



14

SIA 2014000267

10-07.15
Buenaventura, abril 11 de 2014

CONTRALORIA DISTRITAL DE BUENAVENTURA	
F/Enviado:	2014/04/22 11:06:50 AM
Asunto:	SOLICITUD DE CONCEPTO COBRO CUOTA DE FISCALIZACION.
Destino:	DRA. LAURA EMILCE MARULANDA TOBON.
Remite:	DIRECCIONAMIENTO ESTRATEGICO DESPACHO CONTRALOR CONTRALORIA DISTRITAL BUENAVENTURA
No Folia:	2 Cte Para respuesta este Numero 9825

Doctora
LAURA EMILCE MARULANDA TOBON
Auditora General de la República
Bogotá D.C



Rad No 2014-233-002367-2

Fecha 23/04/2014 10:16:59 Us Rad. RFRONDON
Asunto : REF. SOLICITUD DE CONCEPTO COBRO CUOTA DE FISCALIZACION
Destino : / Rem CIU CONTRALORIA DISTRITAL DE
www.orfeogpl.org - Sistema de Gestión

ASUNTO: SOLICITUD DE CONCEPTO COBRO CUOTA DE FISCALIZACION.

Respetada Señora Auditora General:

Habida consideración que el artículo 2º de la ley 42 de 1993 señala que: "Son sujetos de Control fiscal los órganos que integran la rama 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 tipo de organización o sociedad que maneje recursos del estado en lo relacionado con estos y el Banco de la Republica".

Con base en lo anterior la Contraloría Distrital a mi cargo, profirió la resolución No 050 de enero 16 de 2014, por medio de la cual se incluye como sujeto de Control a la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, Sociedad esta que es de economía mixta y en la cual el estado nación a través del Ministerio del Transporte tiene una participación accionaria del 2% mientras que el Distrito de Buenaventura una participación del 15%.

Por su parte la ley 617 del 2000, establece en el parágrafo del artículo 11 que: " las entidades descentralizadas del orden distrital o municipal deberán pagar una cuota de fiscalización hasta del punto cuatro por ciento (0.4%), calculado sobre el 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".

Handwritten notes:
23/04/14
11:04
Gonzalez
4:50

23 ABR. 2014

Handwritten: 6 Junio / 14

Handwritten: 23 Abril 14
2-30



Visto lo anterior, de manera respetuosa apelo a su despacho con el propósito de que se sirva emitir un concepto para determinar en qué porcentaje se debe calcular la cuota de fiscalización que debemos cobrar a la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura como sujeto de este ente de Control.

Agradezco el trámite a esta solicitud y por anticipado le expreso mi gratitud perenne.

Atentamente,



ROSA BELISA GONGORA GARCIA
Contralora Distrital





Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20141100023261

Fecha: 06-06-2014

Bogotá, D.C.;
110-013-2014

Y 5.046179994 CO

SSA - 2014000267

Doctora
ROSA ELISA GONGORA GARCIA
Contralora Distrital de Buenaventura
Calle 2 No. 3 - 04 Edificio CAM Piso 7
Buenaventura, Valle

Asunto: Solicitud de concepto – Cobro cuota de fiscalización

Respetada Contralora:

• **ANTECEDENTE**

Mediante oficio con radicación No. 2014-233-002367-2 del 23 de abril de 2014, eleva consulta para determinar en qué porcentaje se debe calcular la cuota de fiscalización que se debe cobrar a la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura como sujeto de control de esa contraloría distrital.

En este orden de ideas, antes de brindar una respuesta a su solicitud, debemos advertir que los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República, son orientaciones y puntos de vista de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni de análisis de actuaciones particulares, toda vez que los mismos se efectúan con el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, razón por la cual no tienen carácter obligatorio ni vinculante, pues, de acuerdo con nuestras facultades constitucionales y legales, no podemos pronunciarnos sobre situaciones individuales y concretas que pueden ser objeto de control y vigilancia posterior.

• **CONSIDERACIONES DE LA OFICINA JURIDICA**

De conformidad con su comunicación, la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura "SPRBUN S.A.", es una sociedad en la cual la Nación a través del

06 JUN. 2014

Ministerio de Transporte tiene una participación accionaria del 2% mientras que el Distrito de Buenaventura tiene una participación del 15%.

La Empresa SPRBUN S.A. se encuentra constituida bajo la modalidad de Sociedad Anónima y tiene como objeto social administrar el Puerto de servicio público de Buenaventura, así como la inversión en la construcción, mantenimiento, expansión y modernización del mismo; y la prestación de servicios directamente relacionados con la actividad portuaria, entre otros, los cuales constituyen actos mercantiles, siéndole aplicable las normas del derecho privado, a pesar que tiene dentro de su capital recursos del tesoro público.

SPRBUN S.A. es una sociedad constituida bajo la modalidad de asociación privada, y se le puede calificar como "Sociedad de Economía Mixta" de las que trata el literal f, del numeral 2º. del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, que posee una mixtura en su capital el cual está constituido por recurso públicos y privados.

El artículo 97 de la Ley 489 de 1998, define las Sociedades de Economía Mixta, así:

"...Son organismos autorizados por la Ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, salvo las excepciones que consagra la ley".

La Corte Constitucional en Sentencia C-953 de 1999, por medio de la cual declaró la inexecutable del inciso segundo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, expresó:

"...Sentado lo anterior, encuentra la Corte que, efectivamente, como lo asevera el actor y lo afirma el señor Procurador General de la Nación, la Carta Política vigente, en el artículo 150, numeral 7º, atribuye al legislador la facultad de "crear o autorizar la constitución" de "sociedades de economía mixta", al igual que en los artículos 300 numeral 7º y 313 numeral 6º dispone lo propio con respecto a la creación de este tipo de sociedades del orden departamental y municipal, sin que se hubieren señalado porcentajes mínimos de participación de los entes estatales en la composición del capital de tales sociedades. Ello significa entonces, que la existencia de una sociedad de economía mixta, tan sólo requiere, conforme a la Carta Magna que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales, a lo cual ha de agregarse que, lo que le da esa categoría de mixta" es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares.

4.6 Por otra parte, se observa por la Corte que el artículo 210 de la Constitución establece

que las entidades descentralizadas por servicios del orden nacional deben ser creadas por la ley o con su autorización "con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa", norma ésta que en armonía con lo dispuesto por el artículo 150 de la Carta permite que el Congreso de la República en ejercicio de su atribución de "hacer las leyes" dicte el régimen jurídico con sujeción al cual habrán de funcionar los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las empresas de economía mixta. Ello no significa que so pretexto de establecer ese régimen para estas últimas se pueda establecer desconocer que cuando el capital de una empresa incluya aportes del estado o de una de sus entidades territoriales en proporción inferior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, no alcanzan la naturaleza jurídica de sociedades comerciales o empresas de "economía mixta", pues, se insiste, esta naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea "del Estado" o de propiedad de "particulares" sino, justamente de los dos, aunque en proporciones diversas lo cual le da una característica especial, denominada "mixta", por el artículo 150, numeral 7° de la Constitución.

De no ser ello así, resultaría entonces que aquellas empresas en las cuales el aporte de capital del Estado o de una de sus entidades territoriales fuera inferior al cincuenta por ciento (50%) no sería ni estatal, ni de particulares, ni "mixta", sino de una naturaleza diferente, no contemplada por la Constitución.

4.7. No sobra advertir, sin perjuicio de lo expuesto, que en atención al porcentaje de la participación del Estado o de sus entes territoriales en las empresas de economía mixta, puede el legislador en ejercicio de sus atribuciones constitucionales establecer, si así lo considera pertinente, regímenes jurídicos comunes o diferenciados total o parcialmente, pues es claro que para el efecto existe libertad de configuración legislativa".

Cabe precisar que la vigilancia y control que ejerce la Superintendencia de Sociedades sobre estas sociedades comerciales no es incompatible con el control fiscal que ejercen las contralorías, toda vez que sus finalidades son distintas, mientras que el primero es un control administrativo, el segundo verifica el adecuado manejo de los recursos públicos invertidos.

En relación con el ejercicio del control fiscal la Constitución Política establece en su artículo 267 que este es una función pública ejercida por la Contraloría General de la República, por medio de la cual se vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Por su parte, el artículo 272 ibídem dispone que la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva. Establece además, que dichos contralores ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268, entre las cuales se encuentra

el exigir informes sobre la gestión fiscal de toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación.

A su vez, la Ley 42 de 1993, señala entre los sujetos de control fiscal a los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recurso del Estado en lo relacionado con éstos.

Esta norma que prevalece en materia de control fiscal, señala como sujetos de control fiscal a quienes manejen fondos o recursos públicos, y establece en sus artículos 2° y 3°, lo siguiente:

ARTICULO 2°. Son sujetos de control fiscal los órganos que integran las ramas legislativas 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."

ARTICULO 3°. Son sujetos de control fiscal en el orden territorial los organismos que integran a estructura de la administración departamental y municipal y las entidades de este orden enumeradas en el artículo anterior."

Respecto a la vigilancia sobre las sociedades de economía mixta, disponen los artículos 21 y 23 de la citada ley, lo siguiente:

"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 8 de la presente ley. Los resultados obtenidos tendrán efecto únicamente en lo referente al aporte estatal".

"En las sociedades y demás entidades a que hacen referencia los artículos 21 y 22, la vigilancia de la gestión fiscal se realizará sin perjuicio de la revisoría fiscal que, de acuerdo con las normas, se ejerza en ellas".

En este orden de ideas, resulta innegable que la categoría de sujetos de control fiscal incluye a toda persona, bien sea natural o jurídica, al igual que a toda organización o sociedad que maneje o administre recursos públicos, siendo primordial que se manejen esta clase de recursos para ser sujeto de control fiscal.

En sentencia de constitucionalidad C-167 de 1995, con ponencia del Dr. Fabio Morón Díaz, esa alta corporación se pronunció sobre el control fiscal ejercido por

particulares que ejercen funciones públicas, expresando:

"Para la Corte, la función fiscalizadora ejercida por la Contraloría General de la República propende por un objetivo, el control de gestión, para verificar el manejo adecuado de los recursos públicos sean ellos administrados por organismos públicos o privados, en efecto, la especialización fiscalizadora que demarca la Constitución Política es una función pública que abarca incluso a todos los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación. Fue precisamente el constituyente quien quiso que ninguna rama del poder público, entidad, institución, etc; incluyendo a la misma Contraloría General de la República, quedara sin control fiscal de gestión. Entonces ningún ente, por soberano o privado que sea, puede abrogarse el derecho de no ser fiscalizado cuando tenga que ver directa o indirectamente con los ingresos públicos o bienes de la comunidad; en consecuencia, la Constitución vigente crea los organismos de control independientes (art. 263) para todos los que manejen fondos públicos y recursos del estado, incluyendo a los particulares. En este orden de ideas, para la Corte es diáfano que el artículo 267 de la Carta Magna, delimita el rango de acción de la función fiscalizadora o controladora al otorgarle a la Contraloría las prerrogativas de vigilar la gestión fiscal de la administración, entendiendo este vocablo en su más amplia acepción, es decir referido tanto a las tres ramas del poder público como a cualquier entidad de derecho público, y, a los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación, que garanticen al Estado la conservación y adecuado rendimiento de los bienes e ingresos de la nación; así pues donde quiera que haya bienes o ingresos públicos, deberá estar presente en la fiscalización en ente superior de control". (Negrilla y resaltado nuestro).

En este sentido, resulta inequívoco que el objetivo del control fiscal es la protección del patrimonio público, el cual está constituido por los bienes y recursos de propiedad del Estado Colombiano, independientemente que su recaudo o administración provenga de una entidad pública o por particulares, pues, el elemento sustancial para determinar si una entidad se encuentra sujeto o no al control fiscal de las contralorías, lo constituye el hecho de haber recibido bienes o fondos de la Nación.

En cuanto su consulta se refiere a determinar el porcentaje a calcular de la cuota de fiscalización que se debe cobrar a la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, es pertinente manifestarle que esta Oficina Jurídica mediante concepto 110-025-2013 de 26 de agosto de 2013, se pronunció sobre las cuotas de auditaje, así:

"...El párrafo del artículo 2° de la ley 1416 de 2010 "Por la cual se fortalece el control fiscal" establece la obligación de las entidades descentralizadas del orden distrital o municipal de pagar una cuota de fiscalización hasta del punto cuatro por ciento (4%), calculado sobre el monto de los ingresos ejecutados por la respectiva entidad en la vigencia anterior, excluidos los recursos de créditos, los ingresos por la venta de activos fijos, y los

activos, inversiones y rentas titularizados, así como el producto de los procesos de titularización. Para las entidades descentralizadas del orden departamental, es el parágrafo del artículo 9 de la Ley 617 de 2000 el que establece una cuota de fiscalización de 0.2%, calculado sobre el 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.

Ésta preceptiva establece el deber de pago de la cuota de fiscalización en cabeza de las entidades descentralizadas, bien sea del orden departamental, distrital o del municipal.

La Ley 617 de 2000 precisó las fuentes de financiamiento de las Contralorías Departamentales, esto es, los recursos del presupuesto departamental constituidos por un porcentaje de los ingresos corrientes anuales de libre destinación y la cuota de fiscalización de las entidades descentralizadas del orden departamental. Así, no es viable el cobro de cuotas de fiscalización, por parte de una Contraloría Departamental, a entidades distintas a las que corresponden a las entidades descentralizadas del orden departamental..."

En ese mismo concepto, y en relación con la liquidación de la cuota fiscalizadora, se expresó:

"Es necesario precisar que los actos de los Contralores que liquidan la cuota de fiscalización gozan de presunción de legalidad, según la cual, mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo son obligatorios, al tenor de lo dispuesto en el artículo 88 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En aquellos casos en los que de acuerdo con la normativa vigente y aplicable no es procedente el cobro de cuotas de fiscalización, los actos que las fijan pueden ser debatidos en vía gubernativa y de ser procedente, acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo".

En todo caso, es necesario que previamente la contraloría profiera acto administrativo en el que incluya como sujeto de control fiscal a la entidad correspondiente. En efecto, mediante concepto 035638 de 29 de junio de 2005, la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República estableció pautas que consideramos deben tenerse en cuenta tanto al momento de incluir a los sujetos de control, como al liquidar los porcentajes correspondientes a cuota, expresó:

*"Las contralorías territoriales, dentro del ejercicio de su autonomía, y de sus facultades constitucionales que les confieren los artículos 267, 268 y 272, las Leyes 42 de 1993 y 610 de 2000, deben mediante acto administrativo incluirlas como sujetos de control fiscal de su jurisdicción con la observancia de las normas generales que para el ejercicio del control fiscal ha dictado ésta; es decir, en armonía con las Resoluciones Orgánicas de rendición y revisión de cuentas; planes de mejoramiento; metodología para la práctica de Auditorías; sujetos de vigilancia y control fiscal; entre otras.
Igualmente, para la expedición del acto administrativo se deben ceñir a los métodos que*

aplican los sujetos de control fiscal para la rendición de las cuentas ante el Órgano de Control que los vigila y sin desconocer la primacía del interés público sobre el particular. Es decir, presentación de cuenta anual consolidada por cada vigencia fiscal, informes trimestral y semestral de la gestión financiera, operativa y de resultados con sus respectivos soportes, tales como relación de licencias expedidas, trámites autorizados, valor de las expensas recibidas, planes de mejoramiento, información de contratos suscritos, relación de quejas peticiones y reclamos recepcionados y atendidos. Reglamentación particular que debe agruparse con los lineamientos generales que para tal efecto ha expedido la Contraloría General de la República; conforme a su estructura y naturaleza jurídica del sujeto de vigilancia y control fiscal".

• **CONCLUSIÓN**

Conforme a las consideraciones expuestas y a las jurisprudencias de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado reseñadas, consideramos que es procedente incluir como sujeto de control a la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura por ser una sociedad de economía mixta, en la cual la Nación y el Distrito de Buenaventura poseen una participación accionaria, es decir, administran recursos públicos, lo cual es primordial para ser sujeto de control fiscal por parte de las contralorías..

Sin embargo, respecto al porcentaje de la cuota de fiscalización, consideramos que no es viable su cobro, pues, la precitada sociedad corresponde al nivel descentralizado del orden nacional, distinto a las entidades descentralizadas del orden municipal o distrital, a quienes el parágrafo del artículo 2° de la Ley 1416 de 2010, si las obliga a cancelar cuotas de auditaje.

De esta manera esperamos haber resuelto la consulta por usted planteada, reiterándole que este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 del CPACA, por lo tanto no tiene carácter obligatorio, ni fuerza vinculante.

Cordialmente,



CESAR MAURICIO RODRIGUEZ AYALA
Director Oficina Jurídica

Proyectó: RAM

