artículo 31, inciso 5, de la Ley 42 de 1993, en concordancia con el inciso 5º del artículo 272 constitucional, determina que son los órganos de control fiscal los que pueden disponer, como medida subsidiaria, la contratación de empresas privadas colombianas para la vigilancia de la gestión fiscal.

I. 2. 3. 2. Cuando el artículo 8 del acto acusado establece que es la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios la que debe promover la elaboración del formato único para la presentación de los informes evidencia una ostensible e indebida intromisión de una entidad ajena a los organismos de control, en contra de lo dispuesto en el numeral primero del artículo 268 de la Constitución, pues corresponde a la Contraloría General de la República, de acuerdo con el numeral 12 ibídem, dictar las normas para armonizar los sistemas

de control fiscal, como acaece con la Resolución Orgánica Núm. 03466 de 14 de junio de 1994.

I. 2. 3. 3. Así mismo, el artículo 9º del acto acusado viola el principio de la autonomía del control fiscal, cuando señala que las entidades u organismos de control tendrán en cuenta los informes de evaluación integral que deben realizar las unidades o dependencias de control interno en los plazos establecidos por la Superintendencia, pues el control no podría hacerse efectivo al quedar supeditado a las unidades de control interno, perdiendo así el nivel preponderante que el Constituyente le quiso dar y violando las leyes 42 de 1993 y 142 de 1994.

Al declarar la inexecutable del numeral 4 del artículo 27 de la Ley 142 de 1994, que sometía a las empresas prestadoras de servicios públicos con participación oficial a la vigilancia fiscal de las Contralorías hasta que ellas contrataran dicha función con empresas colombianas, la Corte Constitucional, en sentencia C-374 de 24 de agosto de 1995, M.P. ANTONIO BARRERA, dijo que *“El exceso de la norma frente al referente normativo constitucional es evidente, pues la Ley ha trasladado a las empresas de servicios públicos con participación oficial la atribución que de conformidad le corresponde a las Contralorías de contratar la vigilancia fiscal con empresas colombianas y no cabe duda que se incurrió en el quebrantamiento de los arts. 267 y 272 inciso 6 de la Constitución”*.

I. 2. 3. 4. Los artículos 10 a 13 del acto acusado violan el artículo 53 de la Ley 142 de 1994, en cuanto que en cumplimiento de las funciones de la Superintendencia se deben establecer los sistemas de información de las empresas, sin que le sea dado a la Comisión someter de nuevo los organismos de control al sistema de información que cada entidad implementará, con sujeción a lo que para el efecto establezca la Superintendencia, con el imperativo, además, para las entidades que ejercen control de mantener la reserva y confidencialidad de la información a que tengan acceso, como si la ley 42 no hubiese regulado la materia, lo mismo que lo hiciera el Estatuto Anticorrupción. Y en cuanto al artículo 79.10, ibídem, se desprende que la Superintendencia proporciona información en torno a las empresas sobre las que ejerce inspección y vigilancia, pero sin que esto signifique, como señala el artículo 11 acusado, que los organismos de control queden sujetos al sistema de información que cada entidad prestadora de servicios posee, pues ello equivaldría al desconocimiento, además, de los

principios consagrados en los artículos 267 constitucional y 8 de la Ley 42 de 1993.

II.- LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

II. 1. El Ministerio de Desarrollo Económico

El Ministerio de Desarrollo Económico se hizo parte en el proceso y contestó la demanda en los términos siguientes :

En relación con el control de gestión y de resultados a que se refiere la resolución demandada, habida cuenta del artículo 45 de la Ley 142 de 1994, es preciso establecer que ese control implica un proceso que debe integrar para su balance los instrumentos que en materia de vigilancia existen al igual que la participación de las diferentes instancias de control.

En procura de cumplir con la función asignada legalmente, la Comisión debe definir los criterios, características, indicadores y modelos de carácter obligatorio que permitan evaluar la gestión y resultados de las empresas, y en virtud de tal atribución se expidió el acto acusado. Como quiera que la atribución conferida a la Comisión constituye una labor de sólo definición de criterios y pautas a seguir, el organismo que por definición legal debe ejercer el seguimiento y vigilancia de los lineamientos establecidos por tales Comisiones es la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios cuando de la vigilancia de tales servicios se trate, para lo cual debe apoyarse tanto en los indicadores y modelos definidos por las comisiones como en otras entidades oficiales o particulares.

De lo dicho se desprende que las normas contenidas en los artículos 1º y 2º del acto acusado conforman el desarrollo de las atribuciones conferidas a la Comisión, por cuanto al disponer que su contenido se aplicará a las entidades prestadoras de servicios públicos **como a las entidades y organismos que constitucional y legalmente ejercen, entre otros los controles fiscales,** interno, de auditoría interna y de vigilancia de la aplicación del control interno, lo que se pretende no es desconocer las competencias de los organismos que ejercen el control fiscal, sino por el contrario, en aras de alcanzar el balance en el

control asignado a las Comisiones por la resolución acusada, se integran los instrumentos que existen en materia de vigilancia y se armoniza la participación de las diferentes instancias de control, tal y como señala el inciso segundo del artículo 45 de la Ley 142 de 1994.

La descripción de las funciones asignadas en los artículos 4, 5, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 de la resolución demandada no contraría las normas legales que el demandante cita, pues en momento alguno se están consagrando funciones que desborden el ámbito de competencia de los órganos a que se refieren dichos artículos, ya que las funciones allí citadas corresponden a las que para cada caso particular les han asignado las leyes 42 de 1993 y 142 de 1994, respectivamente, como por ejemplo : la asignada en el literal c) del artículo 4, es el desarrollo de la atribución conferida en el parágrafo del artículo 51 de la Ley 142; lo estipulado en el artículo 5º se encuentra relacionado con el inciso 1º del artículo 27.4, ibídem; el formato único de información previsto en el artículo 8º es el mecanismo a través del cual la Superintendencia cumple con la función de establecer los sistemas de información que deben organizar y mantener actualizados las empresas de servicios públicos para que su presentación al público sea confiable, tal y como lo dispone el artículo 53 de la ley mencionada.

II. 2. El tercero impugnante

El ciudadano JORGE CASTRO BERNAL impugnó oportunamente la demanda en los términos siguientes:

En relación con el cargo de la delegación de funciones, fundamentado en la inaplicación de los artículos 68 y 74.3 de la Ley 142 de 1994, que decretara la sentencia de 25 de septiembre de 1997, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, ya citada, el impugnante rebate tal argumento con la declaratoria de exequibilidad del artículo 68 de la Ley 142 de 1994, mediante la sentencia C - 272 de 3 de junio de 1998, expediente D -1880, M.P. Dr. MARTINEZ CABALLERO. La delegación que se controvierte se hizo efectiva mediante el Decreto 1524 de 1994.

En relación con el control fiscal, dice que el acto acusado no pretende sustituir el control fiscal sino establecer reglas tendientes a promover el balance en los mecanismos de control de gestión y resultados en las empresas, cumpliendo así lo dispuesto en los artículos 45 de la Ley 142 y 209 constitucional.

De otra parte, no es cierta la afirmación de la actora, según la cual el acto acusado otorga a las empresas la facultad de calificar el control fiscal, puesto que la facultad de eximir a una empresa de servicios públicos de contratar la auditoría externa está consagrada expresamente en el parágrafo del artículo 51 de la ley 142.

La demandante confunde el control fiscal que se ejerce a través de dependencias, que bien pueden denominarse auditorías, como lo señala la Corte Constitucional en sentencia C-534 de 1993, con la “*auditoría externa*” prevista en el artículo 51 de la Ley 142, las cuales están obligadas las empresas de servicios públicos a contratar con personas privadas especializadas, independientemente de los controles interno y fiscal.

Tampoco es cierto, como lo sugiere la demandante, que el acto acusado reconoce o atribuye una función totalizante y excluyente de los demás órganos de control a la Superintendencia, ni mucho menos proscribire el control fiscal. El literal c) del artículo 4 de la resolución acusada se ajusta a lo establecido en la Ley 142.

Respecto del artículo 8 del acto acusado, que regula el formato único de información, debe tenerse en cuenta que se trata de un mecanismo que, sin desconocer la facultad del Contralor de prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas, busca dar aplicación al principio de economía que rige las actuaciones administrativas, con el fin de que los procedimientos se adelanten sin exigir más documentos y copias que los estrictamente necesarios.

Adicionalmente, el artículo en mención permite que el formato único de información sea elaborado por las mismas entidades u organismos de control, con lo cual queda a salvo la función del Contralor General de prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas. Esa norma, además, es concordante con los artículos 113 y 209 constitucionales, que señalan la colaboración armónica entre los diferentes órganos del Estado.

En cuanto al artículo 9º del acto acusado, no puede inferirse de su contenido impedimento alguno por parte de los entes de control para la implementación de mecanismos, procedimientos, etc., para el completo y debido cumplimiento de sus funciones. Esto se refuerza con el valor probatorio

reconocido por el artículo 14 de la Ley 87 de 1993 a los informes de los funcionarios que ejercen el control interno. Además, este artículo deja a salvo la autonomía de las contralorías para solicitar la información que a bien tengan en el ejercicio de sus funciones.

Finalmente, en relación con los artículos 10 al 13 del acto acusado, éstos no son violatorios de los artículos 53 y 79.10 de la Ley 142, en la medida de que corresponde a la Superintendencia *“... en desarrollo de sus funciones de inspección y vigilancia, establecer los sistemas de información que deben organizar y mantener actualizados las empresas de servicios públicos, para que su presentación al público sea confiable”*. Si corresponde a la Superintendencia establecer los sistemas de información que las entidades deben adoptar para que su presentación al público sea confiable, no puede afirmarse que el artículo 11 sea contrario a esa finalidad cuando indica que los organismos de control deben tener en cuenta la información *“confiable”* que las entidades controladas les presenten, precisamente con base en ese mismo sistema de información.

III.- EL CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Primero Delegado ante la Corporación es partidario de que se denieguen las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente :

En cuanto se refiere al cargo de indelegabilidad de ciertas funciones presidenciales, en particular las atinentes a formular políticas en materia de servicios públicos domiciliarios en cabeza de la Comisión, el Agente del Ministerio Público comparte lo expuesto por el tercero impugnante en cuanto a la declaratoria de exequibilidad del artículo 68 de la Ley 142 de 1994, por la predicha sentencia C -272/ 98, en el sentido de que la ley puede autorizar la delegación de cualquier función presidencial, por lo cual el primer cargo no está llamado a prosperar.

En cuanto a los cargos relativos a la violación del régimen de control fiscal ejercido por las contralorías en sus distintos niveles, tampoco están llamados a prosperar, por las razones siguientes :

Los artículos acusados no están sustituyendo el ejercicio del control fiscal que está a cargo de la Contraloría General de la República y las contralorías a nivel territorial, el cual, según los términos del artículo 9º de la Ley 42 de 1993, comprende los controles financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, revisión de cuentas y evaluación del control interno. Esta función contralora recaerá sobre las empresas prestadoras del servicio público domiciliario de agua potable, para el caso concreto, teniendo en cuenta la participación de bienes públicos en su capital social y atendiendo la naturaleza de la empresa bajo su vigilancia fiscal.

El artículo 27.4 de la ley de servicios públicos fue reproducido en su tenor literal por el artículo 5º de la resolución acusada, en donde se reitera la facultad contralora sobre las empresas prestadoras de esos servicios y el alcance de la fiscalización, por lo cual no se desprende de dicho texto, ni de la resolución acusada, que se esté desconociendo la autonomía de la función pública a cargo de las contralorías. En consecuencia, el cargo no debe prosperar.

De otra parte, en relación con el otorgamiento a las mencionadas empresas de la facultad de calificar dicho control, de acuerdo con el artículo 51 de la Ley 142 de 1994, hasta el punto de que si lo consideran eficiente se les exime de contratar la auditoría externa, el Agente del Ministerio Público considera que la actora confunde el control realizado a través de la auditoría externa con la vigilancia de la gestión fiscal, atribuida esta última, exclusivamente, a las contralorías.

No es válido sostener que al quedar eximidas las entidades oficiales que presten servicios públicos de la obligación de contratar la auditoría externa, se les esté excluyendo del control fiscal. Lo que deben demostrar en este caso las entidades oficiales es que poseen un alto nivel de eficiencia reflejado a través de los controles tanto fiscal como interno, para concluir que no se hace necesario ejercer sobre ellas una auditoría externa dirigida a medir la gestión y el resultado, pero, de tipo empresarial y no de carácter fiscal.

La norma acusada, además, repite, en lo esencial, lo establecido en el párrafo del artículo 5º de la Ley 142, lo cual tampoco hace anulable la resolución pues su articulado responde a la voluntad legislativa directamente y no a la voluntad aislada de la Comisión, como lo pretende el demandante.

Finalmente, en cuanto a los artículos 8 a 13, referidos a las reglas y principios que rigen el balance de los instrumentos del control, en donde se le señala a la Superintendencia la función de promover la elaboración del formato único de información, no encuentra el Agente del Ministerio Público que se vulnere el ordenamiento jurídico, ya que, al tenor del artículo 209 constitucional, las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

El artículo 53 de la LSPD establece que el sistema de información de las empresas estará a cargo de la Superintendencia, de manera que la función de promover la elaboración del formato único de información hace parte de un manejo homogéneo dentro de este sistema, para que su presentación al público resulte confiable.

Bajo ese postulado y teniendo en cuenta que la Comisión estaba actuando con funciones presidenciales, no se advierte en la resolución acusada tipo alguno de intromisión al señalarle unas funciones a la Superintendencia, pues se entiende que estos organismos actúan bajo principios de colaboración y coordinación que les permita el logro de sus finalidades determinadas por mandato constitucional.

IV.- DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto sub examine, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El acto acusado es la Resolución Núm. 11, de 9 de julio de 1997, de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, *“Por medio de la cual se establecen reglas tendientes a promover el balance en los mecanismos del control de gestión y resultados”*.

Los cargos formulados contra ese acto, en aquellos artículos enunciados en las peticiones de la demanda, son de dos categorías, consistentes,

de una parte, en el desconocimiento de la presunta indelegabilidad de las funciones presidenciales previstas en el artículo 370 constitucional, las cuales tienen que ver con el señalamiento de políticas generales en materia de servicios públicos domiciliarios y, de otra parte, en atentar contra el régimen de autonomía e independencia del régimen de control fiscal, en cuanto que viola los artículos 5º y 6º de la Ley 42 de 1993 y 267 constitucional, al otorgarle a las entidades en cuestión la facultad de calificar el control fiscal, o cuando ata a los organismos de control a un formato único para la presentación de los informes por las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios, o cuando establecen que los organismos de control tendrán en cuenta los informes de evaluación integral que deben realizar las unidades o dependencias de control interno.

IV. 1. PRIMER CARGO: INDELEGABILIDAD DE FUNCIONES PRESIDENCIALES

Dentro de la nueva concepción que consagró la Constitución Política de 1991 y coherente con el postulado de estado social de derecho, que sirve de fundamento a la formulación de los principios constitucionales fundamentales, el artículo 365 prescribe que *“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado”*. La organización de esos servicios está sometida al régimen que fije la ley, permitiendo la norma constitucional que se presten por el Estado, directa o indirectamente, por los particulares y por las comunidades organizadas, regidos por un régimen jurídico fijado por la ley, en donde en algunos sectores prima el derecho privado, pero siempre bajo la vigilancia, regulación y control estatal.

Como objetivo fundamental, dentro de las finalidades sociales del Estado, se cuenta la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable, según los términos del artículo 366 constitucional.

Para el cumplimiento de ese objetivo, el artículo 367 de la Constitución dijo que *“La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos”*.

Para efectos de los artículos anteriores, en materia de vigilancia y control de servicios públicos domiciliarios, el artículo 370 constitucional estatuyó que *“Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten”*.

Considera la parte actora, con fundamento en la providencia de la Sección Tercera de la Corporación a que se hizo referencia en el respectivo cargo, que esta función, relacionada con la vigilancia y control de los servicios públicos domiciliarios, es indelegable.

La Sala no comparte el anterior punto de vista, fundamentada en los siguientes argumentos :

La función administrativa se cumple en el Estado colombiano con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, *“mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”*, según lo mandado por el artículo 209 constitucional. De manera que el principio de la delegación de funciones se convirtió, a la luz de dicho artículo, en instrumento de particular importancia para el desarrollo de la actividad administrativa.

De otra parte, el artículo 211, *ibídem*, estructura el mecanismo para que la delegación de funciones opere dentro de los cuadros de la administración, regulando, en primer término, lo atinente al cumplimiento de las funciones asignadas al Presidente de la República, en el sentido de que la ley señalará las funciones que éste podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine, y, en segundo término, en relación con la delegación entre otras autoridades.

No distingue la precitada norma entre las funciones administrativas que el Presidente de la República puede delegar, por lo cual forzoso es concluir que todas las funciones de esa naturaleza son delegables. Cabría, sí, tener

presente que el artículo 189 constitucional distingue en cabeza del Presidente las calidades de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, lo que permite hablar en derecho colombiano de una función gubernamental y de una función administrativa, reservando el instituto de la delegación de funciones para actos de esta última naturaleza.

Coherente con este punto de vista, la Sala no comparte la posición adoptada por la Sección Tercera de la Corporación, cuando en la sentencia de 25 de septiembre de 1997, M.P. Dr. CARLOS BETANCUR, dijo que las funciones del artículo 370 son indelegables y que, por lo tanto, los artículos 68 y 74.3 de la Ley 142 de 1994 resultaban inconstitucionales y, por ende, inaplicables en los términos del artículo 4º de la Constitución. En efecto, la actividad de control y vigilancia relacionada con la prestación de los servicios públicos es de naturaleza eminentemente administrativa, como que es inherente a la finalidad social del estado, de donde resultan, como las otras competencias de carácter administrativo de que es titular el Presidente de la República, delegables en las autoridades y organismos previstos constitucionalmente.

Dentro de ese orden de ideas, la Sala considera que el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, cuyo texto prevé la delegación de funciones presidenciales a las Comisiones de Regulación en materia de señalamiento de políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, no es contrario a la Constitución.

Coincide parcialmente con esta posición, la adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-272 de 3 de junio de 1998, cuando a propósito de la declaratoria de exequibilidad del artículo 68 de la Ley 142 de 1994, dijo: “ *... la Carta no define de manera expresa cuáles funciones de la incluidas en el artículo 189 ... pueden ser delegadas o no sino que defiere a la ley la precisión de las atribuciones presidenciales delegables ...*”, en el entendido, agrega la Sala, como se colige de los artículos 209 y 211 constitucionales, de que se trate de función administrativa. Y en el caso del artículo 68 controvertido, se trata de funciones administrativas, como son las que tienen que ver con la eficiente prestación de los servicios públicos.

En consecuencia, el cargo no prospera.

IV. 2. SEGUNDO CARGO: VIOLACION DE LAS NORMAL SOBRE CONTROL FISCAL

La Sala comparte las observaciones generales que la parte actora hace en la sustentación de su demanda sobre la independencia del control fiscal ejercido por las contralorías como elemento fundamental en la correcta gestión de los bienes públicos. Esa autonomía tiene claros fundamentos constitucionales y legales, cuyo alcance debe ser respetado por las normas legales que implementen instrumentos adicionales de control.

Hecha la anterior precisión, la Sala disiente de los cargos de inconstitucionalidad e ilegalidad que la actora formula contra algunas de las disposiciones de la resolución acusada, por cuanto su texto hace énfasis y es coherente con ello en que los organismos de control ejercen sus competencias conforme a las normas que se las atribuyen y, además, porque en relación con los cargos concretos no alcanza a demostrar la presuntas violaciones que invoca como fundamento de su demanda, pues se tiene :

IV. 2. 1. En relación con el cargo endilgado al artículo 4o de la resolución acusada, en cuanto faculta a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para aceptar la calificación de la eficiencia que las entidades prestadoras de servicios de acueducto, alcantarillado y aseo hagan del control fiscal interno, como presupuesto para eximir las de contratar la auditoría externa, la Sala no observa cómo pueda mediante dicha norma atentarse contra la autonomía e independencia del control fiscal, que tiene carácter externo, cuando dicha norma simplemente regula las condiciones para que opere la procedibilidad de contratación de la auditoría externa, como elemento complementario de los controles fiscal e interno, cuando la entidad estima que éstos no satisfacen a cabalidad los requerimientos de un control eficiente. La norma dice, en otros términos, que la Superintendencia podrá eximir a las mencionadas entidades de contratar una auditoría externa, cuando demuestren que el control fiscal interno funcione eficientemente. Se trata, como puede apreciarse, de dos materias distintas.

En efecto, la autonomía e independencia del control fiscal no depende del concepto que sobre su eficiencia le merezca a la Superintendencia,

sobre la base de la demostración que haya hecho la entidad controlada, ni tampoco tiene incidencia en ello que se contrate o no una auditoría externa por parte de la entidad, pues el origen de ese control así como la extensión de las facultades que comporta no dependen de la entidad controlada. Para la autoridad fiscal es indiferente que la eficiencia de su control sea calificado en un sentido u otro, de todas maneras ese control operará en los términos que su titular estime conforme a la ley que le otorga la respectiva competencia.

En consecuencia, el cargo no prospera.

IV. 2. 2. En relación con el artículo 8° de la resolución acusada, cuyo texto prevé un formato único para la presentación de los informes solicitados a las entidades prestadoras de servicios por los órganos de control, no observa la Sala que ello implique “un duro revés” para la autonomía del ejercicio del control fiscal, pues éste se ejercerá siempre conforme a los métodos y la forma de rendir cuentas prescritos por el Contralor, de acuerdo con los términos del artículo 268 de la Constitución. El formato único a que alude la norma acusada en relación con el suministro de información no constituye una limitante en el cumplimiento de la función fiscalizadora, pues dicho formato obedece a la necesidad de racionalizar el suministro de información, en búsqueda de un control más eficaz, pero sin que ello se constituya en obstáculo en la aplicación de los métodos propios de las contralorías en el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras.

IV. 2. 3. En relación con el artículo 9°, en cuanto señala que las entidades u organismos de control tendrán en cuenta los informes de evaluación integral que deben realizar las unidades o dependencias de control interno, no observa la Sala cómo pueda ello atentar contra la autonomía del control fiscal, pues éste, como se ha dejado anotado, tiene sus reglas propias, cuya aplicación no depende de lo que dispongan otras normas en materia de controles adicionales. Dichos informes podrán constituir, como es obvio, material de análisis e investigación, en lo que fuere pertinente, para los organismos de control fiscal.

IV. 2. 4. En cuanto a los artículos 10 a 13 de la resolución acusada, relacionados con la necesidad de tener en cuenta las evaluaciones que realice la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, o de que los organismos de control tengan en cuenta los medios instituidos de acceso a la información, así

como la posibilidad de traslado de pruebas, con el fin de evitar repeticiones innecesarias, la Sala considera que ello no incide en el ámbito de competencia que las normas reguladoras de la materia atribuyen a los organismos de control fiscal.

Finalmente, la Sala concluye que mediante la Resolución Núm. 11 de 1997 la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, en los puntos acusados, no extralimitó el ejercicio de las competencias asignadas por la Ley 142 de 1994, pues reguló, dentro de sus límites, el ejercicio armónico e integral del control de gestión y resultados.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, en acuerdo con el concepto del Agente del Ministerio Público, la Sala denegará, como en efecto se dispone en la parte resolutive de esta providencia, las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley

F A L L A

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

**JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA
MARTELO**
Presidente

GABRIEL EDUARDO MENDOZA

OLGA INES NAVARRETE BARRERO

MANUEL S. URUETA AYOLA