

CONTROL FISCAL INTEGRAL - Empresas de Servicios Públicos / EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS - Control fiscal: corresponde a las contralorías sin importar el porcentaje de recursos que tenga el Estado / CONTROL FISCAL - En empresas de servicios públicos corresponde a las contralorías sin importar el porcentaje de recursos que tenga el Estado / SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS - Control y vigilancia en la prestación de los servicios

En cuanto a que los actos acusados son violatorios del control fiscal que ejercen las contralorías sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios, la Sala observa que por tener las citadas empresas capital estatal o público corresponde a las contralorías, en cualquiera de sus órdenes y en cumplimiento del artículo 267 de la Constitución Política, vigilar la gestión fiscal de aquellas. En efecto, 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. El artículo 267 de la Constitución Política, es muy claro al respecto: "...". Por su parte, la Ley 142 de 1994, "por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones", dispone: "...". Es evidente que tanto la norma constitucional como la legal anteriormente transcritas demuestran que no es cierto que el control de gestión de las empresas de servicios públicos domiciliarios se encuentre deferido a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por cuanto en la medida en que aquellas posean dentro de sus aportes, así sea en mínimo porcentaje, recursos públicos, la respectiva Contraloría ejercerá el control de gestión. Los organismos de control se encuentran, entonces, habilitados para evaluar la gestión fiscal de las empresas de servicios públicos, con el fin de salvaguardar el erario público. A la Superintendencia de Servicios Públicos le competen las funciones dirigidas a la tutela y control de las empresas de servicios públicos en cuanto toca con su función de prestación del servicio, a efectos de garantizar que éste se brinde a los habitantes del territorio en condiciones de eficiencia, continuidad, seguridad y permanencia. Concluye la Sala que el control fiscal tiene que ser integral, es decir, sobre la totalidad del capital de las empresas de servicios públicos, pues, de no ser así, las mismas tendrían que llevar doble contabilidad, presentar dos estados financieros, dos clases de planes, proyectos, programas, etc., lo cual escapa a toda lógica. No queda duda, entonces, que basta que una empresa de servicios públicos maneje fondos o bienes públicos, no importa en qué porcentaje de su capital, para que la respectiva contraloría ejerza sobre ella el control fiscal que constitucional y legalmente le ha sido asignado, pues es su deber velar por la forma como dichas empresas invierten y manejan tales fondos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: OLGA INES NAVARRETE BARRERO

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre del dos mil tres (2003)

Radicación número: 25000-23-24-000-1999-00456-01(7369)

Actor: FERNANDO CARRIZOSA RASH-ISLA

Demandado: CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C.

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA

Procede la Sección Primera a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 24 de mayo de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

a. El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.

Fernando Carrizosa Rash-Isla, a través de apoderada y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó la nulidad de los siguientes actos:

1.- Resolución núm. 0210-03 del 28 de diciembre de 1998 expedida por el Jefe de la Unidad de Control de Recursos Energéticos de la Contraloría de Bogotá D.C., por medio del cual le impuso al actor una multa de treinta millones de pesos (\$30'000.000), en su condición de Gerente General de la Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP., por incurrir en las causales consagradas en los artículos 101 de la Ley 42 de 1993 y 6º, literales b), e) e i) de la Resolución 29 de 26 de diciembre de 1995.

2.- Resolución núm. 1300-03 URE de 16 de febrero de 1999, por medio de la cual el mismo funcionario resolvió el recurso de reposición contra la decisión anterior, confirmándola.

3.- Resolución núm. 1107 de 28 de mayo de 1999, mediante la cual el Contralor de Bogotá D.C. resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 0210-03 de 28 de diciembre de 1998, confirmándola.

A título de restablecimiento del derecho solicita que se ordene devolverle las sumas que haya tenido que pagar, debidamente actualizadas e indexadas, así como los intereses comerciales corrientes que dicho capital hubiere

generado desde su pago y hasta su devolución; que se condene al pago de un mil gramos por concepto de perjuicios morales; y se condene en costas y agencias en derecho, de conformidad con lo que determinen peritos.

Como petición subsidiaria, y en caso de que se acepte la póliza presentada como garantía de pago, se ordene devolverle el valor de dicha póliza, debidamente indexado y actualizado, y reconocer los intereses comerciales corrientes que dicho capital hubiere generado desde su pago y hasta su devolución.

b.- Los hechos de la demanda

La parte actora expone como fundamento de su acción los siguientes hechos:

El 10 de noviembre de 1998, el Jefe de la Unidad de Recursos Energéticos de la Contraloría de Bogotá D.C. requirió explicaciones del actor en su calidad de Gerente de la Empresa de Energía de Bogotá S.A., y le formuló cargos consistentes en *“No rendir cuentas e informes exigidos o no hacerlo en forma y oportunidad establecidos; entorpecer e impedir el cabal cumplimiento de las funciones asignadas a la contraloría y no cumplir con las obligaciones fiscales”*.

A través de apoderado, el actor presentó descargos el 11 de diciembre de 1998.

Mediante la Resolución 0210-03 del 28 de diciembre de 1998 se impuso al actor una multa de treinta millones de pesos (\$30.000.000.00), la cual fue confirmada a través de los actos que resolvieron los recursos de reposición y apelación interpuestos contra aquella.

c.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

La parte actora considera que con la expedición de los actos acusados se violaron los artículos 4º, 6º, 13, 15, 29, 74, 84, 121, 150, 267, 268, numerales 12 y 26, 272, 333, 334 y 365 a 370 de la Constitución Política; 2º, 3º, numeral 4, 10, 14, numerales 5, 6 y 7, 17, 19, 27, numerales 3, 4, 5 y 7, 30, 32, 41, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 73, numeral 3, 75, 79, numerales 7 y 10, 85 y 186 de la Ley 142 de 1994;

2º, 4º, 5º, 6º, 8º, 21 y 22 de la Ley 42 de 1993; 30 y 84 del C.C.A.; 150 del Código de Procedimiento Civil; 61 a 67 del Código de Comercio; 13 a 17 y 19 de la Resolución Orgánica de la Contraloría General de la República núm. 3466 de 1984 y las Resoluciones 4572 de 4 de diciembre de 1998 y 4812 del 5 de mayo de 1999, por las razones que, bajo la forma de cargos, en forma resumida se expresan a continuación:

Primer cargo.- La EEB S.A. ESP es una empresa de servicios públicos mixta, sometida al régimen jurídico privado establecido en la Ley 142 de 1994 y en el Código de Comercio para las sociedades anónimas, que ejerce en condiciones de empresario mercantil en la explotación de las actividades energéticas.

Como ente jurídico especial, con participación de capital estatal y privado, el control fiscal se circunscribe a la participación estatal.

La pretensión de la Contraloría de Bogotá de establecer un control sobre la gestión empresarial de la EEB S.A. ESP constituye una extralimitación de funciones públicas, ya que la ley sólo le autoriza vigilar la gestión del aporte societario y los derechos derivados del mismo que recaen fundamentalmente en cabeza de los representantes legales de la Nación y del Distrito Capital en la Asamblea de Accionistas.

Lo anterior no significa que la EEB S.A. ESP no tiene un control de gestión por parte de las autoridades, sino que éste se halla específicamente deferido a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

El Capítulo II de la Ley 142 de 1994 establece un control fiscal cuando hay participación accionaria del Estado en las empresas de servicios públicos, más no un control a la gestión de la empresa, y los sujetos de dicho control son los representantes de la propiedad accionaria del Estado, esto es, sus delegados a la Asamblea de Accionistas, en el caso del Distrito Capital el Alcalde Mayor, y no los representantes legales de la sociedad.

Así, cuando la Contraloría de Bogotá pretende revisar la gestión de la EEB S.A. ESP extralimita sus funciones, más aún cuando irrumpe contra la reserva societaria al exigir toda clase de documentación e información a su arbitrio, vulnerando los derechos constitucionales de reserva e intimidad y el de la libertad

empresarial, que tienen su desarrollo en los artículos 61 a 67 del Código de Comercio.

Segundo cargo.- La Contraloría General de la República, en ejercicio de su atribución constitucional de expedir “reglamentos constitucionales” (artículo 268, numeral 12), para armonizar los sistemas de control fiscal ha dictado dos Resoluciones Orgánicas, la 4572 de 4 de diciembre de 1998 y la 4812 del 5 de mayo de 1999, para señalar los principios, forma, contenidos, métodos y procedimientos de ejercer el control fiscal de la participación accionaria del Estado en las empresas de servicios públicos domiciliarios.

La entidad demandada desconoce las citadas Resoluciones Orgánicas y se niega a aplicarlas con la tesis de que el Contralor Distrital tiene en el Distrito Capital las mismas potestades del Contralor General de la República, violando con ello la jerarquía normativa conocida como la pirámide de Kelsen, ya que pretende hacer prevalecer una resolución ordinaria de aquél frente a las dos Resoluciones Orgánicas de éste, las cuales en su carácter de reglamentos constitucionales tienen prevalencia sobre todas las normas expedidas por otras autoridades, más aun cuando se trata de generar parámetros de armonización del control fiscal.

Las Resoluciones Orgánicas de la Contraloría General de la República constituyen reglamento general a la luz del artículo 84 de la Constitución Política en materia del ejercicio del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios, y la Contraloría Distrital no puede exigir documentos e informaciones distintas ni trámites de gestión diferentes.

Lo que dice sancionar la entidad demandada en las resoluciones acusadas es el supuesto incumplimiento en la entrega de información especial establecida en el artículo 13 de la Resolución 13 de 1998, expedida por la Contraloría de Bogotá, D.C., que constituye información reservada de la gestión societaria de la EEB S.A. ESP y que no tiene que ver con la gestión de la propiedad accionaria estatal, con lo que extralimita las facultades de control fiscal señaladas en el artículo 27.4 de la Ley 142 de 1994, y vulnera los requisitos, formalidades, términos y procedimientos establecidos en las Resoluciones Orgánicas.

El actor, en su condición de Gerente de la EEB S.A. ESP solicitó a la Contraloría General de la República una orientación sobre la aplicación de las

resoluciones orgánicas, entidad que sostuvo que la EEB sólo debía dar cumplimiento a los requisitos, informaciones y procedimientos determinados por la Contraloría General. No obstante, la Contraloría Distrital prosiguió con su acción sancionatoria y confirmó la sanción en una resolución proferida con posterioridad a la vigencia de la Resolución Orgánica 4812 de 1999, que expresamente, en el artículo 2º, declaró sin efecto por haberla sustituido, a la Resolución 13 de 1998 de la Contraloría Distrital.

En consecuencia, las resoluciones acusadas carecen de fuente formal de derecho, por cuanto se cimientan en una norma que carece de eficacia jurídica por haber sido sustituida.

La Resolución Orgánica 4812 de 1999 señala que ellas (junto con la 4572 de 1998) *“Sustituyen íntegramente todas las resoluciones, reglamentos, providencias y actos administrativos que hasta la fecha de la presente Resolución orgánica hayan sido dictados por los Contralores Departamentales, Distritales y Municipales...”*, de donde se colige que no sólo la Resolución 13 de 1998 ha quedado sin vigencia, sino que la Resolución 210-03 del 28 de diciembre de 1998, el requerimiento de explicaciones contenido en el oficio 323-0547 del 10 de noviembre de 1998 y todos los actos relacionados y conexos quedaron sin efecto y, por lo tanto, la multa está contenida en un acto administrativo sustituido, sin eficacia jurídica.

Tercer cargo.- Durante el procedimiento sancionatorio y la vía gubernativa el actor no pudo ejercitar real y materialmente el derecho de defensa, por cuanto dicha actuación sólo era una mascarada para aplicar la sanción previamente anunciada en foro público por el Contralor Distrital, su contraparte, juez y verdugo.

En efecto, en la intervención del entonces Contralor Distrital, Dr. Ovidio Claros Polanco, en el foro del 9 de noviembre de 1998, determinado por intereses particulares, personales, directos e indirectos emitió instrucciones a sus subalternos y asumió su posición de sancionar al actor y de desconocer las normas sobre control fiscal establecidas en la Ley 142 de 1994 y en las Resoluciones Orgánicas de la Contraloría General de la República.

La anterior conducta es violatoria del principio de imparcialidad, por lo cual ha debido declararse impedido, como expresamente se le solicitó a él y a su subalterno para que se designara un Contralor ad- hoc que de manera imparcial decidiera.

La actuación del Contralor y del Jefe de la Unidad de Control de Recursos Energéticos no sólo constituye una clara extralimitación de funciones públicas, sino una manifiesta, consciente y abrupta violación de la ley al emitir unos actos contrarios al ordenamiento jurídico, donde los descargos y explicaciones resultaron superfluos y no fueron tenidos en cuenta, violando con ello el derecho fundamental a la defensa y al debido proceso.

Cuarto cargo.- Las resoluciones acusadas encubren sus verdaderos móviles, se motivan falsamente, incluso fundamentándose en una resolución que no tiene eficacia por haber sido sustituida por una de superior jerarquía. Dichos actos constituyen un abuso y desviación del poder sancionatorio para impedir que los administrados hagan uso legítimo de las acciones y recursos consagrados en la ley.

d.- Las razones de la defensa

El apoderado de la Contraloría Departamental de Bogotá, D.C., para defender la legalidad de los actos acusados argumentó que las Contralorías tienen competencia para ejercer control fiscal en relación con todas las personas que manejen bienes o fondos de la Nación. Este control no puede confundirse con el que le fue asignado al Presidente de la República y que se ejerce a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, puesto que uno y otro se basan en hipótesis distintas y tienen objetivos claramente diferenciados.

El Decreto 1421 de 1993, *“Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Bogotá”*, estableció en su artículo 2º que el Distrito Capital como entidad territorial está sujeto al régimen político, administrativo y fiscal que para él se establezca expresamente en la Constitución, en ese estatuto y en las leyes especiales que para su organización y funcionamiento se dicten.

El propósito fundamental del control fiscal está dirigido a garantizar la correcta y legal utilización de los recursos públicos, independientemente de la naturaleza jurídica de quien realiza la gestión o de la actividad que desarrollen, y de esta manera recae tanto sobre los servidores públicos como sobre los particulares que manejen fondos o bienes del Estado.

La sanción impuesta cuenta con pleno respaldo legal y constitucional, pues la Ley 42 de 1993, anterior a la expedición de los actos acusados, definió las conductas

fiscalmente sancionables, así como las sanciones que pueden ser impuestas por los contralores, y tanto el inciso 4 del artículo 272, como el artículo 109 del Decreto 1421 de 1993 atribuyeron al Contralor la facultad de exigir rendimiento de cuentas a los responsables del erario y establecer la responsabilidad fiscal que se derive del manejo de los recursos distritales, imponer las multas a que haya lugar, y ejercer la jurisdicción coactiva.

Ante una reiterada actitud del actor encaminada a entorpecer el ejercicio del control fiscal, así como las asumidas por los diferentes Gerentes de la Empresa de Energía de Bogotá desde la fecha en que fue transformada, no sólo era procedente sino necesaria la utilización del poder sancionatorio fiscal, aspecto que fue objeto de análisis por parte del Contralor Distrital en su intervención en el foro realizado el 9 de noviembre de 1998, y que al ser interpretada en forma acomodada dio lugar a que el actor formulara recusación contra él, sin existir fundamento alguno.

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 24 de mayo de 2001, el Tribunal de origen denegó las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

La Resolución 13 del 30 de septiembre de 1998, expedida por el Contralor Distrital de Bogotá, D.C., se mantuvo vigente hasta la expedición de la Resolución 4812 de 5 de mayo de 1999, que expresamente derogó todas las disposiciones anteriores.

El artículo 2º de la Resolución 4812 establece que la Contraloría General de la República hace uso de sus facultades constitucionales y legales para prescribir los métodos, las formas de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación, de indicar los criterios de su gestión financiera, operativa y de resultados, y de dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial de acuerdo con los numerales 1 y 12 del artículo 268 de la Constitución Política. Con el objetivo de darle racionalidad y transparencia al control fiscal, las Resoluciones 4572 y 4812 regulan toda la materia, armonizan y sustituyen íntegramente todas las resoluciones y demás disposiciones reglamentarias dictadas por las entidades de control fiscal de los territorios, distritos y municipios.

La Resolución 13 de 1998 estuvo vigente hasta el 5 de mayo de 1999, cuando se derogó expresamente. Por ello, contrario a lo alegado por el actor, sí existía un fundamento jurídico para respaldar las solicitudes de información realizadas por la Unidad de Recursos Energéticos del Fiscalizador Distrital.

La citada resolución, si bien es cierto fue derogada el 5 de mayo de 1999 y posteriormente anulada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia de 15 de junio de 2000 (expediente 19981038), también lo es que se encontraba vigente para la época de expedición del acto acusado. Asimismo, para dicha época se encontraba vigente la Resolución 4572 de 4 de diciembre de 1998, del Contralor General de la República.

La Resolución 4572 dispuso en su artículo 3º que para efectuar el control fiscal a las empresas de servicios públicos domiciliarios las contralorías territoriales deben someterse a lo establecido en la Ley 42 de 1993, de acuerdo con los parámetros señalados en la Ley 142 de 1994.

Por su parte, el artículo 8º ibídem, prescribe que las empresas de servicios públicos domiciliarios con aportes o participaciones estatales deberán enviar a las entidades de control fiscal los siguientes informes financieros: balance general, estado de resultados, estados de cambios en la situación financiera, estados de cambios en el patrimonio y estados de flujo de efectivos, acompañados de sus notas explicativas correspondientes y de la escritura de costos, así como del Plan de Inversiones y avances de los programas.

A su vez, el artículo 9º, ibídem, señala que las entidades de control fiscal del orden nacional, territorial, municipal o distrital, para efectos de determinar la rentabilidad económica y social de la participación del Estado en las correspondientes empresas de servicios públicos domiciliarios podrán solicitar al representante legal, a sus órganos directivos o a quien haga sus veces, las aclaraciones o adiciones que se requieran para una mejor comprensión de los actos, mecanismos y procedimientos utilizados para dictaminar sobre los estados financieros y demás información pertinente.

A su turno, el artículo 12, ibídem. establece que el control fiscal sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios será ejercido por el ente fiscal que

corresponda a la entidad con mayor participación accionaria, trátase del orden nacional, departamental, distrital o municipal.

Conforme con las anteriores disposiciones, el Tribunal considera que las Resoluciones 13 de 1998 de la Contraloría Distrital de Bogotá D.C. y 4572 de 1998 de la Contraloría General de la República armonizan entre sí y no se contraponen, pues la segunda apoya a la distrital en los apartes examinados, ya que faculta al órgano de control del Distrito para actuar como lo hizo.

Para el 28 de diciembre de 1998, fecha de la Resolución 210-03, estaban vigentes las citadas resoluciones. Por lo tanto, la legitimidad de la base jurídica de aquélla estaba intacta.

En cuanto a la Resolución 1107 de 28 de mayo de 1999 se puede decir que la misma fue expedida en vigencia de la Resolución 4812 de 5 de mayo de 1999.

De acuerdo con los parámetros establecidos en el artículo 9º de la Resolución 13 de 1998, los representantes legales de las empresas de servicios públicos domiciliarios del Distrito debían entregar información a la Contraloría Distrital respecto de aspectos contables, información administrativa y sobre las metas y objetivos de las empresas en los términos establecidos en la misma resolución. En concordancia con este artículo, se encuentra el 13, transitorio, ibídem, que estableció un término perentorio para entregar las informaciones de dichas empresas, esto es, el 22 de octubre de 1998, a más tardar.

De los elementos que obran en el expediente se desprende que no obstante haber entregado el actor alguna documentación, fue informado de que le hacían falta los documentos relativos al estado de cartera, al estado de costos y gastos, a los informes de ejecución presupuestal, a la información sobre metas y objetivos y a la información operacional y estadística del segundo semestre de 1997, así como a la información sobre metas y objetivos y a la información operacional y estadística del primer semestre de 1998.

De lo anterior el actor tuvo conocimiento a través de un oficio y posteriormente a través de un requerimiento, y ante las peticiones de la Contraloría se limitó a interponer recursos y a no cumplir con los requisitos de la Resolución 13, vigente para la época.

Como fundamento de su negativa para presentar los documentos el actor alegó que los mimos se encontraban sujetos a la vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a la de la Asamblea, y que el control de la Contraloría se limita a la participación del capital distrital.

El Distrito Capital era el socio mayoritario de la Empresa de Energía de Bogotá (81.59%), y en porcentajes menores la Nación y otras entidades de derecho público.

Al observar la naturaleza de las informaciones solicitadas por el ente fiscal se encuentra que todas ellas tienen relación con la gestión financiera y con los planes y balances de la Empresa de Energía de Bogotá y, en ese orden de ideas, se encuentran dentro de los que establecía el artículo 8º de la Resolución 4572 de 1998, ya examinada.

En relación con el cargo de abuso de autoridad y de violación al principio de imparcialidad en la actuación del Contralor Distrital por las opiniones que este expresó en desarrollo del foro del 9 de noviembre de 1998, se observa que el discurso por aquél presentado consistió en un informe de gestión a los empleados de la Contraloría Distrital y a algunos terceros que se encontraban presentes en el auditorio sobre la labor de la entidad; el Contralor Distrital se refirió a las empresas de servicios públicos domiciliarios del orden distrital; trató el tema de la regulación a la que se somete la gestión de dichas empresas y sobre la competencia con que cuenta la Contraloría Distrital para efectuar dicho control fiscal; criticó a algunas empresas de servicios públicos domiciliarios, sin que se pueda establecer que las mismas constituyen directrices a las que se esté sometiendo a los funcionarios de la Contraloría; no dirigió específicamente las críticas a la Empresa de Energía de Bogotá, pues lo hizo en abstracto a todas las empresas de servicios de la capital; e hizo énfasis en lo relacionado con el proceso de privatización de la Empresa de Energía de Bogotá y en el destino que a algunos de sus dineros se les ha dado por parte de las directivas.

El actor asume que el foro descrito se encaminó a atacarlo a él y a su gestión, de manera que considera que el Contralor prejuzgó y que señaló las directrices a los funcionarios de la Contraloría para que lo sancionaran, cargo que carece de prosperidad, pues, como ya se dijo, el foro constituyó un informe de gestión de la

Contraloría Distrital, además de que la recusación fue definida mediante Auto del 21 de diciembre de 1998, en el sentido de no aceptar los hechos que la fundamentaban.

De otra parte, las causales de impedimento y recusación no se pueden invocar frente a entidades o corporaciones enteras, pues debe hacerse contra un funcionario en particular y sólo respecto de circunstancias personales.

Finalmente, desestima el cargo de violación del derecho a la defensa y al debido proceso, pues el actor siempre tuvo conocimiento de las actuaciones de la Administración y se le brindó la oportunidad para entregar documentos, realizar peticiones, interponer recursos, aun cuando en más de una ocasión fueron improcedentes y aparentemente dilatorios.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La parte actora considera que la sentencia apelada mantiene incólume un acto de la Administración que es manifiestamente violatorio de la ley, del ordenamiento de control fiscal a las participaciones del Estado en las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y de las garantías a los derechos fundamentales de las personas.

En el fallo recurrido se avala, ilógicamente, el proceder del Contralor Distrital que vulnera el principio de imparcialidad de la Administración Pública y que implica una desviación y abuso de poder, al considerar que la conducta de amenazar públicamente con los efectos de una decisión, antes de proferir un acto administrativo, no constituye un prejuizgamiento sino un proceder ajustado a la ley.

La sentencia desconoce que cuando los funcionarios públicos son recusados estos deben examinar su conducta a la luz del principio de otorgar el máximo de garantías procesales a los ciudadanos, y no empecinarse en el ejercicio de sus funciones aduciendo, erróneamente, que no se puede recusar a la Institución, lo cual no se ha hecho. Lo procedente era designar un Contralor ad-hoc para que examinara el caso con mantenimiento del principio de imparcialidad.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Delegada ante esta Corporación no rindió concepto.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En esencia, la inconformidad del actor radica en el hecho de que no se haya designado un Contralor ad-hoc para resolver su situación, pues considera que el titular se encontraba impedido y, por ello lo recusó, sin éxito, debido a que en un foro llevado a cabo el 9 de noviembre de 1998 hizo alusión a su nombre y a la Empresa de Energía de Bogotá.

En el discurso aportado en un casete y que fue transcrito por un técnico criminalístico del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, en lo que se refiere al actor y la Empresa que el mismo gerenciaba, el entonces Contralor Distrital sostuvo:

*“... porque además ese es nuestro ejercicio, un ejercicio muy molesto, muy harto realmente de recibo, de muy mal recibo por parte de quienes son sujetos de control y concretamente sobre lo de proyectos sanitarios, esas han sido las acciones nuestras en un tema de privatización, podemos decir que al distrito le ha salido costosa esa primera experiencia de privatización en el relleno sanitario Doña Juana, la segunda de las acciones ha sido la **de la Empresa de Energía de Bogotá**, si más no recuerdo lo que el Concejo de Santa Fe de Bogotá en su época es que enajenaran las acciones hasta en un cuarenta y ocho por ciento, nadie sabe ni siquiera quiénes ejercen control político, y el doctor Francisco Pareja que es uno de los que representa el control político de la ciudad, que componía el patrimonio de los bogotanos en la **Empresa de Energía de Bogotá**, por eso la preocupación de la Contraloría sobre el tema, en primer una acción un poquito dilatoria para tratar de convencer a la Administración representada en su gerente el doctor **Fernando Carrizosa** y el marco funcional del ejercicio del control fiscal ... para que el doctor **Carrizosa** variara la posición inicial que el señor Contralor estaba prevaricando sobre los dos temas, la capitalización y la descapitalización de la empresa, la Contraloría no ha podido todavía iniciar el ejercicio verdadero del control fiscal a quienes asistieron a este simposio.... para la enajenación de esas acciones pero que este tema de la **Empresa de Energía** precisamente para poder generar resultados y resultados no a largo plazo...”*

A juicio de la Sala, el texto transcrito en manera alguna puede considerarse un prejuzgamiento en contra del entonces Gerente de la Empresa de Energía de Bogotá, pues, además de que la transcripción fue llevada a cabo, como lo sostuvo el técnico, “... *bajo deficientes condiciones de grabación, encontrando sectores afectados por pérdida en el nivel de intensidad e interferencias sonoras...*”, las citas que se hacen del actor para nada se refieren al tema al cual se contraen los actos acusados, cual fue el hecho de no haber entregado aquél a la Contraloría, de manera completa, los documentos por ella solicitados.

En cuanto a que los actos acusados son violatorios del control fiscal que ejercen las contralorías sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios, la Sala observa que por tener las citadas empresas capital estatal o público corresponde a las contralorías, en cualquiera de sus órdenes y en cumplimiento del artículo 267 de la Constitución Política, vigilar la gestión fiscal de aquellas.

En efecto, 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.

El artículo 267 de la Constitución Política, es muy claro al respecto:

“Artículo 267.- El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigilará la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

“Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

*“La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un **control financiero, de gestión** y de resultado, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los caos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.*

“...” (el resaltado no es del texto).

Por su parte, la Ley 142 de 1994, “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, dispone:

“Artículo 27. Reglas especiales sobre la participación de entidades públicas. La Nación, las entidades territoriales, y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo que participen a cualquier título en el capital de las empresas de servicios públicos, están sometidas a las siguientes reglas especiales:

“27.1. ...

“27.4. En las empresas de servicios públicos con aportes oficiales son bienes de la Nación, de las entidades territoriales, o de las entidades descentralizadas, los aportes hechos por ellas al capital, los derechos que ellos confieren sobre el resto del patrimonio, y los dividendos que puedan corresponderles. A tales bienes, y a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría General de la República, y de las contralorías departamentales y municipales”. (Subraya la Sala)

Es evidente que tanto la norma constitucional como la legal anteriormente transcritas demuestran que no es cierto que el control de gestión de las empresas de servicios públicos domiciliarios se encuentre deferido a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por cuanto en la medida en que aquellas posean dentro de sus aportes, así sea en mínimo porcentaje, recursos públicos, la respectiva Contraloría ejercerá el control de gestión.

Los organismos de control se encuentran, entonces, habilitados para evaluar la gestión fiscal de las empresas de servicios públicos, con el fin de salvaguardar el erario público.

A la Superintendencia de Servicios Públicos le competen las funciones dirigidas a la tutela y control de las empresas de servicios públicos en cuanto toca con su función de prestación del servicio, a efectos de garantizar que éste se brinde a los habitantes del territorio en condiciones de eficiencia, continuidad, seguridad y permanencia.

Al poseer la Empresa de Energía de Bogotá capital público, bien podía la Contraloría Distrital, como en efecto lo hizo, requerirla para que le enviara la documentación a que alude la Resolución 13 de 1998, la cual, si bien fue anulada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el fallo que así lo dispuso fue apelado ante esta Corporación y se encuentra pendiente de decisión.

En cuanto a que la resolución que resolvió el recurso de apelación fue proferida cuando la Resolución 13 de 1998 ya había sido derogada por la Resolución 4812 de 5 de mayo de 1999, expedida por el Contralor General de la República, la Sala observa que tal circunstancia no afecta la presunción de legalidad de los actos acusados, pues lo cierto es que los hechos por los cuales fue sancionado el actor ocurrieron bajo la vigencia de aquélla. Además, es principio general del Derecho la irretroactividad de la ley, la cual tiene su excepción en materia penal, en la cual la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, es aplicable.

Adicionalmente, la Sala considera que, en principio, la Resolución 13 de 1998 no se contrapone a lo dispuesto en la Resolución 4572 de 1998, pues el artículo 4º de esta última expresamente consagra que *“La vigilancia de la gestión fiscal de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios comprende **el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados sobre los bienes, derechos y recursos de la Nación, de las entidades territoriales, de las entidades descentralizadas de aquélla o éstas, lo cual implica a su vez un control sobre los montos de participación estatal, en el capital social de las empresas prestadoras de los mencionados servicios, al igual que sobre los derechos que tales participaciones confieren a nivel del patrimonio y de los dividendos resultantes en los respectivos ejercicios contables. Los actos o contratos que versen sobre las participaciones estatales y/o sobre los derechos que de ellas se deriven también constituyen materia controlable”** (el resaltado es de la Sala).*

Concluye la Sala que el control fiscal tiene que ser integral, es decir, sobre la totalidad del capital de las empresas de servicios públicos, pues, de no ser así, las mismas tendrían que llevar doble contabilidad, presentar dos estados financieros, dos clases de planes, proyectos, programas, etc., lo cual escapa a toda lógica. No queda duda, entonces, que basta que una empresa de servicios públicos maneje fondos o bienes públicos, no importa en qué porcentaje de su capital, para que la

respectiva contraloría ejerza sobre ella el control fiscal que constitucional y legalmente le ha sido asignado, pues es su deber velar por la forma como dichas empresas invierten y manejan tales fondos.

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

CONFÍRMASE la sentencia apelada de 24 de mayo del 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

COPÍESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 21 de noviembre del dos mil tres.

**CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE
AYOLA**

**Presidente
Salva Voto**

MANUEL S. URUETA

GABRIEL E. MENDOZA MARTELO

OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA**

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

Ref.: Expediente 7369
AUTORIDADES DISTRITALES
Actor: FERNANDO CARRIZOSA RASCH-
ISLA

El artículo 27.4 de la Ley 142 estableció que en las ESP con aportes de entidades públicas, el control fiscal se aplicará a estos aportes y **«a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos»**.

Al aplicar esta norma, la Sala ha entendido que para vigilar los aportes es indispensable vigilar toda la gestión empresarial. Así, el control fiscal, que debía recaer sobre los actos y contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre los aportes, quedó extendido a todos los actos de la empresa.

Desde luego que no comparto esta decisión.

La Contraloría Distrital exigió al Gerente General de la Empresa de Energía de Bogotá ESP documentos *«relativos al estado de cartera, al estado de costos y gastos, a los informes de ejecución presupuestal, a la información sobre metas y objetivos y a la información operacional y estadística del segundo semestre de 1997, así como a la información sobre metas y objetivos y a la información operacional y estadística del primer semestre de 1998.»* A mi juicio, estos documentos no tienen relación directa, expresa y exclusiva con los aportes del Distrito Capital.

Podrá decirse que todos los actos de una sociedad tienen relación con los aportes de los socios en cuanto determinan los resultados del ejercicio; pero no todos tendrán relación directa, expresa y exclusiva con tales aportes.

En definitiva, siendo así que las ESP con aportes oficiales tienen un régimen especial de control fiscal, circunscrito a dichos aportes, la sentencia que antecede las sometió al régimen general aplicable a todas las personas que manejen recursos públicos.

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

Fecha ut supra