



Radicado No: 2021110006281

Fecha: 05-03-2021

Bogotá,
110

Doctora
LADYS RAMOS NOVOA
Calle 16 No. 13-54
Ocaña – Norte de Santander
ladysramos71@yahoo.es

Referencia: Concepto 110.011.2021
 SIA-ATC. 012021000026 y SIA-ATC. 012021000072
 1. De la vigilancia y el control fiscal
 2. De la vigilancia y control fiscal a los particulares
 3. Del presupuesto de los municipios
 4. De las transferencias del sector eléctrico - TSE

Doctora Ladys:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento a través en nuestro portal web de atención al ciudadano del 18 de enero de 2021, radicado bajo el SIA-ATC. 012021000026, en el que hace la siguiente consulta:

“DE LA MANERA MAS RESPETUOSA SOLICITO ME ACLAREN LA SIGUIENTE DUDA: PUEDE LA CONTRALORIA GENERAL DEL DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER, AUDITAR LOS RECURSOS QUE RECIBE EL MUNICIPIO DE SAN CAYETANO DE LA EMPRESA TERMOTASAJERO, SIENDO ESTA UNA EMPRESA PRIVADA? O QUIEN TIENE LA COMPETENCIA PARA AUDITARLOS. TENIENDO EN CUENTA EL ARTICULO 4 DEL DECRETO 403 DE 2020. ESTOS RECURSOS PUEDEN SER CATALOGADOS COMO RECURSOS PROPIOS DEL MUNICIPIO?”

Misma consulta que fuere recibida en correo electrónico del 02 de febrero de 2021, radicada bajo el SIA-ATC. 012021000072, cuyos términos son:

Con el debido respeto me dirijo a ustedes para solicitarles me aclaren la duda que me asalta con relación a la competencia que tiene la Contraloría General del Departamento Norte de Santander, para auditar los recursos que recibe el Municipio de San Cayetano de la Empresa TERMOTASAJERO S.A, toda vez que, estos recursos que transfiere la empresa antes mencionada, son recursos privados para inversión.

Me gustaría saber cuales (sic) son los recursos endógenos y las contribuciones parafiscales de los Municipio, que hace referencia el artículo 4 del Decreto 404 de 2020 (sic), los cuales son la única competencia que tienen las Contralorías Departamentales.

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte. Cualquier indicación sobre cómo debe desarrollar sus procesos misionales sería coadministración y viciaría la vigilancia y el control fiscal que le corresponden ejercer de manera posterior; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia, por lo cual, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal en Colombia, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando: *“Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución ...”* (Negrilla fuera de texto).

Se precisa que la consulta en estudio corresponde a una situación particular y concreta referente a la vigilancia y control fiscal a los recursos recibidos por el municipio de San Cayetano procedentes de la empresa Termotasajero, lo cual es de manejo de la administración de la Contraloría General del Departamento de Norte de Santander, por ello la consulta jurídica no es general ni abstracta; debiendo abstenernos de emitir concepto sobre el asunto o situación individual y concreta planteada que pueda llegar a ser sometida a nuestra vigilancia; por lo cual, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Por lo anterior, este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico y permitan al consultante dilucidar la problemática planteada, abordará los siguientes temas: i) la vigilancia y el control fiscal, ii) la vigilancia y control fiscal a los particulares, iii) el presupuesto de los municipios, y iv) las transferencias del sector eléctrico – TSE; trayendo a colación las normas y jurisprudencia referentes que se encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir concepto de manera general y abstracta respecto del tema contenido en su solicitud, pues como se expuso anteriormente, será la respectiva contraloría, la encargada de analizar la norma y darle la aplicación al caso específico que ha sido planteado.

Así mismo, le indicamos que de conformidad con el numeral 3 del artículo 18 del Decreto-Ley 272 de 2000 *“Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República”*, es función de la Oficina Jurídica *“Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo”*, los cuales abordan los temas de manera general y abstracta, sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, por lo tanto, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

1. De la vigilancia y el control fiscal

El artículo 267 de la Constitución Política de 1991 modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 4 de 2019, establece:

Artículo 267. La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.

El control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva, y además podrá ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público. El control preventivo y concomitante no implicará coadministración y se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del control social y con la articulación del control interno. La ley regulará su ejercicio y los sistemas y principios aplicables para cada tipo de control.

El control concomitante y preventivo tiene carácter excepcional, no vinculante, no implica coadministración, no versa sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos, se realizará en forma de advertencia al gestor fiscal y deberá estar incluido en un sistema general de advertencia público. El ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo corresponde exclusivamente al Contralor General de la República en materias específicas.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el seguimiento permanente al recurso público, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal, y el control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales. La Contraloría General de la República tendrá competencia prevalente para ejercer control sobre la gestión de cualquier entidad territorial, de conformidad con lo que reglamente la ley.

(...)

El Decreto-Ley 403 de 2020 “Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal”, define de manera clara la vigilancia y el control fiscal así:

Artículo 2. Definiciones. Para los efectos de la vigilancia y el control fiscal se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

Vigilancia fiscal: Es la función pública de vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, que ejercen los órganos de control fiscal de manera autónoma e independiente de cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa. Consiste en observar el desarrollo o ejecución de los procesos o toma de decisiones de los sujetos de control, sin intervenir en aquellos o tener injerencia en estas, así como con posterioridad al ejercicio de la

gestión fiscal, con el fin de obtener información útil para realizar el control fiscal.

Control fiscal: Es la función pública de fiscalización de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, que ejercen los órganos de control fiscal de manera autónoma e independiente de cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa, con el fin de determinar si la gestión fiscal y sus resultados se ajustan a los principios, políticas, planes, programas, proyectos, presupuestos y normatividad aplicables y logran efectos positivos para la consecución de los fines esenciales del Estado, y supone un pronunciamiento de carácter valorativo sobre la gestión examinada y el adelantamiento del proceso de responsabilidad fiscal si se dan los presupuestos para ello.

El control fiscal será ejercido en forma posterior y selectiva por los órganos de control fiscal, sin perjuicio del control concomitante y preventivo, para garantizar la defensa y protección del patrimonio público en los términos que establece la Constitución Política y la ley.

Objeto de vigilancia y control: Se entiende por objeto de vigilancia y control, las actividades, acciones, omisiones, operaciones, procesos, cuenta, contrato, convenio, proyecto, programa, acto o hecho, y los demás asuntos que se encuentren comprendidos o que incidan directa o indirectamente en la gestión fiscal o que involucren bienes, fondos o recursos públicos, así como el uso, explotación, exploración, administración o beneficio de los mismos.

Y en el mismo artículo, define quienes son sujetos de control y quienes son los órganos de control:

Sujeto de vigilancia y control: Son sujetos de vigilancia y control fiscal los órganos que integran las ramas del poder público, los órganos autónomos e independientes, los de control y electorales, los organismos creados por la Constitución Política y la ley que tienen régimen especial, el Banco de la República, y las demás entidades públicas en todos los niveles administrativos, los particulares, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que a cualquier título recauden, administren, manejen, dispongan o inviertan fondos, recursos del Estado y/o bienes o recursos públicos en lo relacionado con éstos.

Órganos de Control Fiscal: Son la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, las contralorías distritales, las contralorías municipales y la Auditoría General de la República, encargados de la vigilancia y control fiscal de la gestión fiscal, en sus respectivos ámbitos de competencia.

El artículo 268 superior modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 04 de 2019, otorga al Contralor General de la República entre otras, las siguientes atribuciones:

Artículo 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

(...)

2. Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado.

(...)

5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, para lo cual tendrá prelación.

(...)

El artículo 272 de la carta, modificado por el artículo 4º del Acto Legislativo 04 de 2019 referente a la vigilancia de la gestión fiscal en el nivel territorial, en su inciso sexto, determina las funciones de los contralores territoriales respecto de las dadas al Contralor General de la República, en los siguientes términos:

Artículo 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas en forma concurrente con la Contraloría General de la República.

(...)

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 en lo que sea pertinente, según los principios de coordinación, concurrencia, y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.

(...)

El artículo 4º del Decreto-Ley 403 de 2020, respecto a la competencia de las contralorías territoriales para la vigilancia y el control fiscal, estableció:

Artículo 4. Ámbito de competencia de las contralorías territoriales. Las contralorías territoriales vigilan y controlan la gestión fiscal de los departamentos, distritos, municipios y demás entidades del orden territorial, así como a los demás sujetos de control dentro de su respectiva jurisdicción, en relación con los recursos endógenos y las contribuciones parafiscales según el orden al que pertenezcan, de acuerdo con los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la Constitución y en la ley; en forma concurrente con la Contraloría General de la República de conformidad con lo dispuesto en el presente Decreto Ley y en las disposiciones que lo reglamenten, modifiquen o sustituyan.

En todo caso, corresponde a la Contraloría General de la República, de manera prevalente, la vigilancia y control fiscal de los recursos de la Nación transferidos a cualquier título a entidades territoriales, así como las rentas cedidas a éstas por la Nación, competencia que ejercerá de conformidad con lo dispuesto en normas especiales, en el presente Decreto Ley en lo que corresponda, bajo los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

Finalmente, el artículo 274 constitucional modificado por el artículo 5º del Acto Legislativo 04 de 2019, determina:

Artículo 274. La vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República y de todas las contralorías territoriales se ejercerá por el Auditor General de la República, elegido por el Consejo de Estado de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para un periodo de cuatro años.

(...)

De las normas constitucionales y legales referidas concluimos que, la vigilancia y el control fiscal son una función pública que, dentro del marco de sus competencias, ejercen las contralorías del país (nacional y territoriales) y la Auditoría General de la República, así como también establecen la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponen las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudan su monto y ejercen la jurisdicción coactiva con prelación.

Colorario de este numeral podemos decir que: i) la vigilancia y el control fiscal se encuentran en cabeza de la Contraloría General de la República, de las contralorías territoriales y de la Auditoría General de la República como órganos de control fiscal constitucional; ii) que esta vigilancia y control se efectúa sobre la gestión fiscal de la administración (funcionarios públicos) y sobre los particulares que manejen fondos públicos y iii) que esta vigilancia y control recae sobre todo tipo de recursos públicos.

2. De la vigilancia y control fiscal a los particulares

Tal como se anotó en el numeral anterior, tanto el inciso primero del artículo 267 de la Constitución Política de 1991 modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 4 de 2019, como las definiciones establecidas en el artículo 2º del Decreto-Ley 403 de 2020, incluyen en la vigilancia y el control fiscal adelantado por los órganos de control fiscal, a los particulares que manejan bienes públicos.

La Corte Constitucional en múltiples sentencias (C-167 de 1995, C-1191 de 2000, C-623 de 1999, C-840 de 2001, C-832 de 2002, C-1176 de 2004, C-103 de 2015 entre otras) se ha pronunciado respecto del control fiscal a los particulares. Veamos sólo una de ellas:

Sentencia C-840 de 2001:

*Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, **y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo.** Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado.*

(...)

Bajo tales connotaciones resulta propio inferir que la esfera de la gestión fiscal constituye el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares. Siendo por tanto indiferente la condición pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata.

(Negrilla fuera del texto)

Ley 142 de 1994 “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, establece:

Artículo 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes

definiciones

(...)

14.5. Empresa de servicios públicos oficial. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

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%.

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

(Negrilla fuera de la norma)

De acuerdo a lo anterior tenemos que, corresponde al ente de control fiscal determinar si el particular es objeto de la vigilancia y el control fiscal que ella ejerce, atendiendo el requisito que dicho particular maneje, disponga, administre o decida el uso de recursos públicos que le han sido encomendados por virtud de la ley o de una relación contractual.

3. Del presupuesto de los municipios

La Constitución Política de Colombia de 1991 concede autonomía a las entidades territoriales y de manera específica en el tema financiero así:

Artículo 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

(...)

3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

En el tema presupuestal de estas entidades, establece:

Artículo 313. Corresponde a los concejos:

(...)

4. Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales.

5. Dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos.

(...)

Artículo 315. Son atribuciones del alcalde:

(...)

5. Presentar oportunamente al Concejo los proyectos de acuerdo sobre planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas y presupuesto anual de rentas y gastos y los demás que estime convenientes para la buena marcha del municipio.

(...)

Artículo 345. En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el

presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos.

Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto.

La Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad C-478 del 06 de agosto de 1992, en el análisis de constitucionalidad del artículo 94 de la Ley 38 de 1989, determinó:

Los Arts. 356 y 357 perfeccionaron el mecanismo de las transferencias económicas a los entes descentralizados regulados en los incisos segundo y tercero del art. 182 de la Constitución derogada. El 356 trata del situado fiscal, es decir, las transferencias que la Nación hace a los Departamentos para que estos directamente o a través de sus municipios, provean los servicios de educación y salud. Las transferencias se originan en los ingresos corrientes de la Nación, esto es, los ingresos tributarios y los no tributarios (art. 358 C.P.). Dentro de los tributarios, sobresalen los impuestos de renta y complementarios y el impuesto a las ventas, que de esta manera se redistribuirán. Es de anotar que el art. 356 tiene como aspecto innovador y beneficioso, la introducción de los criterios de esfuerzo fiscal local y de eficiencia administrativa, para la transferencia de fondos (inciso sexto del art. 356).

El art. 357 trata de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la nación, en un porcentaje que se incrementará hasta alcanzar el 22% como mínimo. También se utilizarán los criterios de eficiencia fiscal y administrativa al lado de otros como el nivel de pobreza, la población y las necesidades básicas insatisfechas.

(...)

Otra fuente de ingresos la proporcionan las regalías que produce la explotación de recursos naturales no renovables. El art. 360 reconoce el derecho que tienen los Departamentos y Municipios donde tiene lugar tal explotación, a una participación en esas regalías. Igualmente tienen derecho las demás entidades territoriales a participar en esos ingresos, por la vía de su participación en el fondo nacional de regalías, que reglamentará el Congreso (art. 361). Se trata de una medida de equidad que nivela y mejora la situación de entidades territoriales pobres en recursos naturales.

Una tercera vía para la obtención de recursos que permitirá el afianzamiento de las políticas de descentralización y la obtención de grados de verdadera autonomía es la nueva facultad que tienen las entidades territoriales de financiarse mediante la emisión de títulos y bonos de deuda pública (art. 295 C.P.). En la misma norma se prevé otro mecanismo financiero consistente en la obtención por parte de los municipios y departamentos de crédito externo.

(...)

A la luz de la nueva Constitución, el Congreso no transfirió a los entes territoriales una facultad exclusiva al dictar la Ley 38 de 1989 y específicamente su artículo 94. Queda claro de todo lo expuesto que los entes territoriales tienen una facultad originaria para crear sus normas orgánicas de presupuesto, señalando cuáles son sus principios, pero siempre en el marco de la ley orgánica del presupuesto y de las normas presupuestales contenidas en el Título XII de la Carta Política. Más aún, se ha establecido que entre ese Título XII, incluido su Capítulo 3, la ley orgánica del presupuesto, las normas orgánicas de los niveles territoriales inferiores (ordenanzas y Acuerdos orgánicos del presupuesto) y, finalmente, los presupuestos anuales de Departamentos y Municipios, debe existir una suerte de eslabón que transmita lo fundamental de la temática y el procedimiento. Los principios constitucionales inspiran a la ley orgánica de todo el sistema presupuestal (en virtud del artículo 352), y ese núcleo de bases

*fundamentales debe fluir hacia todas las demás expresiones del sistema hacendístico colombiano.
(Subraya del texto)*

No obstante el vínculo que se describe, es un hecho que la Constitución de 1991, rompiendo con una tradicional visión de la descentralización como simple artilugio administrativo, concedió a los Departamentos y Municipios poderes autonómicos efectivos, uno de los cuales es la competencia constitucional para dictar sus propios reglamentos orgánicos de la función presupuestal. Los principios descienden del nivel nacional, son tomados prestados y adaptados para funcionar en un ambiente financiero más sencillo, pero la competencia en sí misma es propia de cada entidad.

El Decreto 111 de 1996 “Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto”, establece

Artículo 109. Las entidades territoriales al expedir las normas orgánicas de presupuesto deberán seguir las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto, adaptándolas a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial. Mientras se expiden estas normas, se aplicará la Ley Orgánica del Presupuesto en lo que fuere pertinente.

Si el alcalde objeta por ilegal o inconstitucional el proyecto de presupuesto aprobado por el concejo, deberá enviarlo al tribunal administrativo dentro de los cinco días siguientes al recibo, para su sanción. El tribunal administrativo deberá pronunciarse durante los veinte días hábiles siguientes. Mientras el tribunal decide regirá el proyecto de presupuesto presentado oportunamente por el alcalde, bajo su directa responsabilidad (Ley 38 de 1989, artículo 94, Ley 179 de 1994, artículo 52).

La Corte Constitucional en multiplicidad de sentencias (C-219/97, C-495/98, C-720/99, C-897/99, C-1112/01, C-533/05, C-903/11, C-615/13, C-262/15, C-155/16, C-130/18, C-254/20, entre otras) se ha pronunciado respecto de los recursos de financiación de las entidades territoriales, distinguiéndolos de acuerdo a su fuente como exógenos y endógenos, así como señalando los criterios para determinar si son unos u otros. Para el presente concepto, traemos a colación la primera y última providencia relacionada:

Sentencia C-219 del 24 de abril de 1997:

22. Las entidades territoriales cuentan, además de la facultad de endeudamiento - recursos de crédito -, con dos mecanismos de financiación. En primer lugar disponen del derecho constitucional a participar de las rentas nacionales. Dentro de este capítulo, se ubican las transferencias de recursos a los departamentos y municipios, las rentas cedidas, los derechos de participación en las regalías y compensaciones, los recursos transferidos a título de cofinanciación y, en suma, de los restantes mecanismos que, para estos efectos, diseñe el legislador. Se trata, en este caso, de fuentes exógenas de financiación que, como será estudiado, admiten un mayor grado de injerencia por parte del nivel central de gobierno.

Adicionalmente, las entidades territoriales disponen de aquellos recursos que, en estricto sentido, pueden denominarse recursos propios. Se trata fundamentalmente, de los rendimientos que provienen de la explotación de los bienes que son de su propiedad exclusiva o las rentas tributarias que se obtienen en virtud de fuentes tributarias - impuestos, tasas y contribuciones - propias. En estos eventos, se habla

de fuentes endógenas de financiación, que resultan mucho más resistentes frente a la intervención del legislador.

(...)

25. En los términos de la Constitución Política, corresponde al legislador definir en qué casos un determinado tributo constituye una fuente exógena o endógena de financiación de una entidad territorial (C.P. arts. 150-12, 287, 300-4 y 313-4). En estas condiciones, el intérprete debe acudir, necesariamente, al texto de las normas que integran el régimen de cada renta, a fin de conocer la voluntad objetiva del legislador.

Sin embargo, en algunos casos, el criterio formal es insuficiente, pues puede ocurrir que el legislador hubiere omitido indicar, de manera expresa, a qué entidad pertenece el tributo o, que el régimen legal que ha sido diseñado contradiga, materialmente, la prescripción formal. Para llenar el vacío, en el primer caso, o para resolver la contradicción, en el segundo, resultará entonces indispensable acudir a otros criterios, como el criterio orgánico o el material.

El criterio orgánico es de suma utilidad a la hora de determinar si un tributo constituye una fuente de recursos propios de las entidades territoriales o, si por el contrario, se trata de una fuente tributaria exógena. En este caso, basta con identificar si, para el perfeccionamiento del respectivo régimen tributario, es suficiente la intervención del legislador o, si adicionalmente, es necesaria la participación de alguna de las corporaciones locales, departamentales o distritales de elección popular habilitadas constitucionalmente para adoptar decisiones en materia tributaria (C.P. art. 338). En la medida en que una entidad territorial participa en la definición de un tributo, a través de una decisión política que incorpora un factor necesario para perfeccionar el respectivo régimen y que, en consecuencia, habilita a la administración para proceder al cobro, no puede dejar de sostenerse que la fuente tributaria creada le pertenece y, por lo tanto, que los recursos captados son recursos propios de la respectiva entidad. Sin embargo, la regla no es similar en el caso inverso. Efectivamente, no resulta posible afirmar que en todos los eventos en los cuales el legislador defina integralmente los elementos del tributo, este constituirá una fuente exógena de financiación de las entidades territoriales.

Existen casos en los que el legislador ha establecido integralmente el régimen de un tributo y, no obstante, este es la fuente directa de recursos propios de las entidades territoriales y no, simplemente, de recursos nacionales que se transfieren a éstas. Esta conclusión se alcanza fácilmente si se apela a un criterio material o sustantivo. En efecto, el criterio material, permite afirmar que, en principio, una fuente tributaria constituye una fuente endógena de financiación cuando el producto recaudado dentro de la jurisdicción de la respectiva entidad entra integralmente al presupuesto de la misma - y no al presupuesto general de la Nación -, y se utiliza para sufragar gastos propios de la entidad territorial, sin que pueda verificarse ningún factor sustantivo - como, por ejemplo, la movilidad interjurisdiccional de alguno de sus elementos - que permita suponer que se trata de un tributo nacional.

Por último, puede ocurrir que el legislador establezca que una determinada fuente tributaria pertenece a la nación y, sin embargo, la regule de manera tal que, materialmente, de lugar a recursos propios del departamento o del municipio.

Respecto a la virtual contradicción entre una definición formal y el contenido material del régimen legal de un tributo, no sobra indicar que, en atención a lo dispuesto en el artículo 228 de la Carta - predominio del derecho sustancial - si éste se cobra, previa autorización legal, en virtud de una decisión política de la asamblea departamental o del concejo municipal - criterio orgánico - en la jurisdicción propia del órgano de representación de que se trate y, además, el recaudo, dentro de esa jurisdicción, entra integralmente

al presupuesto de la respectiva entidad, sin que existan elementos sustantivos que permitan afirmar que se trata de una renta nacional, deberá concluirse que se está frente a una fuente endógena de financiación, así la propia ley diga lo contrario.

Sentencia C-254 del 22 de julio de 2020:

96. En este sentido, en jurisprudencia reciente la Sala Plena ha reiterado que cuando se está ante la autonomía financiera de las entidades territoriales, debe diferenciarse entre las fuentes exógenas y endógenas de financiación, para efectos de determinar el grado de injerencia que sobre ellas tiene el legislador. De esta manera, se tiene que se está ante fuentes exógenas cuando los recursos provienen de fuentes externas de financiación, como el Sistema General de Participaciones, el SGR y los recursos transferidos a título de cofinanciación[94]. Para estos casos, el legislador cuenta con amplias facultades de intervención. Por su parte, se está ante recursos endógenos cuando son ingresos que se originan y producen dentro de la respectiva jurisdicción, en virtud de decisiones políticas de la administración, como los rendimientos que provienen de bienes de propiedad exclusiva de la entidad territorial y las rentas tributarias propias, como el impuesto de alumbrado público[95].

97. Sobre los recursos endógenos, la jurisprudencia ha afirmado que “en principio deben someterse a la plena disposición de las autoridades locales o departamentales correspondientes, sin injerencia alguna del legislador”[96]. Particularmente, en términos generales, esta corporación sostuvo recientemente que las prohibiciones al legislador en materia de tributos propios de las entidades territoriales consisten en que (i) no se regulen por parte del Estado los aspectos particulares del tributo, especialmente lo que tiene que ver con la administración y recaudo; y (ii) disponer sobre su destinación[97]. No obstante, la Sala Plena ha reconocido que ante supuestos excepcionales, el legislador puede intervenir en las fuentes endógenas de financiación. Dichas excepciones, pueden agruparse en tres supuestos: (i) en los casos expresamente previstos en la Constitución[98]; (ii) cuando resulte necesario para proteger el patrimonio de la Nación, o la estabilidad constitucional o macroeconómica del país[99]; y (iii) cuando las condiciones sociales y la naturaleza de la medida así lo exigen por trascender el ámbito simplemente local o regional[100]. Adicional a lo anterior, una vez configurado el supuesto de intervención excepcional, la medida deberá superar un juicio estricto de proporcionalidad[101].

Para profundizar en el tema de los recursos endógenos y los recursos exógenos, recomendamos consultar el Concepto Unificador No. 3 de la Secretaría de Hacienda de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.

Sobre la vigilancia de estos recursos, la Corte Constitucional en varias sentencias se ha pronunciado, para el caso, traemos a colación la sentencia C-364 del 02 de abril de 2001, en la que señaló:

4- Como regla general, de conformidad con el artículo 272 de la Carta, la función de control fiscal a nivel departamental, distrital y municipal le corresponde a las entidades territoriales; y la definición del margen de autonomía con el cual éstas habrán de contar, es una cuestión que la Constitución defiende al Legislador.(...)

(...)

6- La aplicación de los anteriores criterios al control fiscal explica que la Contraloría General de la República tenga facultades amplias para ejercer control sobre los recursos exógenos de las entidades territoriales, mientras que su intervención en relación con los recursos endógenos debe ser excepcional,

tal y como lo dispone el artículo 267 de la Carta. (...)

(...)

7- En ese sentido, el control que ejerce la Contraloría General de la República sobre los recursos provenientes de ingresos de la Nación será prevalente, ya que en tanto órgano superior del control fiscal del Estado, "no requiere ninguna clase de autorización, ni solicitud, porque se trata de intereses de carácter nacional y, los recursos que se les transfieran, a pesar de que ingresan al presupuesto de las entidades territoriales, no por eso pierden su esencia y no dejan de tener un destino inherente a las finalidades del Estado (art. 2, C.P.)" (Sentencia C-403/99, *ibidem*).

Algo distinto sucede con los recursos propios de las entidades territoriales, respecto de los cuales la intervención de la Contraloría General, en los términos del artículo 267 Superior, deberá ser excepcional; ello, en la medida en que estos recursos son asuntos propios de los entes territoriales, que delimitan su ámbito esencial de autonomía en tanto manifestaciones del fenómeno de descentralización prescrito por el Constituyente (CP art. 1º). Es el Legislador quien está llamado a efectuar la coordinación que debe existir entre las competencias ordinarias de tales entidades, y el control excepcional de la Contraloría General. Y precisamente en el artículo 26 de la Ley 42 de 1993, efectuó esa distribución de competencias.

En cuanto a la anterior jurisprudencia, es necesario aclarar que con la expedición del Decreto-Ley 403 de 2020, la competencia de la Contraloría General de la República respecto de los recursos endógenos de las entidades territoriales, dejó de ser excepcional para ser concurrente con el órgano de control territorial respectivo.

4. De las transferencias del sector eléctrico - TSE

Las transferencias del sector eléctrico son dineros que las empresas generadoras de energía transfieren a las Corporaciones Autónomas Regionales y a los municipios en cumplimiento del artículo 45 de la Ley 99 de 1993.

La Ley 99 de 1993 "Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones", en su artículo 45 modificado por el artículo 24 de la Ley 1930 de 2018 "Por medio de la cual se dictan disposiciones para la gestión integral de los páramos en Colombia", establece:

Artículo 45. Las empresas generadoras de energía hidroeléctrica cuya potencia nominal instalada total supere los 10.000 kilovatios, transferirán el 6% de las ventas brutas de energía por generación propia de acuerdo con la tarifa que para ventas en bloque señale la Comisión de Regulación Energética, de la siguiente manera:

(...)

2. En el caso de centrales térmicas la transferencia de que trata el presente artículo será de 4% que se distribuirá así:

a) 2.5% Para la Corporación Autónoma Regional para la protección del medio ambiente del área donde está ubicada la planta y para la conservación de páramos en las zonas donde existieren.

b) 1.5% Para el municipio donde está situada la planta generadora.

(...)

Parágrafo 1°. De los recursos de que habla este artículo, solo se podrá destinar hasta el 10% para gastos de funcionamiento.

Parágrafo 2°. Se entiende por saneamiento básico y mejoramiento ambiental la ejecución de obras de acueductos urbanos y rurales, alcantarillados, tratamiento de aguas y manejo y disposición de desechos líquidos y sólidos.

Parágrafo 3°. En la transferencia a que hace relación este artículo está comprendido el pago por parte del sector hidroenergético, de la tasa por utilización de aguas de que habla el artículo 43.

El Decreto Único 1076 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible” en los artículos 2.2.9.2.1.1 a 2.2.9.2.1.9 compila las disposiciones del Decreto 1933 de 1994 “Por el cual se reglamenta el artículo 45 de la Ley 99 de 1993”, normatividad de la que destacamos:

Artículo 2.2.9.2.1.1. Campo de aplicación. El presente capítulo se aplica a todas las empresas, sean públicas, privadas o mixtas, propietarias de plantas de generación de energía hidroeléctrica o termoeléctrica, cuya potencia nominal instalada total sea superior a 10.000 kw, y sobre las ventas brutas por generación propia.

Parágrafo. Corresponde al Ministerio de Minas y Energía determinar la potencia nominal instalada total de las empresas, para efectos del artículo 45 de la Ley 99 de 1993.

Artículo 2.2.9.2.1.2. Definiciones. Para efectos señalados en el artículo 45 de la Ley 99 de 1993 se deben tener en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

Municipio donde está situada una planta termoeléctrica. Municipio o municipios donde se encuentra construida la planta de generación, incluyendo patio de disposición de cenizas, áreas de almacenamiento de combustible y áreas de operación de equipos asociados.

Artículo 2.2.9.2.1.4. Liquidación y transferencias. Dentro de los diez (10) primeros días de cada mes y sobre la base de las ventas brutas del mes anterior, las empresas a las que se aplica el presente Capítulo, mediante acto administrativo para el caso de las empresas Públicas o mixtas, y mediante comunicación para el caso de las privadas, harán la liquidación de los valores a transferir a la Corporación o Corporaciones Autónomas Regionales, municipios y distritos y se las comunicará a los beneficiarios.

La transferencia debe efectuarse dentro de los noventa (90) días siguientes al mes que se liquida, so pena de incurrir en mora y pagar un interés moratorio del 2.5% mensual sobre saldos vencidos.

Artículo 2.2.9.2.1.6. Distribución del porcentaje de las ventas brutas por generación termoeléctrica. La distribución del 4% de las ventas brutas de energía por generación propia en caso de generación termoeléctrica de que trata el artículo 45 de la Ley 99 de 1993, se hará así:

1. El 2.5% para la Corporación Autónoma Regional para protección del medio ambiente del área donde está ubicada la planta.

2. El 1.5 % para el municipio o municipios donde está situada la planta generadora.

Estos recursos deberán ser utilizados por el municipio, en al menos un 50% a partir del año 2012, en proyectos de agua potable, saneamiento básico y mejoramiento ambiental.

Parágrafo 1°. Se entiende por saneamiento básico y mejoramiento ambiental la ejecución de obras de acueductos urbanos y rurales, alcantarillados, tratamientos de aguas y manejo y disposición de desechos líquidos y sólidos.

Parágrafo 2°. En la transferencia a que hace relación este artículo está comprendido el pago por parte del sector hidroenergético, de la tasa por utilización de aguas de que habla el artículo 43 de la Ley 99 de 1993.

Artículo 2.2.9.2.1.7. La distribución de las transferencias de que trata el literal a) del numeral 2 del artículo 2.2.9.2.1.5, o las que trata el numeral 2 del artículo 2.2.9.2.1.6, podrá ser modificada para ser repartidas por partes iguales entre los municipios de una misma cuenca o municipios donde está situada la planta termoeléctrica. Para ello se debe observar el siguiente procedimiento:

a) Se debe elevar solicitud en tal sentido al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible por no menos de la mitad de los alcaldes de los municipios que pertenezcan a esa cuenca o municipios donde está situada la planta termoeléctrica, según definición que haya efectuado el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" o la autoridad catastral pertinente;

b) El Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible citará a la totalidad de los municipios a una reunión para el efecto, y someterá a aprobación la solicitud de que trata el literal anterior;

c) La solicitud se entenderá aprobada, si por lo menos las tres cuartas partes del total de los municipios de esa cuenca o municipios donde está situada la planta termoeléctrica aprueban la solicitud de modificación de la distribución de las transferencias. Caso contrario, se considerará negada. En todo caso, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible hará conocer la decisión a la empresa o empresas pertinentes, para que procedan en consecuencia;

d) En caso de que no asistan a dicha reunión por lo menos las tres cuartas partes de los municipios, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible citará a una nueva reunión y procederá según los literales anteriores. Si a esta nueva reunión no asiste por lo menos las tres cuartas partes del total de municipios la solicitud se entenderá negada;

e) Una vez aprobada o negada la solicitud, no se podrá invocar a ningún título el procedimiento aquí descrito para modificar la distribución de las transferencias. Pero cuando se presenten las condiciones de que trata el parágrafo 2 del artículo 2.2.9.2.1.3, la nueva distribución se hará según los artículos 2.2.9.2.1.5 y 2.2.9.2.1.6, sin perjuicio de invocar posteriormente este artículo.

La Corte Constitucional al resolver la constitucionalidad de algunos apartes del artículo 45 de la Ley 99 de 1993, en sentencia C-495 del 15 de noviembre de 1998, estableció:

2.6. Del análisis precedente se deduce que cuando la ley ha autorizado tributos en favor de las entidades territoriales, éstas gozan de entera autonomía para hacerlos efectivos o dejarlos de aplicar, y para realizar los actos de destinación y de disposición, manejo e inversión. De manera que las expresiones

“rentas tributarias” o “no tributarias”, contenidas en el artículo 362, hacen relación a las provenientes de impuestos, multas, tasas o contribuciones que entran a formar parte de la propiedad de las entidades territoriales por haber ingresado definitivamente a su patrimonio (Sentencia C-219/97[3]).

(...)

La Corte[8] hizo una clasificación de las rentas territoriales teniendo en cuenta su fuente, esto es, el origen del ingreso y se refirió entonces a rentas internas o externas.

La fuente externa o exógena de la renta sería aquella que proviene de la Nación a título de transferencia como el situado fiscal, las participaciones, los derechos por regalías y compensaciones, las rentas cedidas, los recursos transferidos a título de cofinanciación y, en suma, los restantes mecanismos que para estos efectos diseñe el legislador. Por supuesto que sobre estos ingresos la ley tiene un mayor grado de injerencia, con la natural pero justificada afectación de la autonomía fiscal de las entidades territoriales.

(...)

Por otra parte, las entidades territoriales disponen de una fuente de recursos endógenos o propios originados en los rendimientos que provienen de la explotación de sus bienes o las rentas tributarias de origen departamental o municipal. A diferencia de las rentas anteriores, estos ingresos no están sometidos a las limitaciones del legislador.

Es claro, que es función del legislador señalar la fuente y naturaleza del ingreso territorial, pero a veces no se presenta esta previsión, o no es clara, en cuyo caso, le corresponde al intérprete desentrañar aquellos aspectos, acudiendo a criterios de razonabilidad, según se expresa en la sentencia C-219/97[10].

(...)

3.3.4. Transferencias de recursos de las empresas generadoras de energía eléctrica.

Mediante la ley 99 de 1993 se creó el Ministerio del Medio Ambiente, se reordenó el sector público responsable de la conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables y se organizó el Sistema Nacional Ambiental.

El art. 45 de dicha ley estableció a cargo de las empresas generadoras de energía hidroeléctrica y energía térmica, cuya potencia nominal instalada supere los 10.000 kilovatios, transferir un porcentaje determinado de las ventas brutas de energía por generación propia, de acuerdo con la tarifa que para ventas en bloque señale la Comisión de Regulación de Energía, con destino a las corporaciones autónomas regionales con jurisdicción en la zona donde se encuentre ubicada en la cuenca hidrográfica y el embalse y a los municipios localizados en éstas mismas áreas.

Los recursos con destino a los municipios sólo pueden ser utilizados por éstos en las obras previstas en el plan de desarrollo municipal, con prioridad para proyectos de saneamiento básico y mejoramiento ambiental. La acusación se contrae a los segmentos destacados por la demandante que aluden a la destinación de dichos recursos.

No determina la ley cual es la naturaleza jurídica de la mencionada transferencia. Por lo tanto, es necesario desentrañar ésta con el fin de examinar si la destinación se ajusta a la Constitución.

Es indudable que dichas rentas no constituyen un impuesto de las entidades territoriales. Se trata de contribuciones que tienen su razón de ser en la necesidad de que quienes hacen uso de recursos naturales renovables, o utilizan en su actividad económica recursos naturales no renovables, con

capacidad para afectar el ambiente, carguen con los costos que demanda el mantenimiento o restauración del recurso o del ambiente. Dichas contribuciones tienen fundamento en las diferentes normas de la Constitución que regulan el sistema ambiental.

Dado que la contribución tiene una finalidad compensatoria, es constitucional que sus recursos se destinen a los proyectos de saneamiento básico y mejoramiento ambiental. Pero además dicha contribución tiene un respaldo constitucional adicional, en la medida en que todo lo concerniente a la defensa y protección del ambiente es asunto que concierne a los intereses nacionales en los cuales la intervención del legislador esta autorizada.

(Negrilla fuera del texto)

Ley 143 de 1994 “Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia de energética”, establece en el artículo 54 modificado por el artículo 289 de la Ley 1955 de 2019 “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 ‘Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad’”:

Artículo 54. Los autogeneradores, las empresas que vendan excedentes de energía eléctrica, así como las personas jurídicas privadas que entreguen o repartan, a cualquier título, entre sus socios y/o asociados, la energía eléctrica que ellas produzcan, están obligados a cancelar la transferencia en los términos de que trata el artículo 45 de la Ley 99 de 1993, que será calculada sobre las ventas brutas por generación propia, de acuerdo con la tarifa que señale la Comisión de Regulación de Energía y Gas para el efecto. Para la liquidación de esta transferencia, las ventas brutas se calcularán como la generación propia multiplicada por la tarifa que señale la Comisión de Regulación de Energía y Gas para el efecto.

Para el caso de la energía producida a partir de fuentes no convencionales a las que se refiere la Ley 1715 de 2014, cuyas plantas con potencia nominal instalada total supere los 10.000 kilovatios, deberán cancelar una transferencia equivalente al 1% de las ventas brutas de energía por generación propia de acuerdo con la tarifa que para ventas en bloque señale la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG). Los recursos recaudados por este concepto se destinarán así:

a) 60% se destinará en partes iguales a las comunidades étnicas ubicadas en el área de influencia del proyecto de generación para la ejecución de proyectos de inversión en infraestructura, servicios públicos, saneamiento básico y/o de agua potable, así como en proyectos que dichas comunidades definan, siempre que incidan directamente en su calidad de vida y bienestar.

En caso de no existir comunidades étnicas acreditadas por el Ministerio del Interior en el respectivo territorio, el porcentaje aquí establecido se destinará a los municipios ubicados en el área del proyecto para inversión en infraestructura, servicios públicos, saneamiento básico y/o agua potable en las comunidades del área de influencia del proyecto.

b) 40% para los municipios ubicados en el área del proyecto que se destinará a proyectos de inversión en infraestructura, servicios públicos, saneamiento básico y/o de agua potable previstos en el plan de desarrollo municipal.

(...)

Parágrafo 3°. Se exceptúa de las transferencias establecidas en este artículo, a la energía producida por la que ya se paguen las transferencias por generación térmica o hidroeléctrica, establecidas en el

artículo 45 de la Ley 99 de 1993 o las normas que lo modifiquen o adicionen.

Parágrafo 4°. La tarifa de la transferencia de que trata el presente artículo se incrementará a 2% cuando la capacidad instalada de generación eléctrica a partir de fuentes no convencionales de energía renovables, reportada por el Centro Nacional de Despacho, sea superior al 20% de la capacidad instalada de generación total del país.

La Corte Constitucional al resolver la constitucionalidad respecto de la totalidad del artículo 45 de la Ley 99 de 1993 y del primigenio artículo 54 de la Ley 143 de 1994, en sentencia C-594 del 27 de julio de 2010, estableció:

De modo que para la Corte, si bien las transferencias del sector eléctrico no constituyen en sentido técnico un impuesto de las entidades territoriales, su naturaleza jurídica es la de una contribución que tiene una destinación específica consistente en mantener o restaurar el medio ambiente afectado por quienes utilizan en su actividad económica recursos naturales renovables o no renovables.

(...)

Las transferencias del sector eléctrico responden a esta tipología, como quiera que su imposición deviene del poder de exacción del Estado, afecta a un determinado sector económico - las empresas generadoras de energía - y su destinación está previamente definida a favor de la preservación del medio ambiente.

Dada su naturaleza tributaria, las normas que las crean están sujetas a las previsiones del artículo 338 de la Constitución Política.

El criterio jurisprudencial establecido por esta corporación en torno a la naturaleza tributaria de la transferencia de recursos del sector eléctrico, ha sido acogido en varias oportunidades por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, así como por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la misma corporación[9]. Al respecto, esta última señaló:

“En sentencia C-495 de 1998 la Corte precisó que la transferencia del sector eléctrico es una contribución creada con el fin de que quienes hagan uso de los recursos naturales renovables, o utilicen en su actividad económica recursos naturales no renovables, con capacidad para afectar el ambiente, asuman los costos que demandan el mantenimiento o restauración del recurso o del ambiente. En consecuencia, por tener una finalidad compensatoria, es constitucional que los recursos de las transferencias se destinen a proyectos de saneamiento básico y mejoramiento ambiental, pues, además, todo lo atinente a la defensa y protección del ambiente es de interés nacional, por lo que está autorizada la intervención del legislador”[10].

En conclusión, de conformidad con anterior pronunciamiento de esta Corporación, acogido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, **existe certeza sobre la naturaleza tributaria de la transferencia del sector eléctrico** prevista en las normas demandadas, en atención a que dicha contribución es fruto del poder de imperio que ejerce el Estado y se establece de forma unilateral sin que medie para ello la voluntad del contribuyente, por lo que su imposición debe atender a los principios de legalidad y certeza tributaria que se derivan del artículo 338 de la Carta Política, a los que se referirá la Sala a continuación.

(...)

7.1. Los artículos 45 de la Ley 99 de 1993, y 54 de la Ley 143 de 1994, están orientados a regular una contribución, de naturaleza tributaria, consistente en las transferencias que deben efectuar las empresas públicas, privadas o mixtas, propietarias de plantas de energía hidroeléctrica o termoeléctrica, cuya potencia nominal instalada total sea superior a 10.000 kilovatios[34], a las

Corporaciones Autónomas Regionales con jurisdicción en el área donde se encuentran ubicados la cuenca hidrográfica[35] y el embalse, así como a los municipios y distritos localizados en el área de influencia del proyecto[36].

El monto de la transferencia se calcula sobre las ventas brutas de energía por generación propia, de acuerdo con la tarifa que para ventas en bloque señale la Comisión de Regulación Energética, y conforme a porcentajes establecidos en la propia ley[37]. Estos ingresos serán destinados, en el caso de las Corporaciones Autónomas Regionales, a la protección del medio ambiente y a la defensa de la cuenca hidrográfica y del área de influencia del proyecto, así como a proyectos prioritarios de saneamiento básico y mejoramiento ambiental incluidos en el plan de desarrollo local, en el caso de los municipios.

El artículo 54 de la Ley 143 de 1994 amplió el gravamen previsto en el artículo 45 de la Ley 99 de 1993 a los autogeneradores, las empresas que vendan energía eléctrica, al igual que a las personas jurídicas privadas que entreguen o repartan a cualquier título, entre sus socios y/o asociados, la energía eléctrica que ellas produzcan.

(...)

7.3.4. En tanto que, de conformidad con el enunciado del artículo 45 de la Ley 99 de 1999 el hecho generador del tributo[40] esta constituido por la generación de energía. De hecho, todos los sujetos pasivos son generadores o productores de energía, ya sea para consumo propio, o bien para consumo de terceros. A su vez, los sujetos activos son, en general, las corporaciones autónomas regionales y los municipios y distritos donde se encuentren las plantas generadoras (en el caso de energía térmica), o las cuencas hidrográficas o embalses de donde se genere la energía hidroeléctrica. Sobre el particular el Consejo de Estado precisó que “el hecho generador de la contribución no es la venta de energía, sino la generación, pues, de manera coherente, los sujetos pasivos del tributo son los productores de energía y no quienes se dedican exclusivamente a comercializarla”[41].

(...)

En el presente caso, el elemento temporal del hecho generador del tributo se encuentra implícito en la descripción del supuesto que genera el gravamen. Así, en el caso del artículo 45 de la Ley 99 de 1993, se configura de manera instantánea con cada venta de energía eléctrica, en tanto que de conformidad con el artículo 54 de la Ley 143 de 1994, se estructura, también en forma instantánea, con cada venta de excedentes, o con la entrega o reparto a cualquier título, entre sus socios o asociados de la energía eléctrica que produzcan.

(...)

7.9. En conclusión, la Corte constató que el legislador al configurar los artículos 45 de la Ley 99 de 1993 y 54 de la Ley 143 de 1994, orientados a regular una contribución de naturaleza tributaria como son las transferencias del sector energético, preservó los principios de legalidad, certeza y estricta reserva de ley, que de conformidad con el artículo 338 de la Constitución orientan el ejercicio de la potestad impositiva del Estado. En efecto, la determinación por el órgano de representación popular, de varios sujetos activos de la obligación tributaria, no comporta la omisión que sobre este elemento del tributo censura el demandante. Tampoco se presenta una configuración incompleta o precaria del hecho generador del tributo, por presunta omisión de regulación del elemento temporal, comoquiera que en la descripción del supuesto que genera el tributo, se encuentra implícito el elemento temporal, vale decir, el carácter instantáneo del tributo. Y finalmente, tampoco se materializa una trasgresión al principio de estricta reserva legal del tributo, como consecuencia de la ausencia de inclusión en las normas acusados de instrumentos formales para garantizar el recaudo del importe del gravamen, comoquiera que, de una parte se trata de materias no sujeta al principio de estricta reserva legal, y de otra, que tal planteamiento se reduce a reprochar la supuesta ausencia de preceptos de estirpe legal que disciplinen

tal aspecto instrumental, lo que conduce a la falta de pertinencia de este aspecto de la impugnación.
(Negrilla fuera de texto)

Recogiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en las sentencias del 29 de octubre de 2009 dentro de la radicación 85001-23-31-000-2003-10373-01-(16796) y del 16 de septiembre de 2011 dentro de la radicación 85001-23-31-000-2005-00361-01(17546), se pronunció en cuanto a la naturaleza y finalidad, los sujetos activos y pasivos, el hecho generador y la base gravable de las transferencias del sector eléctrico. Veamos lo que dijo en esta última:

La Corte mediante Sentencia C-495 de 1998 declaró la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 45 de la Ley 99 de 1993, y en cuanto a la naturaleza del tributo precisó que aunque la ley no determinaba cuál era la naturaleza jurídica de la mencionada transferencia, era indudable que no se trataba de un impuesto de las entidades territoriales, sino que era una contribución establecida con la necesidad de que quienes hicieran uso de los recursos naturales renovables, o utilizaran en su actividad económica recursos naturales no renovables, con capacidad para afectar el ambiente, cargaran con los costos que demandara el mantenimiento o restauración del recurso o del ambiente. Es decir, a juicio de la Corte Constitucional la contribución tiene una finalidad compensatoria, por lo que resultaba constitucional que sus recursos se destinaran a proyectos de saneamiento básico y mejoramiento ambiental; además de gozar del respaldo constitucional de que todo lo atinente a la defensa y protección del ambiente es un asunto de interés nacional, en el cual está autorizada la intervención del legislador.
(...)

Conforme con las anteriores normas {artículo 45 de la Ley 99 de 1993 y Decreto 1933 de 1994}, a juicio de la Sala se pueden evidenciar los elementos del tributo así:

a. Sujetos activos:

En el caso de las centrales hidroeléctricas:

- Las corporaciones autónomas regionales que tengan jurisdicción en el área donde se encuentra localizada la cuenca hidrográfica y el embalse.*
- Los municipios y distritos localizados en la cuenca hidrográfica que surte el embalse y los municipios y distritos donde se encuentre el embalse.*

En el caso de las centrales térmicas:

- La corporación autónoma regional para la protección del medio ambiente del área donde está ubicada la planta.*
- El municipio donde está situada la planta generadora.*

b. Sujetos pasivos:

- Las empresas generadoras de energía hidroeléctrica*
- Las centrales térmicas*
- Los autogeneradores*
- Las empresas que vendan excedentes de energía eléctrica*

- Las personas jurídicas privadas que entreguen o repartan, a cualquier título, entre sus socios y/o asociados, la energía eléctrica que ellas produzcan

En todos los casos, la potencia nominal instalada total debe superar los 10.000 kilovatios.

c. Hecho generador del tributo:

El hecho generador según se estableció en la Ley 99 de 1993 fue la generación de energía, lo cual es confirmado por la Ley 143 de 1994 pues un elemento común en todos los sujetos pasivos enlistados anteriormente, es que producen o generan energía, bien para consumo propio o para la venta o para la cesión a sus socios y/o asociados.

(...)

Confirma lo anterior, que la norma consagra diferentes sujetos pasivos del tributo, pues retomando la redacción de las Leyes 99 de 1993 y 143 de 1994 se tiene:

Las empresas generadoras de energía hidroeléctrica y centrales térmicas: son los generadores (persona natural o jurídica que produce energía eléctrica), los autogeneradores (persona natural o jurídica que produce energía eléctrica exclusivamente para atender sus propias necesidades), las empresas que vendan excedentes de energía eléctrica (Cogeneradores), así como las personas jurídicas privadas que entreguen o repartan, a cualquier título, entre sus socios y/o asociados, la energía eléctrica que ellas produzcan (Productores de servicios marginales, independientes o para uso particular).

(...)

d. La base gravable y la tarifa:

Conforme al artículo 45 de la Ley 99 de 1993 la base gravable estaba constituida por las ventas brutas de energía por generación propia, de acuerdo con la tarifa que para ventas en bloque señalara la comisión de regulación energética.

El artículo 2º del Decreto 1933 de 1994 definió para los efectos señalados en el artículo 45 de la Ley 99 de 1993:

(...)

Es decir, aunque la norma señalara como base gravable las ventas brutas de energía, no puede considerarse que éste sea el hecho generador. El hecho generador era y sigue siendo la generación de energía, que en el caso de las generadoras se vende, de manera que la base correspondía exactamente al resultado de la actividad realizada por el sujeto pasivo, destinatario inicial de la contribución, que era la generación. Y aunque el valor de las ventas de una generadora se puede determinar por otros medios (por ejemplo, el valor de los contratos de venta de energía), el legislador quiso que fuera una forma sencilla de establecer este elemento, mediante la simple operación de multiplicar la generación propia (previo el descuento del consumo propio de la planta) por la tarifa para venta en bloque de energía[4].

Con la expedición de la Ley 143 de 1994, en la que se amplió la transferencia a otros sujetos pasivos: los autogeneradores, las empresas que vendan excedentes de energía eléctrica, así como las personas jurídicas privadas que entreguen o repartan, a cualquier título, entre sus socios y/o asociados, la energía eléctrica que ellas produzcan, el mismo artículo 54 *ibidem*, estableció, en cuanto a la base gravable, lo siguiente: “Para la liquidación de esta transferencia, las ventas brutas se calcularán como la generación propia multiplicada por la tarifa que señale la Comisión de Regulación de Energía y Gas para el efecto”

(Subraya la Sala).

Para la Sala, aunque el artículo 45 de la Ley 99 de 1993 señale como base gravable la venta de energía, la Ley 143 de 1994 que incluyó otros sujetos pasivos, definió y le dio un alcance al concepto “venta bruta de energía” propio y específico para la transferencia del sector eléctrico por parte de estos nuevos sujetos pasivos al usar el adverbio “como”[5].

(Subrayado propio del texto)

5. Conclusiones

De conformidad con la normatividad, jurisprudencia y conceptualización anotada anteriormente, respecto al tema consultado, podemos concluir:

- i) La vigilancia y el control fiscal de la entidad territorial municipio y de sus entidades respecto de los recursos endógenos, corresponde a la contraloría municipal respectiva; de no contar con contraloría municipal, dicho control corresponde a la contraloría departamental respectiva.
- ii) La vigilancia y el control fiscal de la entidad territorial municipio y de sus entidades respecto de los recursos exógenos, corresponde de manera prevalente a la Contraloría General de la República.
- iii) Los órganos de control fiscal están facultados constitucional y legalmente para adelantar la vigilancia y el control fiscal de los particulares que manejen bienes públicos.
- iv) Es el órgano de control fiscal respectivo quien deberá evaluar, a las luces de la normatividad y jurisprudencia respectiva, si un particular es sujeto de control fiscal o no.
- v) Los ingresos presupuestales de las entidades territoriales municipios, provienen de fuente externa que son aquellos que les gira la Nación denominados exógenos, y de una fuente interna que son sus propios ingresos denominados recursos endógenos.
- vi) De conformidad con la jurisprudencia relacionada, los recursos que los municipios reciben de las transferencias del sector eléctrico, son catalogados como contribuciones con destinación específica y por lo tanto, son recursos propios o endógenos.
- vii) Estos recursos procedentes de transferencias del sector eléctrico, se deben destinar a las obras establecidas en el plan de desarrollo municipal dándole prioridad a los proyectos de agua potable, saneamiento básico y mejoramiento ambiental.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, anotando que el presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 “Por

medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

*“...el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad ‘ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución’**”*
(Negrilla fuera de texto)

Igualmente le informamos que el Presidente de la República en uso de facultades constitucionales, mediante el Decreto-Legislativo 491 de 2020 *“Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica”,* amplió el termino para la resolución de las consultas presentadas por los ciudadanos, así:

Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:

(...)

(ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción.

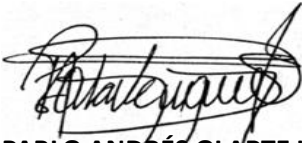
(...)

Finalmente, le manifestamos que la señora Auditora General de la República en cumplimiento de las disposiciones del Decreto-Legislativo 491 de 2020, expidió la Resolución Reglamentaria No. 005 del 31 de marzo de 2020 *“Por la cual se modifica la Resolución Reglamentaria No. 004 de 2020 y se toman otras medidas por motivos de salubridad pública.”*, autorizando en su artículo 4º, el uso de la firma escaneada por parte de los directivos de la entidad en los documentos dirigidos a los usuarios, y en el artículo 5º su comunicación y notificación a través de medios electrónicos (dirección electrónica).

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 Nro. 69-76 Piso 17, Edificio Elemento Torre 4 de Bogotá o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y fljimenez@auditoria.gov.co. Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón SIA, seleccionando la opción SIA ATC




ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione el botón *Encuesta de Satisfacción* e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña 34c6e7ef (para el SIA-ATC. 012021000026) y 9a708478 (para el SIA-ATC. 012021000072) también puede consultar su solicitud seleccionando el botón *Consultar Solicitud* ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,



PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Fabio Luis Jiménez Castro		02/03/2021
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		05/03/2021
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		05/03/2021

Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.