

FAVOR DEVOLVER
COPIA FIRMADA



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No: 20171100020481

Fecha: 09-06-2017

Bogotá,
110

2017 773241885 CO

SIA-ATC 2017000362

Doctor
LEONARDO FAVIO LADINO GUTIERREZ
Diputado Asamblea Departamental del Guainía
Calle 16 No. 10-30
Inírida - Guainía

Referencia: **RADICADO: 20172330020722**
Solicitud de concepto.

Cordial saludo:

En atención a su solicitud del concepto referida en el asunto, procede la Oficina jurídica a efectuar el siguiente pronunciamiento.

Antecedentes de la consulta.

Los fundamentos de hecho y jurídicos que contextualizan la consulta que actualmente nos ocupa, pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

En marzo de 2017, la Contraloría Departamental del Guainía, presentó un proyecto de ordenanza, en la cual se adiciona los recursos del presupuesto de ingresos y gastos de la Contraloría Departamental del Guainía, para la vigencia de 2017.

En noviembre de 2016 se expide el presupuesto general del Departamento del Guainía para la vigencia fiscal 2017. Hace mención al parágrafo del artículo 9º. de la Ley 617 de 2000, como del artículo 1º. de la Ley 1416 de 2010 y del artículo 97 de la Ley 715 de 2000, aclarando que quedan exentos de la cuota de auditaje o fiscalización los recursos provenientes del sistema general de participaciones.

Hace referencia que dentro del proyecto de la ordenanza No. 254 de 2017, en la exposición de motivos, describe que no se apropiaron los recursos de las cuotas de fiscalización de los años 2010 a 2016.

Manifiesta que de las entidades descentralizadas del orden departamental a las que se les está haciendo el cobro de la cuota de fiscalización de 2010 a 2016, siendo las vigencias de 2010 a 2015 de carácter retroactiva, se encuentra la

Vigilando para todos

09 JUN 2017

Cra. 57C No. 64A-29, barrio Modelo Norte - Bogotá D.C. - Colombia
PBX: [57-1] 318 68 00 - 381 67 10 • Línea gratuita 018000 120205
participacion@auditoria.gov.co @auditoriagen auditoriageneral

www.auditoria.gov.co

empresa de energía de carácter mixta, la ESE hospital Departamental Manuel Elkin Patarroyo, el cual está en liquidación actual, con intervención de la Superintendencia de Salud y el Instituto de deportes departamental INDER Guainía desde 2010.

Mediante Resolución No. 058 de julio 23 de 2016, la Contraloría Departamental del Guainía fija cuota de fiscalización a la empresa de energía EMELCE, por la suma de \$179.474.308.00, como valor correspondiente a la aplicación del 0.2% de la ejecución presupuestal de ingresos por concepto de ventas de servicio de energía de las vigencias 2010 a 2015, cobro emitido mediante resolución rigiendo a partir de su expedición donde no proceden recurso alguno.

Específicamente, se consulta:

1. *¿Es legal o viable que la Contraloría Departamental ejecute cobros retroactivos de la cuota de fiscalización a los entes descentralizados del nivel departamental*
2. *¿Las cuotas de fiscalización o auditaje tiene o no un tiempo de prescripción o se circunscriben exclusivamente al principio de anualidad señalado en la Constitución y la ley sobre el presupuesto?*
3. *Una vez establecido el valor presupuestal de ingresos de la Contraloría Departamental, ¿se pueden hacer adiciones que porcentualmente se acerquen al valor total del presupuesto de ingresos y gastos asignados para la vigencia? ¿Se violaría lo señalado en Art. 10 del decreto reglamentario 192 de 2001 en cuanto a los límites de gasto y de crecimiento establecidos de la Ley 617 de 2000, artículos 8º y 9º ?*
4. *¿Es legal o viable que la Contraloría Departamental realice los cobros de cuotas de fiscalización de carácter retroactiva mediante actos administrativos- resolución, en el cual **no se da el derecho a la reposición** al organismo descentralizado, máxime cuando no existe acto administrativo que le anteceda?*
5. *¿Es legal que se le realice el cobro de cuotas de fiscalización o auditaje a empresas de servicios públicos de carácter mixta?*
6. *Puede la Contraloría departamental hacer cobro de auditaje a una empresa de servicios públicos cuyo mayor capital accionario porcentual le pertenece al municipio? ¿Se viola o no lo señalado en el parágrafo del Art. 21 de la Ley 617 de 2000?*
7. *Si un ente descentralizado como la ESE hospital ha estado bajo la figura de intervención administrativa, ¿tiene alguna incidencia sobre los cobros de fiscalización?*

Con el objeto de absolver los interrogantes planteados, se estima necesario el análisis que a continuación se expone referente a las normas que regulan las cuotas de fiscalización y su procedimiento.

En primera instancia se debe hacer referencia del ámbito Constitucional de las facultades conferidas a la Contraloría General de la República, en su artículo 119, establece que la Contraloría tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y control de resultados de la administración, en el artículo 267 define el control fiscal como una función pública sobre la gestión fiscal de la administración y sobre los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

En el artículo 268 en sus numerales 9 y 12 establece:

El Contralor General de la Republica tendrá las siguientes atribuciones:

9. Presentar proyectos de ley relativos al régimen del control fiscal y a la organización y funcionamiento de la Contraloría General.

12. Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial.

El artículo 272 señala que la vigilancia de la gestión fiscal en los departamentos, distritos y municipios donde haya contraloría corresponde a estas, igualmente dispone que en el ámbito de su jurisdicción ejerzan las mismas funciones atribuidas al Contralor de la Republica.

En el ámbito legal es necesario establecer que la Ley 42 de 1993, en los artículos 2º y 3º establece quienes son sujetos de control fiscal en el orden territorial:

Artículo 2o. *“Son sujetos de control fiscal 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.

Parágrafo. *Los resultados de la vigilancia fiscal del Banco de la República serán enviados al Presidente de la República, para el ejercicio de la atribución que se le confiere en el inciso final del artículo 372 de la Constitución Nacional. Sin perjuicio de lo que establezca la Ley orgánica del Banco de la República.*

Artículo 3o. *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*

5



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.

Por mandato constitucional, las contralorías territoriales deben estar dotadas de autonomía presupuestal, para materializar este precepto y garantizar el funcionamiento de estos organismos de control la Ley ha establecido no solo la capacidad de su ejecución sino, también, los recursos que lo conforman.

Emitiendo normas que regulan la materia en relación con el presupuesto de las contralorías como la Ley 617 de 2000, donde en el parágrafo del artículo 21 establece: "**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."

Por su parte, el parágrafo del artículo 9º de la citada ley dispone: "las entidades descentralizadas del orden departamental deberán pagar una cuota de fiscalización hasta del 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".

Que la Ley 1416 de 2010 en su artículo primero y en el parágrafo del artículo segundo, ratifico el fortalecimiento del ejercicio del control fiscal.¹

Con fundamento en el precedente normativo expuesto, esta Oficina responde las inquietudes planteadas en los siguientes términos:

Referente a la primera solicitud sobre los cobros retroactivos de la cuota de fiscalización a los entes descentralizados del nivel departamental, es necesario reiterar lo consagrado en los concepto emitidos por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República distinguidos con los Nos. 110.002.2013 de 2013, y 110.053 de 2012¹, cuyo pronunciamiento es en virtud del principio de anualidad, de origen constitucional y consagrado por la Ley Orgánica de Presupuesto "los procesos presupuestales se cortaran anualmente y solo excepcionalmente se trasladan al año siguiente débitos contra el tesoro o reservas no utilizadas."

La esencia de este principio es que las corporaciones de elección popular, y la sociedad en general, puedan realizar de forma periódica control político al ejecutivo, sobre la gestión realizada en un periodo de un año y de esta forma facilitar la toma de correctivos en términos de dicha gestión, de forma oportuna.

¹ Concepto AGR 110.002.2013 de 4 de enero 2013 y 110.053 de 8 de noviembre de 2012



La puesta en práctica de este principio impide al órgano de control aplicar retroactividad para cobrar el porcentaje del monto de los ingresos correspondientes a cuotas de fiscalización adeudadas por cualquiera de sus sujetos vigilados, causadas en vigencias distintas a la actual.

Según la jurisprudencia mediante la sentencia C-337 del 19 de agosto de 1993, la Corte Constitucional² sostuvo la siguiente tesis respecto del principio de anualidad:

"Este principio hace parte de nuestro ordenamiento jurídico debido a la función de control político integral del Congreso, pues a medida que éste se consolidó, reclamó para sí la intervención en los asuntos fiscales, de manera periódica y continua. Su objetivo principal es facilitar la labor de armonizar la gestión presupuestal con otras actividades que tienen lugar también dentro del marco anual. El principio de anualidad tiene, pues, la ventaja de acomodar la gestión".

Con referencia a la segunda solicitud, si las cuotas de fiscalización o auditaje tienen o no tiempo de prescripción o se circunscriben al principio de anualidad, es necesario establecer la diferencia en el cobro, y el no pago de la cuota de fiscalización, de acuerdo a las apreciaciones anteriores, se deja plasmado que el cobro no es retroactivo, pero una vez notificado el acto administrativo que fija la cuota de fiscalización, la Entidad tiene la obligación de pagar el valor fijado por este concepto, bajo los parámetros establecidos por la Contraloría. El incumplimiento de los términos descritos en la cuenta de cobro, dará lugar al inicio del trámite del cobro a la Entidad que incumpla con el pago de la cuota de auditaje, el cual es el procedimiento establecido para el cobro de Jurisdicción Coactiva, el cual conlleva el fenómeno de la pérdida de fuerza ejecutiva o prescripción.

Sobre la tercera solicitud de las adiciones a los valores establecidos en el presupuesto para ingresos y gastos de la Contraloría Departamental, es necesario enfatizar que las Contralorías pueden solicitar adiciones al presupuesto establecido, con el fin de incorporar conceptos de gastos no contemplados en el presupuesto inicial. Entendido el presupuesto como la herramienta que le permite cumplir con sus obligaciones.

Lo que hay que establecer es que dicha adición no contrarié las disposiciones establecidas en la Constitución y la Ley.

Con referencia a la violación a lo consagrado en el artículo 10 del decreto reglamentario 192 de 2001 donde establece: **"Artículo 10. De las transferencias a las Contralorías. La transferencia de los Departamentos, Municipios o Distritos, sumada a la cuota de fiscalización de las entidades descentralizadas, realizadas a las contralorías,**

² Sentencia C-337 del 19 de agosto de 1993, la Corte Constitucional



no podrán superar los límites de gasto ni de crecimiento establecidos en la Ley 617 de 2000.”

Se deben observar los límites máximos señalados para los gastos de funcionamiento, en consecuencia con destino a esta clase de gastos los Diputados, están impedidos para proponer y apropiar partidas superiores a las autorizadas en la Ley 617 de 2000.

Las entidades territoriales deben, conforme a la Ley 617 de 2000, al ejercer la competencia para expedir sus estatutos orgánicos de presupuesto y los presupuestos anuales de rentas y gastos, cumplir las metas de saneamiento de las finanzas públicas impuestas a dichos entes, sujetándose a los límites de gastos incluidos los de funcionamiento, en desarrollo de los parámetros y regímenes permanentes y transitorios previstos en los artículos 4º al 11º de la Ley 617. Independientemente de la fuente de financiación la apropiación para las contralorías, transferencia más cuota de auditaje, no puede superar ni el límite de gasto ni el de crecimiento, previstos por el legislador.

De la norma se desprende que la función encomendada a los Secretarios de Hacienda es controlar que los gastos de las contralorías se ajusten al límite de crecimiento (inflación), así como distribuir de manera proporcional entre los obligados a contribuir con la financiación de los gastos de la contraloría, el crecimiento que resulte, de aplicar la meta de inflación esperada a los gastos de las contralorías.

En relación con la cuarta solicitud, si es legal que la Contraloría Departamental realice los cobros de cuota de fiscalización de carácter retroactivo mediante actos administrativos en el cual no se da el derecho de reposición, máxime cuando no existe acto administrativo que la antecede.

Al respecto se realizan las siguientes apreciaciones, para el cobro de las cuotas de fiscalización, una vez recopilada la información que reportan los sujetos de control fiscal para la cuota de fiscalización, se constituye en plena prueba para su cobro, la cual debe ser fijada individualmente a través de acto administrativo, el cual debe ser notificado de acuerdo al procedimiento establecido el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Que los mismos 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 del artículo 88 del C.P.A.C.A.

En virtud de lo dicho, si se considera que el acto proferido por el contralor, contraviene la normatividad jurídica vigente, el mismo puede ser debatido en vía

gubernativa, y de ser procedente, acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

Con referencia al quinto punto, sobre el cobro de cuotas de fiscalización o auditaje a empresas de servicios públicos de carácter mixto, es necesario establecer la normatividad que da el carácter de empresas de servicio público, comenzando por la propia Constitución en su artículo 365, cuando indica que los servicios públicos: *“estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares”*, entendiéndose que el constituyente definió que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos.

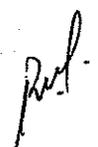
De lo anterior se desprende que cuando el Estado asume con los particulares en dicho cometido, las entidades que surgen para esos efectos también se revisten de ese carácter especial y quedan sujetas a la reglamentación jurídica para la prestación adecuada de los servicios públicos. Así las cosas, las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial, para responder así a este interés constitucional de someter esta actividad de interés social a un régimen jurídico también especial.

El artículo 38 de la Ley 489 de 1994, establece que empresas integran la rama ejecutiva, haciendo mención a las sociedades públicas y a las sociedades de economía mixta. En concordancia con el inciso g del mencionado artículo estipulando: *“Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.”* Lo que implica que las empresas de servicios públicos de carácter mixto, requieren de autorización legal, ordenanza o acuerdos para ser creadas.

La calidad de empresa de servicios públicos de carácter mixta, deriva de la participación accionaria que tenga en ella personas jurídicas de derecho público, la Nación o las entidades territoriales.

El artículo 68 de la mencionada Ley establece: **“Artículo 68. 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*

7



sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios público 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 aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.”

La Ley 142 de 1994, establece en su artículo 14.6. **Empresa de servicios públicos mixta.** *Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.*

En consecuencia el origen de los recursos determina su carácter público o privado, independiente de su constitución como entidad pública.

El Consejo de Estado, mediante concepto 1141 del 10 de septiembre de 1998³, indico respecto al ejercicio del control fiscal sobre las Empresas de servicios públicos que:

“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 (...).”

Por lo anteriormente esbozado, no se puede desconocer que las empresas mixtas hacen parte de la estructura del Estado, y por lo tanto son sujetos de control fiscal directo por parte de las Contralorías, cuya potestad nace en la Constitución y la Ley.

Las Empresas Sociales del estado son entidades descentralizadas, tanto del orden nacional como del orden territorial, razón por la cual están obligadas a pagar la cuota de fiscalización a la respectiva Contraloría, de acuerdo con la competencia establecida.

Respecto a la inquietud sexta, sobre si la contraloría departamental puede hacer cobro de auditaje a una empresa de servicios públicos cuyo mayor capital accionario porcentual le pertenece al municipio, y si lo anterior viola lo señalado en el parágrafo del artículo 21 de la Ley 617 de 2000.

³ Concepto 1141 del 10 de septiembre de 1998 Consejo de Estado.

Como ya se hizo referencia a lo consagrado en el artículo 68 de la Ley 489, donde establece que entidades son descentralizadas, es necesario referirnos ahora al artículo 21 de la Ley 617 de 2000, el cual es aplicable al ámbito territorial, donde establece:

"Artículo 21.- Creación y supresión de contralorías distritales y municipales. El Artículo 156 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

"Artículo 156- 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 contralorías. 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.*

Parágrafo Transitorio.- *El 31 de diciembre del año 2000 las contralorías que funcionan en los municipios o distritos de categoría 2, distintas a las autorizadas en el presente Artículo 3º, 4º, 5º y 6º quedarán suprimidas."*

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 la Contraloría Departamental a entidades distintas a las que corresponden a las entidades descentralizadas del orden departamental.

En relación al séptimo punto, sobre si un ente descentralizado como la ESE hospital, ha estado bajo la figura de intervención administrativa, y si esto genera alguna incidencia para los cobros de fiscalización, consideramos necesario aclarar que la intervención por intermedio de regulación, tiene dos objetivos principales, primero, eliminar la posibilidad de que los agentes del mercado marchen sin control; y segundo, corregir las fallas que puedan impedir la eficiencia del modelo de mercado.

Este es el modelo que la Corte Constitucional colombiana ha tomado como orientador de la acción del Estado en la economía. Al respecto, la ya citada sentencia C-1162 del 6 de septiembre del 2.000, expediente D-2863, con ponencia

Pres

del magistrado José Gregorio Hernández Galindo,⁴ estableció lo siguiente:

“Así pues, para la Corte resulta claro que la regulación de los servicios públicos domiciliarios, a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal, es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del Gobierno, a través de los respectivos ministros.”

Como se puede observar, esta intervención opera como un sistema de policía que impone límites a la acción de los agentes del mercado que operan en presencia de fallas del mismo.

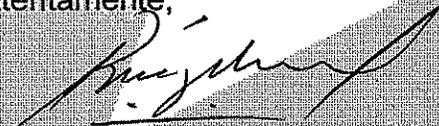
En virtud del artículo 154 de la Ley 100 de 1993, el Estado intervendrá en el servicio público de seguridad social en salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley.

Cuando una entidad descentralizada como son las Empresas Sociales del Estado, se encuentra con dicha intervención administrativa, y adeuden a la Contraloría valores por concepto de cuotas de fiscalización, tendrá que hacerse parte para hacer valer su crédito.

El presente concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo, aclarando que el presente análisis se limita a precisiones de carácter general y abstracta, sin que se entre a evaluar ningún caso en concreto, ni la relación de hechos allí consignada.

Confiado en que se despejen las inquietudes planteadas, me suscribo de usted.

Atentamente,



ROBERTO ENRIQUE ARRAZOLA
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Ilba Edith Rodríguez Ramírez. *IER*

⁴ Sentencia C-1162 del 6 de septiembre del 2.000, expediente D-2863, con ponencia del magistrado José Gregorio Hernández Galindo