

Adpostal.

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar cite N.U.R: **216-3-8535**, 28/02/2002 04:09 p.m.
Trámite: 435 - SOLICITUD
S-6737 Actividad: 07 RESPUESTA, Folios: 10, Anexos: NO
Origen: 110 OFICINA JURIDICA
Destino: CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DE ARAUCA
Copia A: GERENCIAS SECCIONALES: 210 AUDITORIA DELEGADA

91

Bogotá D.C., 27 de febrero de 2002

OJ110

110 007.2002

Doctora
Edna del Carmen Benítez Casanova
CONTRALORA DEPARTAMENTAL
CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DE ARAUCA
Carrera 22 N° 18-32
Arauca, ARAUCA



Referencia: NUR-216-3-574/435/03
Concepto sobre la aplicación del artículo 17 de la Ley 716 de 2001.

Respetada doctora,

Esta dependencia ha recibido, a través del Gerente Seccional IV, doctor Horacio Cristancho Torres, la consulta del epígrafe. Al respecto, y en desarrollo de la actividad conceptual asignada a esta oficina, en consonancia con lo previsto en el artículo 25 del C.C.A, procede a efectuar las siguientes consideraciones, no sin antes advertir que existen una serie de dificultades hermenéuticas derivadas, talvez, de la adopción de una disposición en el periclitarse del trámite legislativo. Con el propósito de correr el velo de esas dudas, se ha considerado importante hacer un repaso de la normatividad que ha tratado el tema de cuotas de fiscalización, y los topes presupuestales de las contralorías, para lograr entender los alcances de la nueva regulación en cuanto atañe a los cuestionamientos formulados en su misiva. Corresponde a una interpretación sistemática de todo punto de vista pertinente para el caso *sub examine*.

1.- Ley 330 de de 1996

Esta ley, en su artículo 11 (derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000), fijaba el límite de las apropiaciones para gastos de funcionamiento de las Contralorías Departamentales, teniendo en cuenta la categoría, la cual se establecía según el valor del presupuesto de cada Departamento. Del mismo modo, en su artículo 13 (derogado por la norma antes citada), enunciaba los sujetos que debían efectuar el giro de tales apropiaciones y la oportunidad para hacerlo, cuando disponía:

Artículo 13.- (Derogado por la Ley 617 de 2000, Art. 96.) Recaudo de la cuota de vigilancia fiscal. Los departamentos, sus entidades

concepto 110.007.2002

13

descentralizadas y en general los sujetos de control fiscal girarán dentro de los cinco primeros días después de aprobado el PAC, directamente a las Contralorías las partidas asignadas en sus respectivos presupuestos. (Subraya fuera de texto)

La violación sin justa causa de lo preceptuado en este artículo, será considerada como falta grave para efectos de la aplicación de las normas disciplinarias.

Es decir, la norma comentada imponía a los sujetos de control fiscal la obligación de pagar una cuota de fiscalización, cuyo valor estaba determinado por el porcentaje previsto expresamente en ella, de acuerdo a las diferentes categorías presupuestales. En este punto es conveniente recordar que son sujetos de control fiscal, al tenor de lo previsto en artículo 2° de la Ley 42 de 1993, los siguientes:

[...] los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República.

Se entiende por administración nacional, para efectos de la presente ley, las entidades enumeradas en este artículo.

A su turno, el artículo 3° de la misma Ley, refiriéndose al nivel territorial establece expresamente quienes son sujetos de control fiscal en tal orden, como se lee a continuación:

Son sujetos de control fiscal en el orden territorial los organismos que integran la estructura de la administración departamental y municipal y las entidades de este orden enumeradas en el artículo anterior.

Para efectos de la presente ley se entiende por administración territorial las entidades a que hace referencia este artículo.

Así las cosas, y de conformidad con la clara definición que la citada ley hace de los sujetos de control fiscal y de los diferentes órdenes, podemos afirmar, sin temor a equívocos, que la Ley 330 de 1996, cuando establecía en su artículo 13 la oportunidad en que los sujetos de control fiscal debían girar las partidas asignadas en sus respectivos presupuestos a las Contralorías Departamentales, para gastos de las mismas, se refería a los organismos que integran la estructura de la administración departamental, determinando

sin ambigüedad alguna, los sujetos pasivos de la cuota y fijando su porcentaje.

En tal sentido conceptuó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado, cuando afirmó:

Es entonces cuando la ley 330 prescribe el recaudo de la cuota de vigilancia fiscal, a cargo de los departamentos, sus entidades descentralizadas y en general los sujetos de control fiscal, a todos los cuales impone la obligación de girar dentro de los primeros cinco días después de aprobado el programa anual mensualizado de caja, PAC, directamente a las contralorías las partidas asignadas en sus respectivos presupuestos (art. 13).

¿Cuáles son, para tales efectos, los sujetos de control fiscal? En tratándose de un tema circunscrito a las contralorías de las entidades territoriales denominadas departamentos, los sujetos de control fiscal no pueden ser todos los que se encuentran en el listado general a que se refiere el artículo 2o. de la ley 42 de 1993, atrás transcrito, sino los específicos a que alude el artículo 11 de la misma ley 330, o sea los departamentos, las entidades descentralizadas del nivel departamental - de régimen ordinario - y las áreas metropolitanas. (Subraya fuera de texto)¹

Y continúa afirmando:

De no existir un claro fundamento jurídico para el cobro de las cuotas por concepto de vigilancia fiscal, éstas no podrán exigirse ni recaudarse por las respectivas contralorías departamentales.²

También resulta oportuno anotar que aún antes de la expedición de la Ley 330 de 1996, el Consejo de Estado se había pronunciado en sentido similar. A modo de ilustración se puede traer a colación la manifestación realizada por la Sala de Consulta y Servicio Civil de Consejo de Estado, al responder una consulta sobre la facultad que tienen o no, las Asambleas Departamentales para autorizar a las Contralorías Departamentales el cobro de cuotas de auditaje a los municipios que no poseen sus propias contralorías, así.

El control fiscal de los municipios que no posean sus propias contralorías, debe entenderse que no tiene costo para los municipios, y que las Contralorías Departamentales deben asumir los costos con base en el porcentaje del presupuesto departamental a ellas destinado.

¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consulta 1171 de 1999, C.P. Dr. Javier Henao Hidrón

² Ib.

Mientras no exista ley que las autorice, las Asambleas Departamentales no pueden establecer o autorizar a las contralorías el cobro de auditaje a los municipios que no posean sus propias contralorías.³

2.- Ley 617 de 2000.

Guiada por un propósito de racionalización de los presupuestos territoriales, esta ley derogó lo pertinente a cuotas de fiscalización y recaudo de las mismas, regulado en la Ley 330 de 1996. En su lugar, determinó una nueva categorización presupuestal para los entes territoriales y un valor máximo de gastos de funcionamiento de los mismos, previendo un periodo de transición para efectuar el ajuste de dichos gastos.

Es así como, en el artículo 1° la mencionada Ley 617 establece la categorización presupuestal de los departamentos; en el artículo 4° fija el valor máximo de gastos de funcionamiento de los departamentos; en el artículo 5° prevé un periodo de transición (2001 a 2004) para efectuar el ajuste de gastos de funcionamiento de los departamentos; en el artículo 8° fija el valor máximo de gastos de funcionamiento de las asambleas y contralorías departamentales y, en el artículo 9°, prevé el mismo periodo de transición antes señalado, para efectuar el ajuste presupuestal de las contralorías departamentales, imponiendo, a su vez, la obligación para las entidades descentralizadas de orden departamental de pagar una cuota de fiscalización hasta del punto dos por ciento (0.2%) del monto de los ingresos ejecutados por la respectiva entidad en la vigencia anterior, excluidos los recursos de crédito, los ingresos por la venta de activos fijos y los activos, inversiones y rentas titularizados, así como el producto de los procesos de titularización. El último inciso del enunciado artículo 9° dispone:

[e]n todo caso, durante el período de transición los gastos de las Contralorías, sumadas las transferencias del nivel central y descentralizado, no podrán crecer en términos constantes en relación con el año anterior. A partir del año 2005 los gastos de las contralorías no podrán crecer por encima de la meta de inflación establecida por el Banco de la República. Para estos propósitos, el Secretario de Hacienda Departamental, o quien haga sus veces, establecerá los ajustes que proporcionalmente deberán hacer tanto el nivel central departamental como las entidades descentralizadas en los porcentajes y cuotas de auditaje establecidas en el presente artículo.

³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consulta 714 de 1995, C.P. Dr. Cesar Hoyos Salazar.

Así mismo, en el artículo 21 establece:

Creación y supresión de Contralorías distritales y municipales. Únicamente los municipios y distritos clasificados en categoría especial y primera y aquellos de segunda categoría que tengan más de cien mil (100.000) habitantes, podrán crear y organizar sus propias categorías.

Las contralorías de los municipios y distritos a que se refiere el inciso anterior deberán suprimirse cuando se establezca la incapacidad económica del municipio o distrito para financiar los gastos de funcionamiento del órgano de control fiscal, refrendada por la Contaduría General de la Nación.

Parágrafo. En los municipios o distritos en los cuales no haya Contraloría Municipal, la vigilancia de la gestión fiscal corresponderá a la respectiva Contraloría Departamental. En estos casos no podrá cobrarse cuota de fiscalización u otra modalidad de imposición similar a los municipios o distritos.

Todo lo anterior significa que, a partir de 2001, pagan cuotas de fiscalización a las Contralorías Departamentales los Departamentos y sus Entidades Descentralizadas, eximiendo a los demás entes vigilados de tal obligación y, de manera expresa, a los municipios y distritos. Es evidente que ocurre una restricción respecto a los sujetos pasivos obligados al pago de la cuota, pues la ley los limita a las Entidades Descentralizadas, siendo en este punto importante recordar cuáles son ellas. Al efecto el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, establece lo siguiente:

Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aún cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes

especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

Parágrafo 1°.- De conformidad con el inciso segundo de artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.

Armonizando estas normas con el artículo 2° de la Ley 42 de 1993, tenemos que los sujetos de control fiscal que de conformidad con la Ley 617 de 2000, no están en la obligación de pagar cuota de fiscalización a las contralorías departamentales son los particulares, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que manejen fondos o bienes del departamento, que no tengan el carácter ya relatado.

Cabe señalar que el porcentaje de gastos de funcionamiento de las contralorías se iba reduciendo anualmente durante el periodo de transición, convirtiéndose en permanente solamente a partir del último año del periodo de transición (2004), y de acuerdo a la categoría presupuestal de cada departamento; por el contrario, la cuota de fiscalización para las entidades descentralizadas se estableció en forma permanente, a partir de la vigencia de la ley, en un porcentaje de hasta un 0.2%, sin tener en cuenta la categoría presupuestal del respectivo departamento.

3.- El Proyecto de Ley 085 de 2000 y el texto aprobado.

El día 27 de septiembre de 2000 los Representantes a la Cámara Oscar Darío Pérez Pineda y Omar Armando Baquero Soler presentaron en la Secretaría de la Cámara de Representantes el Proyecto de Ley número 085, con su correspondiente exposición de motivos, proyecto cuyo fin era la expedición de normas para el saneamiento de la información contable en el sector público, procurando una mayor certeza de las cifras en que se basan los resultados de las finanzas públicas y en las que se sustentan las medidas de tipo económico, fiscal y de gestión de la administración. El proyecto contó con el aval de la Contraloría General de la República, de la Contaduría General de la Nación y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y después los debates y la aprobación en la Cámara de Representantes y el Senado de la República, se convirtió en la Ley 716 de 2001.

Cabe indicar que el proyecto inicial y aprobado en la Cámara de Representantes, no contenía el artículo 17 de la hoy Ley 716 de 2001, y solamente en debate de la Comisión Tercera del Senado de la República efectuado el 23 de octubre de 2001, el senador Orestes Zuluaga Salazar plantea la necesidad de incluir en el proyecto un artículo nuevo a través del cual se diera solución al problema que afrontaban las Contralorías Regionales generado por los ajustes en el gasto público ordenados en la Ley 617 de 2000, traducido en un déficit de personal que hacía materialmente imposible cumplir eficientemente con su función de fiscalización⁴. En sesión del 21 de noviembre de 2001 fue aprobado el proyecto con la adición del artículo propuesto y que en el texto definitivo de la Ley le correspondió el número 17, con la redacción, ya conocida, que dispone:

Artículo 17. El límite de gastos previstos en el artículo 9° de la Ley 617 de 2000 para el año 2001, seguirá en forma permanente, adicionando con las cuotas de auditaje de las empresas industriales y comerciales del Estado, áreas metropolitanas, empresas de servicios y sociedades de economía mixta. Los establecimientos públicos hacen parte del presupuesto del departamento.

De la lectura del artículo así como de la interpretación histórica del mismo, concordada con el texto de la ley que lo contiene, se desprende lo siguiente:

- a) Existe una primera proposición jurídica destinada a dar permanencia al límite de gasto previstos en el artículo 9° de la Ley 617 de 2000 para el año 2001.
- b) A esto se suman las cuotas de auditaje de las entidades mencionadas.
- c) Se aclara que los establecimientos públicos forman parte del presupuesto del departamento.
- d) La expresión “adicionado”, debe interpretarse como una suma respecto del límite de gastos, lo cual, de acuerdo con lo anterior no

⁴No puede pasarse por alto que la ley 716 de 2001 tiene un tema específico cual es el saneamiento de la información contable en el sector público, por tanto, el artículo 17 de la misma podría ir en contra del principio de unidad de materia, el cual exige que debe haber una relación material, objetiva, racional y evidente entre el asunto que regula y el articulado que lo desarrolla; aunque éste admite una interpretación plausible.

estarían incluidos en el mismo.

- e) La vigencia de la norma pues, si bien se indica que "seguirá en forma permanente", el artículo final dispone que las normas tendrán vigencia hasta el 31 de diciembre de los dos años siguientes a su publicación, y no existe exclusión expresa para ello, como si se hace para los artículos 10 a 16 de la Ley 716.

4. El caso en comento

De conformidad con los lineamientos indicados supra, en asocio con las disposiciones de la Ley 617 que siguen gobernando la materia, encontraríamos que se han conformado los elementos del tributo especial tal y como lo denomina la Corte Constitucional al expresar:

...la "tarifa de control fiscal" no está enmarcada dentro de los conceptos de "tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen" (inciso 2º del artículo 338 de la Constitución), tal como lo entiende el demandante, sino que corresponde a un tributo especial, derivado de la facultad impositiva del Estado (arts. 150, numeral 12, y 338 de la Carta). Y que es fijada individualmente a cada una de las entidades de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación (art. 267, inciso 1º de la Carta).⁵

En primer lugar, se extrae que el artículo 8º de la Ley 617 de 2000, sobre valor máximo de los gastos de las Asambleas y las Contralorías Departamentales, en lo que atañe a las contralorías, queda derogado. De otra parte y pese a expresar que adiciona las cuotas de auditaje de las empresas industriales y comerciales del Estado, áreas metropolitanas, empresas de servicios y sociedades de economía mixta, estas entidades están insitas en la expresión "entidades descentralizadas", utilizada por la Ley 617 de 2000. El único punto que no resulta del todo claro es la mención general que utiliza el artículo de empresas de servicios. No obstante, y acudiendo a la interpretación integral de las normas, esto es teniendo en cuenta no solo el contenido literal y estricto del artículo analizado, sino de todas las normas que rigen la materia, podemos entender que el legislador se refiere a las empresas de servicios públicos con aporte estatal y las demás entidades creadas por la ley u ordenanza, o con su autorización, cuyo objeto principal sea la prestación de servicios

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-1148 de 31 de octubre de 2001, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

públicos, sin perjuicio de la previsión respecto de los establecimientos públicos.

De este modo, siguiendo los lineamientos expresados por el Consejo de Estado en los conceptos referidos, serían las entidades descritas del orden departamental, las que son sujetos pasivos de la norma.

Ahora bien, en cuanto al porcentaje de la cuota, también encontramos una dificultad hermenéutica para determinar su monto, lo que exige indagar si la misma es insalvable o no tal y como se ha expresado la Corte Constitucional al afirmar:

Las leyes tributarias, como cualesquiera otras, puede suscitar variados problemas interpretativos en el momento de su ejecución y aplicación, lo cual no puede de suyo acarrear su inexequibilidad. Sin embargo, si éstos se tornan irresolubles, por la oscuridad invencible del texto legal que no hace posible encontrar una interpretación razonable sobre cuáles puedan en definitiva ser los elementos esenciales del tributo, se impone concluir que los mismos no fueron fijados y que, en consecuencia, la norma vulnera la Constitución. Toda persona está obligada a pagar los tributos que la ley le imponga, pero la ley no puede exigirlos si ella no atina a decir - en general - quién lo debe hacer y por qué.⁶

Dentro del criterio sistemático aplicado, es del caso señalar que el artículo 17 recoge la normatividad prevista en el artículo 9º de la Ley 617, que es precisamente el que señala el monto máximo de la cuota (hasta el 0.2%) Es de indicar que entre el artículo 9º de la Ley 617 y el 17 de la Ley 716 no hay pugna absoluta. Existen, eso sí, posiciones a cerca de los sujetos y el límite de gastos al cual se "adiciona" la cuota de auditaje, correspondiendo lo anterior al propósito de fortalecer financieramente las contralorías departamentales.

Con fundamento en lo anterior podemos colegir, en relación con la Empresa de Servicios Públicos de Arauca EMSERPA E.S.P., que si bien es cierto, se trata de una entidad descentralizada, por corresponder al orden municipal no sería sujeto pasivo de la cuota de fiscalización para con la Contraloría Departamental, pues, acorde con lo indicado, debe entenderse que las entidades descentralizadas a que hace referencia el citado artículo, son las del orden departamental. En otras palabras, la norma en estudio no es aplicable al caso consultado, como lo han expresado las altas cortes, según se ha observado en algunas de las sentencias citadas y los conceptos aludidos.

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 235 de junio 7 de 1995, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

Como la pregunta contiene una hipótesis autónoma que puede ser analizada de manera independiente a su premisa, vale decir, la existencia de un límite de gastos, esta dependencia en virtud de lo hasta ahora afirmado, considera que una de las modificaciones sustanciales introducidas por la Ley 716 consiste en "adicionar" al límite de gastos previsto en la Ley 617 para el año 2001 (es decir, especial 2.2%, 1ª 2.7%, 2ª 3.2%, 3ª y 4ª 3.7%) la cuota de auditaje a la cual se ha hecho referencia sin las limitaciones contenidas en el parágrafo del artículo 9º. Es factible que se supere ese límite y de esta manera se fortalezcan los recursos destinados al control fiscal tal y como se desprende de la norma en comento.

Como corolario, vale la pena hacer notar que el carácter permanente que la norma analizada quiere imprimir al límite de gastos señalados para las contralorías departamentales, se convierte en transitorio cuando la misma ley fija su vigencia hasta el 31 de diciembre de los dos años siguientes a la fecha su publicación, es decir hasta el 31 de diciembre 2003, teniendo en cuenta que la publicación se efectuó el 29 de diciembre de 2001. Ahora bien, como se indicó, la estructura de este artículo admite que la cuota de fiscalización se adicione al límite de gastos, pero sólo hasta el 31 de diciembre de 2003, a salvo que se expidan legislaciones posteriores.

Confiando en que su inquietud ha quedado resuelta, me suscribo

Cordialmente,

Original Firmado Por:
Juan Fernando Romero Tobón
JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN

C.C. Auditoría Delegada
Gerentes Seccionales