

**CONTROL FISCAL / EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS -
Participación accionaria de la Nación / REITERACION JURISPRUDENCIAL**

El control fiscal se encuentra definido constitucionalmente como una función pública radicada en cabeza de la Contraloría General y/o de las Contralorías Territoriales, mediante la cual se vigila la gestión fiscal de las entidades públicas o privadas que administren y manejen fondos o bienes de naturaleza pública. En consecuencia, el objeto de dicho control se dirige a confirmar que el uso dado al erario, se ajusta a los mejores criterios financieros, de gestión y de resultados. Se trata entonces de asegurar el buen uso y destino de los recursos públicos, tal y como lo dispuso el Constituyente en las voces del artículo 267 Superior. Ahora bien, dentro del cometido del Estado Social de Derecho como fórmula adoptada en la Constitución Política de 1991, se ha promovido que los particulares desarrollen actividades dirigidas al cumplimiento de los fines del Estado; en ese sentido, se ha habilitado al denominado sector privado para que preste servicios públicos domiciliarios. Consecuencia de ello, es menester reconocer que le asiste razón a la actora cuando afirma que la Ley 142 de 1994 constituye el régimen especial aplicable a empresas que se dedican a prestar servicios públicos; lo que no resulta admisible para la Sala, es la interpretación o el alcance que se quiere dar por la demandante al régimen especial dado por la Ley para dichas empresas en cuanto el control fiscal se refiere. Si como se dijo en líneas anteriores, la Constitución ordena que el control fiscal se adelante frente a entidades de cualquier naturaleza que administren y manejen fondos o bienes de naturaleza pública, no puede predicarse que las Empresas de Servicios Públicos se eximan del mismo cuando en ella se han invertido recursos de este tipo.

NOTA DE RELATORIA: Se citan las sentencias, Consejo de Estado, Sección Primera, del 15 de abril de 2004, Radicado 1999-00482, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Consejo de Estado, Sección Primera, del 06 de diciembre de 2007, Radicado 2002-00291, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO (E)

Bogotá, D.C., siete (7) de junio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000- 23-27-000-2008-00161- 01

Actor: ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S. A. E.S.P. – ELECTRICARIBE

Demandado: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Referencia: APELACION SENTENCIA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia del 7 de septiembre de 2010, mediante la cual el

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "A", negó las pretensiones de la demanda.

I. LA DEMANDA

II.

1.- Pretensiones

En ejercicio de la acción establecida en el artículo 85 del C.C.A., la Empresa de Servicios Públicos ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S. A. E.SP. - ELECTRICARIBE, pretende que se concedan las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA: Que se declare la nulidad de la Resolución Ordinaria No 01181 de 13 de septiembre de 2006 de la Oficina de Planeación de la Contraloría General de la República, lo mismo que la nulidad de la Resolución Ordinaria 02049 de 28 de diciembre de 2006 de la citada Oficina de Planeación que resolvió el recurso de reposición interpuesto por mi mandante contra la Resolución No. 01118 de 13 de septiembre de 2006 arriba citada e, igualmente, solicito se declare la nulidad de la Resolución Ordinaria No 01022 de 6 de septiembre de 2007, expedida por la Vicecontraloría General de la República, mediante la cual se confirma en todas sus partes la Resolución Ordinaria No. 01118 de 13 de septiembre de 2006, por medio la cual se fijó la tarifa de control fiscal para la vigencia fiscal del año 2006 a la Electrificadora del Caribe S. A. E. S. P., en cuantía de cuatrocientos cuarenta y un millones ciento treinta y cinco mil trescientos diez y nueve pesos (\$441.135.319) con cargo a recursos propios de Electricaribe.

SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior, se declare que mi mandante, Electrificadora del Caribe S. A. E. S. P. no es sujeto de control fiscal en los términos de la Ley 42 de 1993, el Decreto 267 de 2000 y demás normas aplicables y, en consecuencia, no está obligada a pagar la prestación económica contenida en el Artículo 1º de la parte resolutive de la Resolución No 01181 de 13 de septiembre de 2006 proferida por la Oficina de Planeación de la Contraloría General de la República, la misa que fue confirmada mediante Resoluciones

02049 de 28 de diciembre de 2006 y 02022 de 6 de septiembre de 2007, también proferidas por la Contraloría General de la República.

TERCERA: Que en el evento de que para (sic) la fecha de la sentencia que le ponga fin a este proceso mi mandante se hubiere visto forzada al pago de la Tarifa en cuestión, como consecuencia de las declaraciones anteriores e igualmente a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Contraloría General de la República o a la autoridad que corresponda, la restitución de la suma de dinero a que se refiere la pretensión primera de este capítulo, con su correspondiente actualización.

CUARTA: Que se ordene remitir copia de la sentencia que resuelva el presente proceso a la Dirección del Tesoro Nacional, a la Dirección General del Presupuesto Nacional y a la Contaduría General de la Nación, para lo de su competencia.

QUINTA: Que se condene a la entidad demandada a pagar las costas y gastos del presente proceso.”

b.- Hechos

Los hechos narrados en la demanda se sintetizan así:

La sociedad actora, es una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios de naturaleza privada, constituida mediante Escritura Pública No 2274, otorgada en la Notaría 45 del Círculo de Bogotá el día 6 de julio de 1998. Dicha sociedad, se encuentra conformada por un 88% del capital correspondiente a particulares, y un 12% restante correspondiente al Estado, lo que implica que su naturaleza sea de carácter privado según lo dispone el artículo 14.15 de la Ley 142 de 1994.

Mediante Resolución Ordinaria No 01118 de 13 de septiembre de 2006, la Oficina de Planeación de la Contraloría General de la República resolvió fijar la tarifa de control fiscal a cargo de la empresa demandante, por un valor de \$441.135.319.00, decisión administrativa que fue impugnada mediante los recursos de reposición y apelación respectivamente desatados por las Resoluciones Nos. 02049 de 28 de diciembre de 2006 y 01022 de 6 de septiembre de 2007, confirmando en todas sus partes el acto objeto de los recursos.

c.- Normas violadas y concepto de la violación

La sociedad demandante, considera que con la expedición de los actos acusados se desconocieron los artículos 267 de la Constitución Política de Colombia; 31 y 32 de la Ley 142 de 1994; 76 de la Ley 143 de 1994; 2 y 3 de la Ley 42 de 1993, 4 de la Ley 106 de 1993 y 98 del Código de Comercio. Al concretar los cargos, la demandante expuso los siguientes argumentos:

Primer cargo: Régimen legal aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Señala que el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, dispone que la constitución y los actos de todas las empresas de servicios públicos domiciliarios se regirán por las reglas del derecho privado, inclusive cuando se trate de empresas de este tipo en que sean parte entidades públicas, sin importar el porcentaje de participación que estas tengan.

Por su parte, el artículo 31 de la misma norma prevé que los contratos que celebren las entidades del Estado que presten los servicios públicos domiciliarios, no estarán sujetos a las reglas de la contratación estatal.

Como consecuencia de lo anotado, concluye que las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios se rigen por lo señalado en la Ley 142 de 1994 y por las normas que le sean aplicables del Código de Comercio, en ese sentido, acude al

artículo 98 del Estatuto de Comercio para significar que cuando se constituye una sociedad, se conforma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, de manera que cuando uno de ellos realiza sus aportes correspondientes, se despoja de su titularidad para que entren a hacer parte del patrimonio de la persona jurídica.

Teniendo como fundamento el artículo 27 de la Ley 142 de 1994, indica que cuando la Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de cualquier orden participen en el capital de las empresas de Servicios Públicos, se someterán a las normas especiales, y los aportes que éstas hagan se registrarán por el derecho privado.

La Contraloría General de la República desconoce todas estas disposiciones legales cuando en la Resolución No. 02049, afirma que *“existen recursos públicos dentro de (sic) capital social de la empresa impugnante, y sobre ellos aplica el Control Fiscal Constitucional.”*, transegrediendo el principio de separación e independencia patrimonial que se presenta entre los accionistas y la sociedad.

Segundo cargo: El control fiscal y su marco normativo.

En este cargo, la actora señala que el control fiscal consagrado en el artículo 267 de la Constitución Política se aplica a la gestión fiscal de las entidades públicas y los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación, de manera que los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 42 de 1993 señalan el objeto del control y las personas y entidades sujetos al mismo ya sean del orden nacional o territorial, sin que pueda asegurarse que la entidad demandada se encuentra dentro de aquellas sujetas al control fiscal.

Para la demandante lo mismo se predica del artículo 4 del Decreto 267 del 2000, en el cual se relacionan los sujetos de vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, sin que en dicha relación, aparezcan las Empresas de Servicios Públicos de naturaleza privada; razón por la cual considera que se encuentra ajena al control fiscal que ejercen las entidades a cuyo cargo se encuentra dicha función.

Tercer cargo: La Empresa de Servicios Públicos no administra ni maneja bienes del Estado.

Consiste en advertir que ELECTRICARIBE no maneja ni administra bienes del Estado, la participación de éste se concreta en unas acciones que le representan derechos económicos y políticos.

Acude a jurisprudencia de esta Corporación, específicamente la sentencia proferida dentro del expediente 1141 el 10 de septiembre de 1998, en la que se resalta que el control fiscal se limitan únicamente a la participación que tenga el Estado dentro de la sociedad correspondiente ya que el susodicho control no puede extenderse a la persona jurídica, sino únicamente al aporte realizado por el Estado.

Cuarto cargo: La empresa ELECTRICARIBE S. A. E.S.P. no cumple funciones públicas.

Se soporta en que la jurisprudencia ha sido unívoca en señalar que la prestación de servicios públicos no es equiparable al ejercicio de función pública, de forma tal que si la empresa demandante no cumple funciones de ese talante, no se da la condición requerida en el numeral 12 del artículo 4 del Decreto 267 de 2000 para que un particular sea sujeto del control fiscal que realiza la Contraloría General de la República.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Contraloría General de la República, estando en el término para ello, contestó la demanda exponiendo los argumentos que se resumen a continuación:

De conformidad con el numeral 4 del artículo 268 de la Constitución y con el numeral 12 del Decreto 267 de 2000, la empresa ELECTRICARIBE S. A. E.S.P. se encuentra sujeta a control fiscal por parte de la Contraloría General, en tanto que es una persona jurídica de carácter privado que administra fondos o bienes de la Nación,

Según la revisoría fiscal de la propia empresa demandante, esta cuenta con un aporte del 2.81% del Ministerio de Hacienda, 2.14% de ECOPETROL, 1.08% de la Electrificadora de la Guajira en Liquidación, 2.45% de la Electrificadora del

Atlántico, 3.36% de otras empresas públicas y un 0.04% de empresas mixtas; razón suficiente para concluir que la empresa ELECTRICARIBE S. A. E.S.P. administra dineros públicos y en consecuencia es sujeto al control fiscal.

En cuanto el control fiscal que se adelanta específicamente en la Empresas Prestadoras de Servicios Públicos, cita la Ley 689 de 2001, que modificó el artículo 50 de la Ley 142 de 1994 y en la que se dijo que la empresas de este tipo que tengan participación estatal estarán sujetas al control fiscal, control que se sujetará a los aportes, actos y contratos que versen sobre las actividades del Estado que desarrolle o ejecute en su calidad de accionista, como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional en las sentencias C-167 de 1995, 1176 de 2004 y C-374 de 1995.

Seguidamente, realiza un recuento jurisprudencial de distintos pronunciamientos de esta Corporación, que confluyen en señalar que si bien les Empresas de Servicios Públicos tiene un régimen especial, ello no obsta para que escapen al control fiscal cuando tengan aportes o bienes estatales.

III. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia fechada el 11 de diciembre de 2009, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "A", negó las pretensiones de la demanda con fundamento en las razones que se pueden sintetizar de la siguiente manera:

Inicialmente hizo un extenso recorrido por las concepciones doctrinales del vocablo "parafiscalidad" como también de las normas que regulan el control fiscal. Delimitó el debate procesal al señalar que el problema jurídico planteado se circunscribe a la determinar la legalidad de la decisión tomada por la Contraloría General de la República, de fijar la tarifa de control fiscal a la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S. A. E.S.P.

Sostiene el Tribunal que el control fiscal es una función pública que encuentra su fundamento en el artículo 267 de la Constitución Política, función que se ejerce sobre la gestión fiscal de las entidades públicas y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación.

Frente al caso concreto, sostiene que se encuentra plenamente establecido que la empresa demandante es una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de carácter privado, cuyo capital social se encuentra conformado por un 88.12% de capital privado y un 11.88% de capital estatal.

Consideró el *a quo*, que siendo esa la composición de la empresa en cuestión, se encuentra sujeta al control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República y al pago de cuota de auditaje tal y como lo ordena el artículo 267 de la Carta.

Señala que a la luz del comentado artículo y de las disposiciones legales que rigen la materia, sin importar la cantidad de los aportes que se hagan de dineros públicos, la circunstancia misma de que se encuentren aportes oficiales, permite que se ejerza el control correspondiente sin que ello implique un desconocimiento de la autonomía e independencia de los empresarios, ya que se exige una dinámica que permita que la empresa desarrolle su objeto social y al mismo tiempo el control sobre los bienes del Estado.

En cuanto la determinación de la cuota de auditaje, remite a la sentencia de constitucionalidad C-1148 de 2001 y específicamente, exalta lo dicho por la Corte Constitucional en el sentido de señalar que la correspondiente cuota debe calcularse teniendo en cuenta exclusivamente los fondos o bienes de la Nación y no bienes de los particulares.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

En primer término expresa que el fallo recurrido omite hacer una interpretación del artículo 267 de la Constitución Política, en la medida que si bien esa norma es el fundamento del control fiscal, no es menos cierto que su ejercicio, en cuanto a particulares se refiere, se limita a que estos manejen fondos o bienes de la Nación.

Para la actora no puede decirse que la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S. A. E.S.P., maneja o administra fondos de la Nación en la medida que sus recursos son propios tal y como se desprende de los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, y 76 de la Ley 143 de 1994.

Del mismo modo, asegura que el fallo se fundamenta equivocadamente en el artículo 2 de la Ley 42 de 1993 que determina los sujetos de control fiscal, para la demandante ese artículo no incluye dentro de los sujetos a empresas del tipo de ELECTROCARIBE, ya que no integran la rama ejecutiva en el sector descentralizado.

Reitera que la empresa demandante es de carácter privado, y estando regulada por el derecho privado se somete a lo ordenado por el Código de Comercio que en el artículo 98 claramente separa y diferencia a la persona jurídica de sus socios individualmente considerados, siendo irrelevante que el Estado sea socio, de manera que cuando éste efectúa un aporte a una empresa de servicios públicos privada, los aportes pasan a ser un bien privado que ingresa al patrimonio de la empresa.

Vuelve a hacer hincapié en la diferencia entre la prestación de servicios públicos y el ejercicio de función pública, para concluir que el numeral 12 del artículo 4 del Decreto 267 de 2000, dispone que los particulares que cumplen funciones públicas y administran o manejan fondos de la nación son sujetos de control fiscal, condiciones que, reitera el apelante, no se presentan en cuanto a ella se refieren.

Recalca una posible omisión del fallo de primera instancia, en la medida en que el Tribunal cita el artículo 50 de la Ley 142 de 1994 para reconocer que el mismo permite el control fiscal sobre los aportes que sean propiedad del Estado, sin advertir que la misma norma exonera que dicho control no se hará sobre la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes, estando en tiempo para alegar de conclusión reiteraron los argumentos expuestos tanto en el recurso de apelación, como en la contestación de la demanda respectivamente.

VI.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado ante esta Corporación no rindió concepto en este proceso.

VII. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

.- El Problema jurídico a resolver.

Teniendo en cuenta el contenido de la decisión impugnada y los argumentos de los que se vale la actora en el recurso de apelación que convoca a la Sala, a esta le corresponde resolver en el presente asunto el siguiente problema jurídico:

Las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios de naturaleza privada, en las cuales tenga participación accionaria la Nación o una entidad pública, son sujetas al control fiscal que realiza la Contraloría General de la República?

.-Consideraciones y Fundamentos

El control fiscal se encuentra definido constitucionalmente como una función pública radicada en cabeza de la Contraloría General y/o de las Contralorías Territoriales, mediante la cual se vigila la gestión fiscal de las entidades públicas o privadas que administren y manejen fondos o bienes de naturaleza pública.¹

En consecuencia, el objeto de dicho control se dirige a confirmar que el uso dado

¹Constitución Política de Colombia. “Artículo 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá 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. (...)”

al erario, se ajusta a los mejores criterios financieros, de gestión y de resultados. Se trata entonces de asegurar el buen uso y destino de los recursos públicos, tal y como lo dispuso el Constituyente en las voces del artículo 267 Superior.

Ahora bien, dentro del cometido del Estado Social de Derecho como fórmula adoptada en la Constitución Política de 1991, se ha promovido que los particulares desarrollen actividades dirigidas al cumplimiento de los fines del Estado; en ese sentido, se ha habilitado al denominado sector privado para que preste servicios públicos domiciliarios.

Consecuencia de ello, es menester reconocer que le asiste razón a la actora cuando afirma que la Ley 142 de 1994 constituye el régimen especial aplicable a empresas que se dedican a prestar servicios públicos; lo que no resulta admisible para la Sala, es la interpretación o el alcance que se quiere dar por la demandante al régimen especial dado por la Ley para dichas empresas en cuanto el control fiscal se refiere.

Si como se dijo en líneas anteriores, la Constitución ordena que el control fiscal se adelante frente a entidades de cualquier naturaleza que administren y manejen fondos o bienes de naturaleza pública, no puede predicarse que las Empresas de Servicios Públicos se eximan del mismo cuando en ella se han invertido recursos de este tipo.

En efecto, el elemento predominante y decisivo para determinar si una entidad se encuentra sujeta al control fiscal, es que haya recibido para su gestión o administración bienes o fondos del Estado, afirmación que no resulta novedosa en la medida que ha sido reiterada en distintas ocasiones por esta Sección, siendo pertinente traer a colación el pronunciamiento que en ese sentido manifestó:

“En lo tocante al argumento del actor, referente a que CODENSA no maneja o administra bienes o fondos públicos, como quiera que esta Corporación en la precitada sentencia de 21 de noviembre dedicó un capítulo especial al control fiscal en las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y la situación jurídica de sus bienes, la Sala se remite a lo allí expresado, para reiterarlo. Esta norma (artículo 14 de la Ley 142 de 1994) es de carácter especial para las ESP en cuyo capital exista participación estatal, y las califica como «*privadas*» cuando la participación sea inferior al 50%, o «*mixtas*», si supera este porcentaje. Según se aduce en la contestación de la demanda por la Contraloría Distrital, aspecto que no ha

sido desvirtuado, la Empresa de Energía de Bogotá, que inicialmente fue establecimiento público y luego empresa industrial y comercial del orden territorial, tiene el 51%, en las acciones de EMGESA. Siendo ello así, el patrimonio de ésta sí está conformado por recursos públicos, de ahí que pueda ser sujeto de control fiscal. De igual manera, es oportuno resaltar que la Sala en sentencia de 7 de junio de 2001 (Expediente núm. 6508) actora: Contraloría Distrital de Bogotá, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), concluyó lo siguiente acerca de si tal entidad podía o no ejercer control fiscal a CODENSA: "...las empresas de servicios públicos están sometidas a la vigilancia de la respectiva Contraloría... es la propia Constitución (artículo 267) la que dispone que el control fiscal es una función pública que ejercen las Contralorías, respecto de la gestión fiscal de la Administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, control que es de carácter posterior y selectivo y que incluye el ejercicio de un control financiero...". "... la Ley 142 de 1994 en su artículo 27.4 dispone que 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, y que 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 respectiva...". En este caso, en la demanda (folio 62 del cuaderno principal), se señala como accionista de CODENSA a la "EEB" con un número de acciones ordinarias de 102.164.227, lo que quiere decir que dentro del patrimonio de aquélla sí hay recursos públicos, lo que la hace sujeto pasivo de la vigilancia de la Contraloría Distrital."²

Como se desprende de la línea jurisprudencial dada por la Sala, la naturaleza de los fondos o bienes públicos que ingresen a las Empresas de Servicios Públicos no pierden su naturaleza pública, aún más, en gracia de esta, es que el artículo 27.4 de la Ley 142 de 1994, consagra que la Contraloría ejerza control fiscal a las mencionadas empresas en lo que a dichos bienes públicos se refiere.

Lo anterior enerva el criterio de la demandante según el cual los bienes públicos aportados a una empresa como ELECTRICARIBE mutan para convertirse en privados; tesis que riñe con lo consagrado en el prenombrado artículo 27. 4 y con lo establecido en el artículo 50 de la misma Ley, modificado por el artículo 5 de la Ley 689 de 2001 que a la letra reza:

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente No. 1999-00482. 15 de abril de 2004. C. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martello.

“El control de las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal se ejercerá sobre los aportes y los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista.”

En este punto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido prolija, y en ella se ha dicho:

“En relación con el tema referente al control fiscal de la Contraloría, al cual se encuentran sometidas las empresas de servicios públicos, existe abundante jurisprudencia, la cual resulta pertinente traer a colación en este caso. En sentencia de 7 de junio de 2001 (Expediente 6508, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), esta Corporación precisó, y ahora lo reitera, que la Ley 142 de 1994 en su artículo 27.4, dispone que los aportes oficiales en las empresas de servicios públicos, los derechos que ellos confieren sobre el resto del patrimonio y los dividendos que puedan corresponderles, son bienes de la Nación, de las entidades territoriales, o de las entidades descentralizadas, y por ello 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 respectiva. De igual manera, el texto de los artículos 21 a 23 de la Ley 42 de 1993 es diáfano en establecer la vigilancia de la gestión fiscal en las sociedades de economía mixta. La Corte Constitucional en sentencia C-1191 de 2000, en la cual declaró inexecutable el artículo 37 del Decreto 266 de 2000, precisó: Por otra parte, el Congreso de la República al expedir la Ley 142 de 1994, que establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, determinó en su artículo 27.4, que 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 ellas confieren sobre el resto del patrimonio y los dividendos que les puedan corresponder. Así mismo, consagró en el precepto normativo citado, que a esos 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 y de las Contralorías departamentales y municipales, lo cual significa, que los recursos públicos no se sustraen del control fiscal por el solo hecho de integrar el patrimonio social de una empresa de servicios públicos.”³

Vale decir, que cuando una entidad privada cuenta entre su patrimonio con aportes provenientes del erario, debe ser controlada fiscalmente a razón de

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. expediente No 2002-00291. 6 de diciembre de 2007. actor; ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S. A. E.S.P. C. P. Marco Antonio Velilla Moreno.

verificar si la gestión fiscal que se adelanta, protege los intereses públicos representados en los bienes invertidos en ella; todo esto en orden a cumplir la función de control fiscal encargada constitucional y legalmente a las Contralorías.

Sumado a lo dicho, también existe un criterio unificado en materia constitucional que va en el mismo orden del dictado en la jurisprudencia de esta Corporación, al efecto, la Corte Constitucional ha sostenido:

“La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que el control fiscal tiene por objeto la protección del patrimonio de la Nación, y por lo tanto recae sobre una entidad, bien pública, privada o mixta, cuando ella recaude, administre o invierta fondos públicos a fin de que se cumplan los objetivos señalados en la Constitución Política. Por ello, el elemento que permite establecer si una entidad o un organismo de carácter privado se encuentra sometido al control fiscal de las contralorías, lo constituye el hecho de haber recibido bienes o fondos de la Nación, según así quedó determinado por el constituyente quién quiso que "...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".⁴

Estando plenamente establecido que el actuar de la entidad demandada se apegó a las disposiciones que la facultan para ejercer control fiscal, la Sala confirmará la sentencia del Tribunal en la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

Por 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:

Primero.- CONFIRMAR la sentencia apelada.

Segundo.- Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-290 de 2002. M. P. Clara Inés Vargas H.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de 7 de junio de 2012.

MARÍA ELIZABETH GONZÁLEZ GARCÍA
ANTONIO VELILLA MORENO

MARCO

Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO