



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 1141 de 1998 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Radicación 1141 septiembre 10 de 1998

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Control Fiscal sobre Actos y Contratos / EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS MIXTAS - Naturaleza

El artículo 27.4 de la ley 142 de 1994 regula, de modo especial, la procedencia del control fiscal integral sobre estas empresas, que prevé la misma ley 142 sobre ellas (arts. 50 y 51). La ley 142 de 1994 no crea una limitación o restricción a la función de control fiscal sobre las empresas de servicios públicos, mixtas o privadas. Por el contrario, su aplicación debe ser complementaria, concurrente y armónica con las disposiciones generales de regulación de la función del control fiscal, contenidas en la ley 42 de 1993, toda vez que ambas leyes reflejan el sistema integral de control de los bienes y recursos públicos, independientemente del sujeto que los maneje o administre. Se trata de una modalidad de control selectivo. El régimen aplicable es el especial de la ley 142, pero los vacíos que se presenten en su aplicación deben tratarse, en lo pertinente, de conformidad con la ley 42 de 1993; es decir, ésta tiene una aplicación supletoria. La ley determina el alcance de la función del control fiscal sobre las sociedades de economía mixta y sobre las sociedades diferentes a éstas, como son las empresas de servicios públicos, estableciendo que la evaluación de la gestión empresarial debe permitir determinar la conformidad del manejo de los recursos con los principios a los que está sometido. Los resultados del control fiscal están limitados únicamente a la participación estatal, de manera que la ley tiene en cuenta la conformación de una persona jurídica independiente de los aportantes, como quiera que los fines de la vigilancia fiscal no pueden proyectarse sobre la sociedad con participación estatal sino, se reitera, sobre el aporte entregado. La vigilancia fiscal en las empresas de servicios públicos, mixtas o privadas, recae sobre los resultados de la gestión empresarial, con el fin de determinar si el manejo de los bienes constituidos por las acciones correspondientes al aporte de capital, y los derechos que ellas otorgan sobre el patrimonio y los dividendos, están acorde con los principios a los que se sujeta su administración, inspirados en el art. 267 de la Constitución Política. Habrá control selectivo sobre las acciones aportadas al capital y sobre los derechos inherentes al patrimonio y a los dividendos, sobre los actos y contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos. Las empresas de servicios públicos mixtos constituyen una nueva categoría especial de personas jurídicas, distintas de las sociedades de economía mixta reguladas por las disposiciones generales que tienen origen en la reforma constitucional de 1968. Las primeras son autorizadas por el legislador con fundamento en la competencia que la Constitución le otorga para establecer el régimen jurídico al que están sometidos los servicios públicos. El hecho de que el legislador, en ejercicio de su capacidad normativa para establecer el régimen de los servicios públicos, haya determinado que los aportes efectuados a las empresas de servicios públicos, por la Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo, se rigen por el derecho privado, no les hace perder a esos aportes o participaciones su naturaleza pública, y en cuanto tales la procedencia del ejercicio de la función pública de control fiscal sobre ellos. Autorizada su publicación el 9 de octubre de 1998. NOTA DE RELATORIA: La Sala hace referencia a la consulta No. 848 de 1996, sobre el Control Fiscal del Banco de la República. De la misma forma la Sala se remite al pronunciamiento de la Corte Constitucional, en sentencia C - 065 de 1997, que declara la exequibilidad condicionada de los artículos 21 y 22 de la Ley 42 de 1993.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Radicación número N. 1141

Actor : MINISTERIO DEL INTERIOR

Referencia: Empresas de servicios públicos domiciliarios. Control fiscal sobre sus actos y contratos.

El señor Ministro del Interior, por solicitud del Contralor del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, formula a la Sala la siguiente consulta sobre el ejercicio de la función de control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios:

Concepto Sala de Consulta C.E. 1141 de 1998 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

"1. ¿Cuál es el alcance de la disposición contenida en el artículo 27.4 de la ley 142 de 1994, según el cual " A tales bienes, y a los actos y 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?

2. ¿Lo anterior significa que la ley 142 de 1994 creó una limitación o restricción al ejercicio del control fiscal concebido en la Constitución Política y en la ley 42 de 1993, la cual de ser procedente prevalecería sobre el ordenamiento que desarrolla con especificidad el mandato constitucional del control fiscal como es la ley 42 de 1993?

3. ¿Es viable jurídicamente limitar el campo de acción del control fiscal argumentando para el efecto, que el mismo debe recaer sobre los actos y contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre los aportes estatales, los derechos que ellos confieren sobre el resto del patrimonio y los correspondientes dividendos en tratándose de sociedades de economía mixta, en que el aporte o participación privada y los aportes estatales se han fusionado para convertirse en capital societario distinto del de los socios individualmente considerados?

4. ¿En armonía con lo anterior cuáles son los actos y contratos objeto de fiscalización y cuáles no?

5. ¿Cuál es el alcance de la disposición contenida en el artículo 21 de la ley 42 de 1993 y su homóloga contenida en el artículo 109 del decreto 1421 de 1993, según el cual "Los resultados obtenidos tendrán efecto únicamente respecto del aporte estatal o distrital", referida a la vigilancia de la gestión fiscal de las sociedades de economía mixta?

6. ¿Puede afirmarse que existen dos categorías distintas de sociedades de economía mixta, las creadas con ocasión del decreto 1050 de 1968 y las regidas por la ley 142 de 1994?

7. ¿La preceptiva a que hace relación el artículo 27.7 de la ley 142 de 1993 en virtud de la cual "Los aportes efectuados por la Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo a las empresas de servicios públicos, se registrarán en un todo por las normas del derecho privado", implica exclusión del control fiscal?"

I. CONSIDERACIONES:

1. Régimen de control fiscal. La Constitución Política de 1991 estructura el control fiscal como una función pública que tiene por objeto vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares, o de entidades que manejan fondos o bienes de la Nación; para su ejercicio se han concebido unos órganos de control, autónomos e independientes, que colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado (arts. 113, 117, 119 y 267). El ordenamiento jurídico utiliza tanto el criterio subjetivo para someter al control fiscal a la administración, como el criterio objetivo o material para comprender en la vigilancia la realización de cualquier forma de gestión fiscal, en la medida en que ésta repercute en las finanzas públicas, independientemente de la calidad del sujeto que maneje los recursos y de la especie de éstos.

La Sala se ha pronunciado sobre el particular, al afirmar la procedencia del control fiscal sobre el Banco de la República. Señaló:

"1.1. Gestión Fiscal. Gestión significa: acción y efecto de gestionar o de administrar. Gestionar es hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera. Administrar tiene, entre otras

acepciones, la de "ordenar, disponer, organizar en especial la hacienda o los bienes". Fiscal es lo que se refiere al fisco y por éste se entiende lo relativo al erario, al tesoro público o la hacienda pública.

Hacienda pública, según el diccionario jurídico de Cabanellas, es el

"cúmulo o conjunto de bienes del Estado, muebles e inmuebles, rentas, impuestos y demás ingresos, destinados a la satisfacción de las necesidades públicas y al progreso nacional".

Con fundamento en la idea generalmente aceptada de que el fisco o erario está integrado por los bienes o fondos públicos, cualquiera sea su origen, la Corte Constitucional señala en relación con el concepto de gestión fiscal, los siguientes criterios:

"... el concepto de gestión fiscal alude a la administración o manejo de tales bienes, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición.

Consiguientemente, la vigilancia de la gestión fiscal se endereza a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración (Ley 42 de 1993, arts. 8º a 13 º)". (Sentencia C-529/93).

Gestión fiscal es, entonces, el conjunto de actividades económico jurídicas relacionadas con la adquisición, conservación, explotación, enajenación, consumo, o disposición de los bienes del Estado, así como la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines de éste y realizadas por los órganos o entidades de naturaleza jurídica pública o por personas naturales o jurídicas de carácter privado. Dentro del género de entidades públicas queda comprendido el Banco de la República". (Consulta No. 848 de 1996).

Adicionalmente, prevé la Constitución en el artículo 267:

"(...)

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. ...

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

La nueva Carta Política introdujo una importante modificación respecto del control fiscal pues se eliminó el control previo de la Contraloría, para adoptar la forma de control posterior y selectivo. "De esta manera, el control tradicional de la Contraloría (numérico-legal) cambia ahora su énfasis, para concentrarse en un control de evaluación de los resultados globales de la gestión administrativa".

En el nivel territorial la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías corresponde a éstas, teniendo los respectivos contralores, en el ámbito de su jurisdicción, las mismas funciones que se le atribuyen al Contralor General de la República por el artículo 268 del ordenamiento superior.

Este esquema constitucional se complementa con las disposiciones legales a las cuales la Carta defiere el tratamiento y precisión de algunas materias, contenidas especialmente en la ley 42 de 1993 mediante la cual se regulan los principios, sistemas y procedimientos de control fiscal financiero, los organismos que ejercen el control en los órdenes nacional, departamental y municipal y los procedimientos aplicables.

En relación con el control fiscal en las sociedades de economía mixta, y en las entidades diferentes a éstas según regulación del decreto 130 de 1976, disponen los artículos 21 y 22 de la ley 42 de 1993:

"Art. 21. La vigilancia de la gestión fiscal en las sociedades de economía mixta se hará teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital social, evaluando la gestión empresarial de tal forma que permita determinar que el manejo de los recursos públicos se realice de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 8o. de la presente ley. Los resultados obtenidos tendrán efecto únicamente en lo referente al aporte estatal.

Parágrafo 1o. En las sociedades distintas a las de economía mixta en que el Estado participe la vigilancia fiscal se hará de acuerdo con lo previsto en este artículo.

Parágrafo 2o. La Contraloría General de la República establecerá los procedimientos que se deberán aplicar en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo."

"Art. 22. La vigilancia fiscal en las entidades de que trata el decreto 130 de 1976, diferentes a las de economía mixta, se hará teniendo en cuenta si se trata de aporte o participación del Estado. En el primer caso se limitará la vigilancia hasta la entrega del aporte, en el segundo se aplicará lo previsto en el artículo anterior."

El decreto 130 de 1976 trata de las Sociedades de Economía Mixta de carácter nacional, de la constitución de sociedades entre entidades públicas, de las Corporaciones y Fundaciones de participación mixta y de las Asociaciones entre entidades públicas, lo que permite determinar, en sentido estricto, cómo debe concebirse la vigilancia fiscal en sociedades y entidades distintas de las de economía mixta, es decir, con base en los artículos 21 y 22 citados.

A manera de precisión se advierte que el artículo 6º del referido decreto 130, sobre corporaciones y fundaciones de participación mixta, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional según sentencia C-372 de 1994.

Deben diferenciarse dos regímenes de control en la materia: uno aplicable a las sociedades de economía mixta y a otras sociedades distintas a éstas, en que el Estado participe, a las que se refiere el parágrafo 1o. del artículo 21 citado; un segundo régimen, para las entidades de que trata el decreto ley 130 de 1976, diferentes de las sociedades de economía mixta, según prevé el artículo 22 de la ley 42. Cuando estos preceptos remiten a sociedades diferentes a las sociedades de economía mixta, al tenor del decreto ley 130 de 1976, se hace referencia a las sociedades o a las asociaciones entre entidades públicas, conformadas exclusivamente con la participación de personas jurídicas públicas.

Las Empresas de Servicios Públicos a las que se refiere el artículo 14 (ítems 14.5, 14.6, 14.7) comportan una categoría nueva de sociedades de

Economía Mixta, con un régimen de control fiscal especial, como se analizará más adelante.

Sobre aportes del Estado, y la vigilancia de ellos, ha señalado la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad condicionada de la norma:

"10- Conforme a lo anterior, la Corte considera que en relación con las entidades en las cuáles el Estado entrega dineros o recursos bajo forma de participación, esto es, para que éstos se incorporen al capital social, no se puede efectuar ninguna objeción constitucional ya que, conforme al propio artículo demandado, esas entidades quedan sometidas al control fiscal consagrado para las sociedades de economía mixta. Sin embargo, la norma bajo examen podría vulnerar la Carta en relación con los aportes, pues parece establecer que en tal evento existe un límite temporal al ejercicio del control fiscal. A ello se refiere la disposición cuando dice que "en el primer caso se limitará la vigilancia hasta la entrega del aporte", expresión que puede razonablemente entenderse como un límite temporal al control fiscal. En efecto, si el legislador no hubiera querido imponer un límite temporal sino otro de carácter cuantitativo, hubiera dicho que la vigilancia se limitaría hasta el monto del aporte. Pero al expresarse de la forma en que lo hizo, la norma pareciera establecer un lapso, un espacio de tiempo dentro del cual se debe ejercer la función de control de la gestión fiscal, pues ésta sólo llegaría hasta el momento de la entrega de los aportes.

Si el sentido de la norma fuese el anterior, esta Corporación considera que el precepto sería lesivo de los principios de rango constitucional que informan el ejercicio del control fiscal. En efecto, si la fiscalización sólo llega hasta el momento en que se hace el aporte, se imposibilita el control posterior de resultados de la gestión, que es inherente a la labor contralora, y que recae no sólo sobre la administración sino incluso sobre los particulares que manejan fondos públicos. De igual manera se afecta la facultad constitucional del Contralor de exigir informes sobre la gestión fiscal, y de establecer responsabilidades en torno a la misma, toda vez que estas facultades, por la naturaleza de las cosas, sólo se pueden ejercer con posterioridad a la actuación. De tal manera que si el control fiscal sólo llega hasta la entrega de los bienes o fondos estatales y no se prolonga más allá en el tiempo, no cubre el término mismo de la gestión propiamente dicha, y mucho menos el tiempo posterior a ella.

¿ el precepto acusado mantiene una eficacia normativa específica, ya que establece y posibilita, hacia el futuro, una diferencia de control entre los aportes y las participaciones del Estado en distintas entidades.

Así, una entidad que recibe aportes pero no participaciones -esto es, donde el Estado entrega recursos para proyectos pero no se convierte en asociado- queda, en general, sometida a una vigilancia fiscal sobre un contrato. En cambio, las entidades que reciben participaciones y en donde el Estado es miembro, se caracterizan porque la vigilancia fiscal se ejerce de manera directa sobre la entidad. Esta diferencia de tratamiento legal tiene sentido, pues sin afectar el alcance mismo del control fiscal, permite un control diferenciado de aquellos casos en que el Estado se asocia, de aquellos otros en donde simplemente aporta a proyectos específicos, por medio de contratos. En efecto, en estos últimos eventos, no parece lo más adecuado que el control recaiga sobre la entidad misma ya que se debe respetar su autonomía, por lo cual parece razonable que exista únicamente una vigilancia sobre el manejo específico del aporte estatal, y para ello es suficiente el control sobre el contrato. Esto muestra que no sólo la norma acusada mantiene un cierto efecto normativo sino que la diferencia para efectos de control fiscal que ella establece entre aporte y participación no es institucional, por lo cual no había por qué excluirla del ordenamiento". (Sentencia C-065 de 1997).

Es diferente, entonces, el tratamiento legal de la función de control, según se trate de participaciones del Estado en el capital social de distintas formas societarias, o de aportes. En la primera forma la vigilancia de la gestión fiscal comprende la evaluación de la actividad empresarial con el fin de establecer la observancia de los principios de legalidad, eficiencia, oportunidad, entre otros. En la segunda, la vigilancia se refiere al manejo específico de los recursos.

Ahora bien, tratándose de sociedades distintas de las de economía mixta es clara la remisión a la modalidad de control prevista en el artículo 21 de la ley 42 de 1994, en la cual se expresa que "los resultados obtenidos tendrán efecto únicamente en lo referente al aporte estatal". Debe señalarse que idéntica disposición se encuentra prevista en el decreto 1421 de 1993, aplicable al Distrito Capital. Por tanto no existe duda de interpretación, por tener igual contenido jurídico.

1. 2. Empresas de servicios públicos y control fiscal. La Constitución Política de 1991 establece un principio ontológico de nuestra organización institucional, al calificar de inherentes a la finalidad social del Estado los servicios públicos, señalándole a éste el deber de "asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional", para lo cual le atribuye la regulación, control, vigilancia y la capacidad de intervención en ellos (arts. 1o., 334, 365 y 370).

Establece, así mismo, que el régimen jurídico será el que determine la ley, pudiendo ser prestados " por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares " (arts. 150 - 23 y 365), de modo que, por una parte se reserva al legislador la competencia para regularlos y, por otra, se abre desde la más alta jerarquía normativa la posibilidad de que los agentes económicos privados presten servicios, ya no solamente como instrumento indirecto del Estado, sino como parte del ejercicio del derecho a la libertad económica y a la iniciativa privada, incluso en condiciones de libre competencia en beneficio de una prestación eficiente (art. 333).

En desarrollo de tales competencias legislativas, el Congreso ha expedido varias regulaciones de los servicios públicos domiciliarios, en especial las leyes 142 y 143 de 1994, 226 de 1995 y 286 de 1996; establece en la primera de ellas, con la fuerza jurídica propia de la ley especial, las distintas clases de empresas de servicios públicos (art. 14.5., 14. 6, 14.7 y 17-parágrafo 1), a saber:

Empresa de servicios públicos oficial. En su capital social la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquéllas o éstas tienen el 100% de los aportes.

Empresa de servicios públicos mixta. En su capital social la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquéllas o éstas, tienen aportes iguales o superiores al 50%.

Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales, que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas previstas para los particulares.

Empresa industrial y comercial del Estado. Se trata de la forma adoptada por entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no optaron porque su capital estuviera representado en acciones.

Se advierte cómo se adopta aquí un criterio legal distinto al utilizado, por ejemplo, en el régimen de contratación de las entidades estatales, en el que se tipifica como sociedades de economía mixta aquellas en las que el Estado tenga una participación superior al 50% (ley 80 de 1993, art. 2o., numeral 1o, letra a-), o al contenido en la ley comercial, en la que se califica de sociedad de economía mixta a todas las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado (Código de Comercio, art. 461), sin perjuicio de que la proporción del aporte estatal al capital de la persona jurídica tenga consecuencias frente al régimen jurídico aplicable.

Ello trae como consecuencia, frente a la legislación de servicios públicos, que sólo se tengan como empresas mixtas a aquellas con participación igual o superior al 50% y como privadas a todas aquellas en las que la participación particular sea mayoritaria. Por contraste, en la legislación general se habla de sociedades de economía mixta independientemente de la proporción del capital estatal; así mismo, no se tiene como empresa privada a aquellas sociedades donde la participación estatal exista, así ésta sea minoritaria.

Como puede apreciarse, la ley 142 de 1994 establece unas categorías especiales de personas jurídicas, frente a las normas generales de las personas jurídicas públicas. Esas nuevas categorías tienen una regulación también especial, de aplicación preferente, pues se trata de empresas de servicios públicos domiciliarios, con disposiciones ya no sólo aplicables a la naturaleza de la persona jurídica, sino referentes a su régimen jurídico, como pasa a analizarse a continuación.

En efecto, determina que las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones, salvo los casos de las entidades descentralizadas que hayan optado por ser empresas industriales y comerciales del Estado, siguiendo las reglas de transformación previstas en la ley; sin embargo, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, es el previsto en la ley de servicios públicos (ley 142/94, art. 17; ley 286/96 art. 2o.). Su objeto está definido por disposición legal: "la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica esta ley, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa" (art. 18); su denominación, duración, régimen de aportes (objeto, avalúo, pago); emisión y colocación de acciones y otras materias entre las que está una remisión genérica a las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas (art. 19).

En materia de actos, por ejemplo, se dispone que salvo cuando la Constitución o la ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en la ley 142 citada se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, inclusive las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce (art. 32).

Así mismo, establece que 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 normas especiales (art. 27), entre ellas que los aportes efectuados por éstas se rigen por el derecho privado; y la siguiente disposición que es, por lo demás, objeto de consulta:

"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.

(...)."

El precepto transcrito califica como un bien de las entidades públicas señaladas las participaciones o aportes que hagan a las empresas de servicios públicos para conformar su capital, al igual que los derechos que confieren sobre el resto de los haberes de la persona jurídica y los dividendos a que puedan tener derecho, y en cuanto tales, es decir, en la medida en que se trata de bienes públicos, ratifica las consecuencias propias de la naturaleza pública de esos bienes, en particular el consecuente ejercicio de la función de control fiscal sobre ellos. Debe entenderse que es sobre éstos y no sobre bienes específicos que hayan sido aportados; complementariamente, sobre los actos o contratos que,

con las características señaladas, versen sobre los mismos.

Dicha precisión sobre el alcance de la función de control fiscal, particularmente sobre unos bienes públicos (aportes estatales al capital) y sobre los actos y contratos relacionados con ellos, no significa de modo alguno limitación o restricción al ejercicio de esa función de control por tratarse de empresas de servicios públicos, porque la misma ley 142 de 1994 prevé su procedencia, ya sea por las contralorías o por empresas contratadas para el efecto, en cuyo caso debe incluir el ejercicio de un control financiero, de gestión, de legalidad y de resultados (art. 50), al igual que cuando establece la posibilidad de que las entidades oficiales que presten servicios públicos queden eximidas de tener auditoría externa, independientemente del control interno y fiscal, cuando demuestren que estos controles, "del que son objeto", satisfacen a cabalidad los requerimientos de un control eficiente (art. 51), en armonía con la concepción integral de la función constitucional de control fiscal.

En síntesis, esta disposición especial tiene por objeto regular expresamente la procedencia del control fiscal sobre unos bienes estatales en particular y sobre los actos y contratos relacionados con ellos, y por tanto no se opone ni excluye la aplicación de las disposiciones generales, constitucionales y legales sobre el ejercicio de la función pública de vigilancia de la gestión fiscal del Estado o de particulares que manejen bienes o recursos públicos, por tener todos ellos efectos en las finanzas públicas, independientemente de que sean manejados o administrados por entidades u órganos del Estado o por particulares. Más aún, son preceptos de aplicación concurrente y complementaria, en particular con el artículo 21 de la ley 42 de 1993, aplicable a las participaciones en sociedades distintas a las de economía mixta las cuales se rigen, en cuanto a la modalidad de control fiscal, por las mismas normas a que se someten las sociedades de economía mixta en las que el Estado realice participaciones, vale decir aportes a su capital, y no simplemente a través de activos, contratos u otra forma de participación empresarial.

Debe tenerse presente que el anterior es el fundamento jurídico de la procedencia del control fiscal sobre las empresas mixtas de servicios públicos. No por tratarse de sociedades de economía mixta, pues como ya se analizó aquellas empresas constituyen una nueva categoría de personas jurídicas, diferenciadas de las sociedades de economía mixta reguladas por el decreto 1050 de 1968, el decreto 130 de 1976 y el Código de Comercio (art. 461).

II. SE RESPONDE:

1. El artículo 27.4 de la ley 142 de 1994 regula, de modo especial, la procedencia del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios. Debe entenderse que se ejerce en relación con las acciones representativas del aporte al capital, que otorgan derechos sobre el patrimonio y sobre los dividendos que puedan corresponderle, sin perjuicio de la procedencia del control fiscal integral sobre estas empresas, que prevé la misma ley 142 sobre ellas (arts. 50 y 51).

2. La ley 142 de 1994 no crea una limitación o restricción a la función de control fiscal sobre las empresas de servicios públicos, mixtas o privadas. Por el contrario, su aplicación debe ser complementaria, concurrente y armónica con las disposiciones generales de regulación de la función del control fiscal, contenidas en la ley 42 de 1993, toda vez que ambas leyes reflejan el sistema integral de control de los bienes y recursos públicos, independientemente del sujeto que los maneje o administre. Se trata de una modalidad de control selectivo. El régimen aplicable es el especial de la ley 142, pero los vacíos que se presenten en su aplicación deben tratarse, en lo pertinente, de conformidad con la ley 42 de 1993; es decir, ésta tiene una aplicación supletoria.

3. y 5. La ley determina el alcance de la función del control fiscal sobre las sociedades de economía mixta y sobre las sociedades diferentes a éstas, como son las empresas de servicios públicos, estableciendo que la evaluación de la gestión empresarial debe permitir determinar la conformidad del manejo de los recursos con los principios a los que está sometido. Los resultados del control fiscal están limitados únicamente a la participación estatal, de manera que la ley tiene en cuenta la conformación de una persona jurídica independiente de los aportantes, como quiera que los fines de la vigilancia fiscal no pueden proyectarse sobre la sociedad con participación estatal sino, se reitera, sobre el aporte entregado.

4. La vigilancia fiscal en las empresas de servicios públicos, mixtas o privadas, recae sobre los resultados de la gestión empresarial, con el fin de determinar si el manejo de los bienes constituidos por las acciones correspondientes al aporte de capital, y los derechos que ellas otorgan sobre el patrimonio y los dividendos, están acordes con los principios a los que se sujeta su administración, inspirados en el artículo 267 de la Constitución Política. Habrá control selectivo sobre las acciones aportadas al capital y sobre los derechos inherentes al patrimonio y a los dividendos, sobre los actos y contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos.

6. Las empresas de servicios públicos mixtas constituyen una nueva categoría especial de personas jurídicas, distintas de las sociedades de economía mixta reguladas por las disposiciones generales que tienen origen en la reforma constitucional de 1968. Las primeras son autorizadas por el legislador con fundamento en la competencia que la Constitución le otorga para establecer el régimen jurídico al que están sometidos los servicios públicos.

El hecho de que el legislador, en ejercicio de su capacidad normativa para establecer el régimen de los servicios públicos, haya determinado que los aportes efectuados a las empresas de servicios públicos, por la Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de

cualquier nivel administrativo, se rigen por el derecho privado, no les hace perder a esos aportes o participaciones su naturaleza pública, y en cuanto tales la procedencia del ejercicio de la función pública de control fiscal sobre ellos.

Transcribese al señor Ministro del Interior. Igualmente envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

AUGUSTO TREJOS JARAMILLO ☐ ☐ JAVIER HENAO HIDRON

Presidente de la Sala ☐ ☐ ☐ ☐ ☐

CESAR HOYOS SALAZAR ☐ ☐ ☐ LUIS CAMILO OSORIO ISAZA

ELIZABETH CASTRO REYES

Secretaria de la Sala

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 05:25:51