

Aspectos conceptuales en torno al control fiscal sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios

URIEL ALBERTO AMAYA OLAYA

Uno de los aspectos que mayor controversia jurídica ha presentado en el ejercicio de la función pública del control fiscal, es justamente el relativo a su aplicación sobre las empresas de servicios públicos mixtas y privadas con participación pública. Tal desconcierto hermenéutico se ha derivado, entre otros factores, por la ausencia de claridad institucional por parte de las contralorías, en relación con la justificación jurídica para determinar el alcance de dicho control, así como de las ambigüedades jurisprudenciales que han rodeado el tema, particularmente las surgidas en las distintas sentencias que sobre el punto ha emitido la Corte Constitucional.

Para efectos de su estudio y análisis, la problemática anunciada la podemos circunscribir en varios escenarios sustanciales: el primero, correspondiente a que las referidas empresas sí son sujetos del control fiscal; y el segundo a la determinación de cuál es el alcance de dicho control, proponiendo los ámbitos sobre los cuales debe recaer, todo ello desde la perspectiva jurídico-técnica del mismo. Por lo anterior, nos enmarcaremos en una lectura referencial de la jurisprudencia, con las glosas necesarias

que nos permitan consolidar las tesis jurídicas que a nuestro juicio explican adecuadamente la *sindéresis* resolutoria que se formulará como opinión doctrinaria.

Ahora bien, el planteamiento se presentará ceñido al campo estricto del control fiscal –aspectos jurídicos y técnicos–, bajo unas tesis que, partiendo de la lógica propia de dicha tipología de control, deslindan y circunscriben los límites y modalidades aplicables del mismo, así como el objeto específico sobre el cual debe recaer, razón ésta que lo desvía de ponderar otros aspectos teóricos que pueden justificar -o no- la presencia de este control sobre tales empresas, pero en escenarios de discusión distintos, cuya órbita de apreciación pertenece a otros contextos. Me refiero a las profundas disputas que se surten sobre la naturaleza jurídica de los servicios públicos domiciliarios; a la protección del usuario en términos de función administrativa o por vía de la protección de los derechos fundamentales entre particulares; al alcance de la intervención estatal en las áreas de regulación, vigilancia y control, por solo mencionar algunas cuestiones que amplifican la visión temática sobre la materia, pero que desbor-

dan el objeto del esbozo específico que aquí se traza¹.

I. EL CONCEPTO DE *GESTIÓN FISCAL*:
*TIPICIDAD ADMINISTRATIVA*² QUE
 DELIMITA EL EJERCICIO DEL CONTROL
 FISCAL EN LAS EMPRESAS DE SERVICIOS
 PÚBLICOS MIXTAS Y PRIVADAS CON
 PARTICIPACIÓN PÚBLICA.

La Carta Política asignó a la Contraloría General de la República, como Órgano de Control en la estructura del Estado, un fundamento misional consistente en ejercer *vigilancia*, a través de la función pública del *control fiscal*, sobre la *gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación*, según lo dispone el primer inciso del artículo 267 superior³.

Ahora bien, el concepto de *gestión fiscal* goza de demarcación por vía jurisprudencial, así como la propia finalidad del control en ese entorno:

La gestión fiscal, según la Corte Constitucional, es el

“concepto que 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 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 periodo determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración”⁴.

Si bien la ley reglamentaria del control fiscal, Ley 42 de 1993, no hace una definición ni delimita el alcance de aquel concepto de abolengo constitucional, la Ley 610 de 2000⁵ sí lo hace —aunque para otros efectos, y con las apostillas críticas que sobre él se han producido⁶—, enunciando algunos de los verbos rectores que cualifican dicha actividad, así:

“Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales”.

Sin embargo, resulta necesario deslindar el alcance de dicho concepto, cuando tales recursos públicos ingresan a conformar un capital societario, pues allí el ámbito de la *gestión* adquiere unos rasgos que le otorgan al concepto una fisonomía distinta, generando a su vez unas implicaciones de corrección material al propio control, también disímiles.

En efecto, la determinación conceptual del concepto de *gestión fiscal*, como elemento típico que predetermina la presencia del control, permite estructurar un *factor objetivo* con el fin de establecer la competencia para su ejercicio por parte del órgano de control, con independencia del *factor subjetivo* (es decir, de la naturaleza jurídica del ente sobre el cual recae), pero la lectura que se propone —apegada a la dogmática del control fiscal—, apunta a la cualificación técnica y jurídica del *alcance* de ese *factor objetivo*, partiendo de las condiciones intrínsecas que lo fundamentan, para determinar con certeza en qué *grado* procede, y cuáles los *sistemas* y *principios* aplicables para tales efectos.

Con este enfoque, a nuestro juicio, se aborda de manera correcta el problema, a diferencia de los planteamientos tradicionales⁷ que se tratan en dirimir si debe existir o no el control fiscal sobre tales empresas⁸, cuando la perspectiva para avocar la discusión es distinta: sobre la base de la existencia *objetiva* de la competencia para ejercer el control fiscal (esto es, la presencia de *gestión fiscal* sobre patrimonio público), con independencia del sujeto o entidad (pública o privada) sobre el cual recae (*unidad de análisis*), se debe determinar cuál es el *grado* de aplicación de ese control, y en qué medida operan integralmente los *sistemas* y *principios* del control fiscal. Y justamente en esta configuración de la hipótesis, la naturaleza propia de la *gestión fiscal*, aunada al carácter *subjetivo* del ente al cual ingresan los recursos o bienes públicos, sí es un factor decisivo para vislumbrar la solución correcta al problema planteado, todo ello desde la dimensión jurídico-técnica sustancial del control fiscal —se repite con pertinencia—.

Así las cosas, está claro que los particulares son sujetos de control fiscal cuando

administran bienes, recursos o fondos públicos, pero sólo en cuanto a la *gestión fiscal* que sobre ellos se produzca. Lo anterior indica que dicha vigilancia será integral si el objeto funcional o contractual del particular es exclusivamente el de administrar tales recursos⁹, y será parcial —limitada a la *gestión fiscal*—, cuando los recursos públicos ingresan como aportes al capital social de una empresa, dentro de la cual opera un concepto de mayor amplitud genérica, alusivo a la *gestión empresarial*.

Sin embargo, aún en este evento, el modo de operar el control varía, pues, de conformidad con la Ley 42 de 1993, si se trata de particulares que manejan fondos o bienes del Estado la vigilancia tiene por finalidad *verificar* que se cumplan los *objetivos dispuestos por la administración* (art. 8.º, inc. 2.º), con lo cual se deduce que el sistema de control que allí opera es, ante todo, el *control de resultados* (art. 13); y si se trata de entidades y organismos públicos, dado que el objeto del control lo constituye la *administración integral* del patrimonio de esas entidades y organismos, la vigilancia debe realizarse de tal modo que “*permita evaluar el conjunto de la gestión y sus resultados*”, según lo asienta la propia ley en su artículo²⁰.

De este modo, deben observarse de manera distinta las dos dinámicas de la gestión que rodean a las empresas de servicios públicos mixtas y privadas con participación estatal: la *fiscal*, propiamente dicha: es decir aquella que alude al proceso de toma de decisiones mediante la cual los servidores públicos resuelven invertir tales recursos para que ingresen al capital social, así como las decisiones que en calidad de socio asuman y que puedan redundar en el beneficio o demérito de la inversión; y de otro lado, la *gestión empresarial*: en cuanto al

conjunto de decisiones estratégicas de dirección y gerencia que afectan la totalidad de la empresa, considerada como un todo.

II. ALCANCE DEL CONTROL FISCAL EN EL ÁMBITO DE LA GESTIÓN EN LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTAS Y PRIVADAS CON PARTICIPACIÓN PÚBLICA

Según se ha dicho, la *gestión fiscal* se circunscribe a los actos de disposición de la inversión de los recursos públicos en el capital social empresarial (empresas de servicios públicos mixtas o privadas con participación estatal), así como aquellos que representan una actividad de los agentes públicos dentro de la sociedad, en términos de disposición y de decisión dentro del marco de las políticas de la empresa. Por tal razón, la gestión empresarial de la sociedad, *per se*, no podrá ser objeto del control fiscal de manera integral, sino limitado a aquellas actividades que correspondan exclusivamente a la *gestión fiscal* producida por los gestores públicos, y sólo en relación con tales actos.

Es decir, bajo el entendido propuesto, el control fiscal opera respecto no de las empresas como tales (*unidad de análisis*), sino en relación con la *gestión fiscal* que se produce sobre los recursos públicos invertidos en el capital social de las mismas.

Obsérvese que respecto de las sociedades de economía mixta, la Ley 42 de 1993 prescribe que la vigilancia se hará teniendo en cuenta la *participación* del Estado en el capital social, evaluando la "gestión empresarial", y que los resultados de dicha vigilancia tendrán efecto "únicamente en lo referente al aporte estatal" (art. 21). Como se observa, el legislador afrontó el mismo problema que aquí se discute, y prefirió –

en fórmula ambigua y constitucionalmente dudosa-, ampliar el control fiscal no a la *gestión fiscal*, sino a la *gestión empresarial*, pero reduciendo los efectos de dicha evaluación "únicamente en lo referente al aporte estatal", circunstancia que además del cuestionamiento jurídico esbozado, es técnicamente impropia.

Entonces, por la vía señalada en la Ley 42 (evaluación de la "gestión empresarial"), se ejerce control fiscal no sólo sobre la gestión fiscal (la que versa sobre los recursos públicos) sino también sobre la gestión de la inversión privada, lo que quebranta la Constitución, pues desde sus propios contenidos ella limita el referido control a la gestión o administración de los recursos públicos. En definitiva, en materia de control fiscal a las sociedades de economía mixta se les termina dando el mismo tratamiento que a las entidades públicas¹⁰.

Además –aceptando en gracia de discusión el planteamiento evaluativo que trasciende el límite de la *gestión fiscal*–, la norma no establece cuáles sistemas y principios operan para calificar la "gestión empresarial". *V.gr.* ¿se puede medir el principio de *equidad* (efectividad externa de la gestión), en términos de *impacto social*, cuando la finalidad empresarial es la de producir riqueza económica?

Pues bien, retomando el planteamiento esbozado respecto de las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas y privadas con participación pública, el control fiscal sólo puede recaer sobre *algunos* actos parciales de la empresa (y no sobre su conjunto), que permitan dilucidar al órgano de control la *gestión fiscal* producida en el contexto empresarial, y en ese campo delimitado –y como otra variable consecencial–, sólo podrán operar *aquellos* sistemas de

control *técnicamente* viables para predeterminar dicha gestión.

Ahora bien, bajo la anterior hipótesis se podría argüir en contra que se estaría planteando una inadecuada limitación al ejercicio del control fiscal, máxime si existen recursos públicos invertidos. Sin embargo, la inquietud se resuelve —se insiste, bajo la estricta representación constitucional que estructura la función del control fiscal—, acotando que el control fiscal integral sigue aplicando plenamente a la entidad pública, y a los actos de sus gestores, cuyos recursos participan en la empresa como aportes societarios, pues es allí en donde dicho control opera plenamente, incluyendo por supuesto la revisión completa de los actos de disposición, o en todo caso de decisión que lleven a cabo en defensa de la adecuada dirección estratégica de la referida empresa, en su calidad de socios, se reitera. Pero no es a la empresa como tal, pues el recurso público aportado ingresa a conformar un capital complejo, el cual adquiere, por la propia naturaleza jurídica de la empresa, un carácter distinto, y dada la perspectiva empresarial, desde el punto de vista de la gestión, una escala de eficacia y eficiencia igualmente diversa. El control fiscal debe recaer exclusivamente sobre la gestión fiscal producida sobre el patrimonio público, y esa gestión se refleja en la actividad desplegada sobre ese patrimonio por parte de los agentes públicos que han decidido la inversión, pues son ellos quienes tienen la *disponibilidad jurídica* sobre el mismo, y no los agentes rectores de la empresa comercial. En ésta última, el control sólo puede intervenir para verificar los actos y documentos que en forma exclusiva reflejen aquella actividad de los gestores fiscales tanto en los procesos de planeación que orientaron la

inversión de los recursos estatales en ella, como en su comportamiento como representantes del socio público.

Este enfoque no sólo permite *delimitar* jurídicamente el campo de gestión sobre el cual recae el control, sino a su vez *garantizar* su *legitimidad* en términos normativos, y *otorgar validez* a los modos de intervención técnica del mismo (aplicación de los sistemas y principios, incluyendo la rendición de cuentas, e incluso a circunscribir las eventuales responsabilidades patrimoniales que puedan surgir en dicha administración empresarial (que incluye la contingente *responsabilidad fiscal*, si se trata de un ámbito de gestión de esa naturaleza).

III. LAS UNIDADES DE ANÁLISIS SOBRE LAS CUALES RECAE EL CONTROL FISCAL, Y SU TIPOLOGÍA SISTÉMICA APLICABLE EN DICHO SUPUESTO

Según se acaba de advertir, el control fiscal recae sobre la *gestión fiscal* que se produzca sobre los recursos públicos invertidos en la sociedad, lo cual significa que no reincide sobre la propia gestión empresarial, como se ha replicado.

En la sentencia C-065 de 1997, proferida por la Corte Constitucional, se reconoce explícitamente el distinto modo en que opera el control fiscal respecto de la gestión de los recursos públicos que ingresan al capital de una persona jurídica (participación), en la que también concurre la inversión privada, de una parte y, de la otra, el modo en que se ejerce dicho control cuando se trata de la gestión, por particulares, de recursos públicos que no ingresan a un capital social (aporte), señalando como fundamento de dicha distinción el consistente en la autonomía que debe garantizársele a estos últimos¹¹.

Bajo los anteriores supuestos, se deben demarcar de manera específica sobre cuáles actos o actividades, como unidades de análisis, aplica el control fiscal, en primer lugar, y en segundo, cuáles sistemas de control se deben emplear, desde el punto de vista de su aptitud técnica.

En cuanto al primer enunciado, la normativa especial aplicable¹² corresponde al artículo 5.º de la Ley 689 de 2001. Dicha normativa debe verse a partir de los efectos condicionantes trazados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuya lectura correcta es, en definitiva, la consistente en que el control fiscal *en –no sobre–* las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal, se ejerce respecto de "*los aportes y los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista*" (*gestión fiscal*), y para efectos de su aplicación las contralorías tienen amplias facultades para examinar la documentación referente a los *aportes, actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado (gestión fiscal, se reitera)*, en dicha calidad o *respecto de los bienes de propiedad estatal*¹³.

En otras palabras, el artículo 27.4 de la Ley 142 de 1994

debe interpretarse en el sentido de que en las empresas de servicios públicos mixtas y privadas con participación estatal, los actos y contratos en él señalados son los que ejecute o celebre el socio estatal, no la empresa, de modo que, en definitiva, las mismas no son sujetos de control fiscal, pues el mismo no recae sobre sus actos y contratos o, lo que es lo mismo, sobre su gestión, sino sobre los del socio público. De esta manera, las empresas sólo tienen el deber de permitir el acceso a los documentos en los que conste la gestión del Estado en su calidad de accionista¹⁴.

De otra parte, ya definidos los ámbitos de intervención del control fiscal, es necesario precisar qué tipos de sistemas de control pueden operar de manera válida en ese campo de acción predeterminado.

En efecto, desarrollando el enunciado topológico constitucional¹⁵, la Ley 42 de 1993, en su artículo 9.º prescribe que

"Para el ejercicio del control fiscal se podrán aplicar sistemas de control como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno [...]".

Y el parágrafo de la misma disposición agrega:

"Otros sistemas de control, que impliquen mayor tecnología, eficiencia y seguridad, podrán ser adoptados por la Contraloría General de la República, mediante reglamento especial";

a lo cual le adiciona el artículo 19, conforme al cual, incluso se podrá recurrir a "cualquier otro sistema generalmente aceptado", prescripciones que, según se aprecia sin dificultad, tienen una dudosa ortografía constitucional¹⁶.

Dado, pues, el ámbito circunscrito sobre el cual opera el control fiscal en el plano de las empresas de servicios públicos mixtas y privadas con participación estatal, según se ha dicho (es decir, *los aportes y los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista*), tendríamos que precisar, en primer lugar, las hipótesis sustanciales en las cuales puede operar el control, para de allí delimitar la aplicación de los sistemas de control¹⁷ que para el efecto técnico correspondan. Ellas son las siguientes:

A. El control fiscal aplicable, por vía de los sistemas control, para *revisar y evaluar la documentación* referente a los *aportes, actos o contratos* que *versen* sobre las *gestiones* del Estado en calidad de socio.

En este primer evento, la Contraloría sólo tendría competencia funcional para solicitar y *acceder* a la documentación en la cual conste la existencia de los *aportes, actos o contratos* que *versen* sobre las *gestiones* del Estado (*gestión fiscal*), en su calidad de socio, como se ha precisado. Esta verificación documental le permitiría eso sí, ejercer el control fiscal integral (la totalidad de los sistemas y principios existentes) a la propia entidad pública de cuyo patrimonio surgen los capitales públicos aportados a la sociedad, el cual incluye la verificación de la correcta gestión fiscal de los agentes públicos en defensa de tales recursos, dentro del ámbito gerencial-empresarial de la sociedad en la cual se han invertido.

B. El control fiscal aplicable para verificar la gestión sobre bienes o recursos públicos que se gobiernan por fuera del componente societario y cuya administración directa está a cargo de la empresa.

En este caso, obsérvese que la situación es diametralmente opuesta a la primera, pues aquí el patrimonio estatal no ha ingresado a conformar el capital social a cambio de una participación del Estado en la sociedad, sino que se le transfiere a la empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios para que ésta los administre y aplique al objeto preconvenido, caso en el cual existe una *gestión fiscal* sobre tales recursos por parte de aquélla. Entonces, aquí sí le es aplicable a tal perímetro de administración cualificada, en cabeza de los agentes responsables de ella, la integralidad del control fiscal (*sistemas y principios*), circunstancia

que incluso la hace sujetos de la *rendición de cuentas* a la contraloría competente, pero eso sí —se redund—, sólo con respecto a tales recursos, y no sobre la gestión empresarial.

Es la situación que se presenta, para sólo citar un ejemplo, cuando la entidad pública, en uso de la previsión contenida en el artículo 87.9 de la Ley 142 de 1994, transfiere recursos a la empresa prestadora para que ésta los destine a la ejecución de obras de infraestructura con la condición de que su valor no se incluya en el cálculos de las tarifas que hayan de cobrarse a los usuarios de los estratos subsidiables. En este evento, la empresa prestadora adquiere la condición, en relación con esos recursos públicos, de *gestora fiscal*, operando el control fiscal con todos sus componentes y consecuencias, sin olvidar, en todo caso, que se trata de un control sobre la ejecución de un contrato, esto es, del que regula el aporte.

IV. LA APLICACIÓN DEL SICE A LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Bien conocidos son los múltiples desarreglos interpretativos que se originaron en la determinación y el alcance del régimen jurídico de los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, reglamentación que sucesivamente se produjo a través de las leyes 142 y 143 de 1994, 632 de 2000 y 689 de 2001.

Pues bien, a tales problemas de interpretación de la normatividad que disciplina la contratación de dichas empresas, se ha adherido una nueva inquietud, referida a la aplicación del SICE. En efecto, la Ley 598 de 2000, por iniciativa del Contralor General de la República, creó el Sistema de Informa-

ción para la Vigilancia de la Contratación Estatal (SICE)¹⁸, el cual está compuesto por el CUBS (Catálogo Único de Bienes y Servicios), y el RUPR (Registro Único de Precios de Referencia). El CUBS corresponde al conjunto de códigos, identificaciones y estandarizaciones, entre otros, de los bienes y servicios de uso común o de uso en obras que contratan las entidades estatales para garantizar la transparencia de la actividad contractual en cumplimiento de los fines estatales. El RUPR es el sistema en el cual los proveedores deben registrar los precios de los bienes y servicios de uso común o de uso en contratos de obra que estén en capacidad de ofrecer a la administración pública y a los particulares o entidades que manejen recursos públicos¹⁹.

El artículo 1.º de la citada ley, dispone:

“Créase para la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de *los particulares o entidades que manejan recursos públicos*, el Sistema de información para la vigilancia de la contratación estatal (SICE)...” (destacado nuestro).

La disposición reitera, por vía de la enunciación constitucional, que el ámbito de aplicación de la preceptiva es en relación con las personas o entidades (públicas o privadas), que ejerzan actividades de *gestión fiscal* sobre un patrimonio público, pues justamente la competencia funcional de las contralorías se circunscribe a la *vigilancia* de dicha tipología de gestión.

Ahora bien, ¿en cuales eventos sería aplicable tal preceptiva a las empresas de servicios públicos mixtas y privadas con participación pública?

Consecuencia inevitable del planteamiento que se ha venido esbozando, es la de que dicha preceptiva no es aplicable a las

empresas de servicios públicos mixtas o privadas con participación pública por el sólo hecho de que para la integración del capital social hayan concurrido bienes o fondos públicos. Como ya se dijo, cuando la inversión del capital público se hace a título de *participación* en el capital accionario, no se presenta en relación con dichos recursos gestión fiscal por parte de la sociedad, pues, según se ha reiterado, los mismos ingresan a conformar un capital societario, de modo que a partir de ese momento se transan por acciones; son tales acciones y no, a la vez, éstas y los fondos invertidos para adquirirlas, las que constituyen bienes públicos, cuya administración –gestión fiscal– se encuentra radicada en los servidores públicos competentes de la entidad pública titular de la participación.

Por el contrario, cuando el ente estatal realiza aportes que no entran a formar parte del capital social, allí sí surge una gestión fiscal sobre tales bienes por parte de la empresa, caso en el cual a los actos contractuales a través de los cuales disponga de dichos recursos les es aplicable de manera integral el sistema de información para la vigilancia de la contratación estatal, por tipificarse el supuesto de hecho de la prescripción normativa, esto es, “particulares o entidades que manejan recursos públicos”.

En fin, según se anunció al inicio de estas breves reflexiones, por años ha existido una gran incertidumbre jurídica en torno al tema analizado, circunstancia que ha afectado la consolidación de una lectura institucional acertada y eficaz en relación con la problemática, lo cual a su vez ha ocasionado un profundo retraso en la adopción de correctas definiciones normativas. Hoy en día, aprovechando el proyecto de ley presentado por el Contralor General de

la República para modificar la ley 42 de 1993, el cual cursa en el Congreso de la República, se debe aprovechar ese espacio natural de discusión democrática para discutir las distintas tesis argumentativas que existen sobre la materia, con el fin de consolidar el tan ansiado reglamento legal bajo una perspectiva jurídicamente sólida y políticamente plural.

- 1 Tampoco se pierde de vista que, en este contexto amplio de asunción de dicha problemática, en donde la teoría del control tiene un papel preponderante, dado que su postulación desde el ordenamiento constitucional responde no sólo a necesidades jurídicas y técnico-administrativas, sino también políticas, con un profundo arraigo en el concepto de democracia y su fórmula discursiva que transita por el cauce del modelo de Estado Social. Por lo tanto, la reflexión sobre el papel que cumple un modelo sistémico e integral de control fiscal dirigido hacia la gestión fiscal, necesariamente debe ser abordado con esa amplia visión analítica, la cual se agudiza aún más entratándose de su alcance respecto de las empresas de servicios públicos domiciliarios.
- 2 Según la aguda expresión de la Corte Constitucional, en la sentencia C-840 de 2001.
- 3 Cfr. URIEL ALBERTO AMAYA OLAYA. *Fundamentos constitucionales del control fiscal*, Bogotá, Umbral Ediciones, 1996, pp. 114 y ss.
- 4 Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 1993.
- 5 La Ley 610 de 2000, "Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías".
- 6 Cfr. URIEL ALBERTO AMAYA OLAYA. *Teoría de la responsabilidad fiscal –aspectos sustanciales y procesales–*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 163 y ss.
- 7 Cfr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO, HERNANDO PARRA NIETO, JORGE PINO RICCI y SANDRA MORELLI RICO. *El control fiscal respecto de las sociedades de economía mixta prestadoras de servicios públicos y organizadas por acciones*, Contraloría de Bogotá D. C., 1997.
- 8 Punto sobre el cual no hay dubitaciones dada la transparencia del texto constitucional que obliga a su ejercicio cuando se trata de la *gestión fiscal* sobre el *patrimonio público*, ya sea que dicha administración se produzca por

agentes o entes públicos o de naturaleza privada. Es decir, el carácter público de los bienes o fondos es el que hace surgir *objetivamente* el esquema de control fiscal. Cosa distinta es, bajo la premisa obvia de la competencia *objetiva*, la determinación –y aquí si hay matices– de la escala o grado en que aplica el control, así como de los sistemas y principios que lo estructuran, perspectiva esta que justamente es la que aquí se propone.

- 9 Tal será el caso de los contratistas cuando administran los anticipos; de los contratos de administración delegada, de fiducia pública y de concesión –en algunos eventos–, y en el caso de los agentes retenedores, por mencionar algunas hipótesis.
- 10 MYRIAM SERRANO GALVIS. "Las empresas de servicios públicos frente al control fiscal", en *Letras jurídicas*, editada por EEPF de Medellín, vol. 7, n.º 2, septiembre de 2002, p. 67.
- 11 *Ibíd.*, pp. 68 y 69. En dicho fallo, sin embargo, surgen serias inconsistencias conceptuales sobre el tema, las cuales han sido puestas de presentes por la doctrina citada, a la cual nos remitimos.
- 12 Que en un principio se hallaba contenida en la Ley 142 de 1994, régimen especial de control fiscal distinto al general regulado en la Ley 42 de 1993.
- 13 Para dilucidar las ambigüedades surgidas en torno a los distintos pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia, me remito al juicioso estudio de la colega MYRIAM SERRANO GALVIS en el artículo ya citado, en donde integralmente se analiza la problemática. Por advertir una situación más de las allí analizadas, en uno de aquellos antecedentes jurisprudenciales la Corte Constitucional, mediante sentencia C-1191 de 2000, declaró la inexequibilidad del artículo 37 del Decreto 266 de 2000, el cual regulaba el tema del control fiscal a las empresas de servicios públicos mixtas y privadas con participación estatal, sin notar que el mismo se expidió con base en las facultades extraordinarias de la Ley 573 de 2000, artículo 5.º, la cual a su vez había circunscrito ese límite material regulador a "suprimir o reformar las regulaciones, procedimientos y trámites sobre lo (sic) que versó el Decreto 1122 de 1999", reglamentación ésta que no existía al momento de expedirse la ley (22 de febrero de 2000), ya que había sido declarado inexecutable por la propia Corte Constitucional a partir de su promulgación, en la sentencia C-923 del 18 de noviembre de 1999. En otras palabras, cuando la Corte Constitucional, en la senten-

cia primeramente citada, declaró inexecutable el artículo 37 del Decreto 266, lo hizo por haber "excedido" las facultades reglamentarias contempladas en la Ley 573 –entre otros motivos–, cuando en realidad esas facultades se apoyaban en un decreto que había sido declarado inexecutable al momento de expedirse la ley habilitante –razón por la cual no existía supuesto material para expedir el Decreto 266–, tal y como lo señaló la misma Corte Constitucional en sentencia posterior. En efecto, en esta ocasión dijo la Corte: "Si el Decreto 1122 de 1999 había sido retirado del ordenamiento positivo por la Corte Constitucional con anterioridad a la expedición de la ley de habilitación legislativa (573/2000), mal podía el legislador ordinario tomarlo como referente para delimitar el ámbito material de las atribuciones dadas, pues al hacerlo convirtió las facultades extraordinarias, como ya se ha anotado, en imprecisas e indeterminadas, al no existir parámetro dentro del cual podía el Presidente de la República cumplir la tarea asignada, violando de esta manera el artículo 150-10 de la Constitución" (sentencia C-1316 de 2000).

14 *Ibíd.*, p. 87.

15 El inciso tercero del artículo 267 C. P. prevé que la "vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados", esto es, los *sistemas* de control fiscal, y agrega que dichos controles se fundan en la "eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de costos ambientales", esto es, los *principios* del control fiscal.

16 Dado que la propia Constitución dispone en el inciso del artículo 267 que el control fiscal, posterior y selectivo, se ejercerá "conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley" (destacado nuestro), con lo cual se excluye la competencia reglamentaria residual que la propia Constitución le otorga al Contralor General de la República para otras materias, en el numeral 12 del artículo 268.

17 La Ley 42 de 1993 define tales sistemas de control, así: "Art. 10.– El control financiero es el examen que se realiza, con base en las normas de auditoría de aceptación general, para establecer si los estados financieros de una entidad reflejan razonablemente el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera, comprobando que en la elaboración de los mismos y en las transacciones

y operaciones que los originaron, se observaron y cumplieron las normas prescritas por las autoridades competentes y los principios de contabilidad universalmente aceptados o prescritos por el contador general. Art. 11.– El control de legalidad es la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables. Art. 12.– El control de gestión es el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad. Art. 13.– El control de resultados es el examen que se realiza para establecer en que medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado. Art. 14.– La revisión de cuentas es el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones. Art. 15.– Para efecto de la presente ley se entiende por cuenta el informe acompañado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario".

18 De conformidad con los antecedentes legislativos de la ley, "el propósito fundamental del sistema es asegurar que las adquisiciones que realice el Estado se encuentren en un nivel de razonabilidad con los precios de referencia que posee el SICE, garantizando una contratación sin detrimento de sus recursos". *Cfr. Gaceta del Congreso* n.º 422 de 1998.

19 La ley otorgó facultades reglamentarias en estas materias del SICE al Contralor General de la República, atribuciones que a nuestro juicio son ostensiblemente inconstitucionales –tal y como se analizará en el capítulo subsiguiente–, pues no caben en las temáticas residuales de reglamentación que posee el Contralor por vía constitucional, y además son exclusivas de la ley, según lo regula la propia Constitución.