

CONTROL FISCAL - Sujetos Pasivos

La Ley 42 de 1993 dispone que son sujetos de control fiscal los órganos que integran la rama legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización y sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República (art. 2º)

NOTA DE RELATORÍA: Autorizada su publicación con oficio 0027 de 1 de febrero de 1999.

GASTOS DE FUNCIONAMIENTO DE CONTRALORIA DEPARTAMENTAL - Límites de las apropiaciones

En desarrollo del artículo 308 constitucional que autoriza al legislador para limitar las apropiaciones departamentales destinadas a gastos de funcionamiento de las contralorías departamentales, fue expedida la Ley 330 de 1996, en cuya parte central se determina que las apropiaciones para gastos de las contralorías departamentales no podrán exceder de los límites que se señalan para cinco categorías presupuestales, las cuales se establecen con base en el monto total del presupuesto inicial de rentas de los departamentos. Así, para la primera categoría, que comprende los presupuestos de rentas iguales o superiores a 2.500.000 salarios mínimos legales mensuales - como es el caso de Antioquia - el límite es del 20 / o del respectivo presupuesto anual del departamento y sus modificaciones. Empero, adicionalmente se fija también un límite a las apropiaciones para gastos de las contralorías departamentales en el presupuesto de rentas y sus modificaciones de las entidades descentralizadas del nivel departamental y de las áreas metropolitanas. Este límite es, en la primera categoría presupuestal, hasta del 0.5%.

NOTA DE RELATORÍA: Autorizada su publicación con oficio 0027 de 1 de febrero de 1999.

CUOTA DE VIGILANCIA FISCAL - Entidades Obligadas / CUOTA DE AUDITAJE - Empresas de Servicios Públicos / EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS - No obligatoriedad pago cuota de auditaje

Es entonces cuando la Ley 330 de 1996 prescribe el recaudo de la cuota de vigilancia fiscal, a cargo de los departamentos, sus entidades descentralizadas y en general los sujetos de control fiscal, a todos los cuales impone la obligación de girar dentro de los primeros cinco días después de aprobado el programa anual mensualizado de caja, PAC, directamente a las contralorías las partidas asignadas en sus respectivos presupuestos (art. 13). En tratándose de un tema circunscrito a las contralorías de las entidades territoriales denominadas departamentales, los sujetos de control fiscal no pueden ser todos los que se encuentran en el listado general a que se refiere el artículo 2º. de la Ley 42 de 1993, sino los específicos a que alude el artículo 11 de la misma Ley 330; o sea los departamentos, las entidades descentralizadas del nivel departamental - de régimen ordinario - y las áreas metropolitanas. De no existir un claro fundamento jurídico para el cobro de las cuotas por concepto de vigilancia fiscal, éstas no podrán exigirse ni recaudarse por las respectivas contralorías departamentales. Las empresas de servicios públicos no están obligadas a cancelar la cuota de auditaje de que trata la Ley 330 de 1996.

NOTA DE RELATORÍA: Autorizada su publicación con oficio 0027 de 1 de febrero de 1999.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: JAVIER HENAO HIDRÓN

Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho de enero de mil novecientos noventa y nueve.

Radicación número: 1171

Actor: MINISTRO DEL INTERIOR

Referencia: Cuota de vigilancia fiscal. ¿ Están facultadas por la ley las contralorías departamentales para cobrar esta cuota a las empresas de servicios públicos?

El señor Ministro del Interior, doctor Néstor Humberto Martínez Neira, atendiendo solicitud del gobernador de Antioquia, formula a la Sala la consulta que concibe en los siguientes términos textuales:

¿ Están obligadas las Empresas de Servicios Públicos a cancelar la cuota de auditaje de que trata la ley 330 de 1996, sin que medie reglamentación sobre el asunto, y a pesar de constituir nuevas formas empresariales, sujetas a revisión fiscal, auditoría externa, pagos a Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y Superintendencia de Servicios Públicos ?

En caso afirmativo, ¿ cuál es el monto de la referida cuota de auditaje ?.

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

I. Motivo de la Consulta. La consulta encuentra su motivación en la controversia que se ha suscitado en torno a EDATEL S.A., E.S.P., entre la Contraloría Departamental de Antioquia y los diferentes accionistas de la empresa respecto de la legalidad del cobro de la llamada cuota de auditaje, “máxime cuando se trata de un monto considerable como el que está cobrando el mencionado órgano

de control que aproximadamente a la fecha asciende a la suma de \$1.519'999.997, correspondientes al cobro del año 1997 y parte de 1998", según palabras del gobernador de Antioquia.

Por estar constituido su capital por aportes del departamento de Antioquia (45.81%), las Empresas Públicas de Medellín (30%) y por socios privados (24.19%), EDATEL S.A. es una empresa de servicios públicos mixta. En efecto, corresponde perfectamente a la definición que de empresa de servicios públicos mixta trae la ley 142 de 1994: "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%" (art. 14.6).

La empresa EDATEL S.A. aduce que si bien es sujeto de control fiscal, sin embargo no está obligada a pagar cuotas de auditaje a la Contraloría Departamental, por no existir una ley que autorice tal pago.

La Contraloría General de Antioquia, por su parte, argumenta que la ley 330 de 1996 se ocupó de las apropiaciones de los gastos de las contralorías departamentales, fijando límites y creando categorías para efectos presupuestales y que de los artículos 11, 13 y 17, interpretados sistemáticamente, es forzoso concluir que todos los sujetos de control fiscal están obligados al pago de la cuota de auditaje.

II. Criterio de la Sala sobre las empresas de servicios públicos. Esta Sala se ha referido in extenso a las empresas de servicios públicos domiciliarios o empresas de servicios públicos, surgidas de la ley 142 de 1994, en las consultas radicadas bajo los números 714 y 1.141, de 29 de agosto de 1995 y 10 de septiembre de 1998, respectivamente.

En la primera de dichas consultas (anterior a la expedición de la ley 330 de 1996), la Sala respondió en forma negativa la pregunta acerca de si las contralorías departamentales están legalmente facultadas para cobrar cuotas de auditaje a las entidades descentralizadas del respectivo departamento. Y precisó que mientras no exista ley que las autorice, las asambleas departamentales no pueden establecer o autorizar a las respectivas contralorías el cobro de auditaje a los municipios que no posean sus propias contralorías.

Por lo demás, la Sala explicó que el porcentaje del presupuesto destinado a la organización y funcionamiento de las contralorías departamentales, se toma del presupuesto general del departamento, compuesto por el presupuesto departamental o de la administración central y por los presupuestos de los establecimientos públicos y que incluirá, además, las contribuciones parafiscales que ejecuten los órganos que forman parte del presupuesto general del departamento y, si existieren, los excedentes financieros de las empresas industriales y comerciales del nivel departamental y de las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas en que el departamento tenga participación.

En la segunda de las mencionadas consultas (radicación 1.141/98), la Sala se refirió al tema del control fiscal que se ejerce sobre las empresas de servicios públicos y respecto de las empresas de servicios públicos mixtas estimó que constituyen una nueva categoría especial de personas jurídicas, distintas de las sociedades de economía mixta reguladas por las disposiciones generales que tienen origen en la reforma administrativa de 1968, de manera que las primeras son autorizadas por el legislador con fundamento en la competencia que la Constitución le otorga para establecer el régimen jurídico al que están sometidos los servicios públicos.

Al interpretar el artículo 27.4 de la ley 142 de 1994 que regula, de modo especial, la procedencia del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios, la Sala estimó que debe ejercerse en relación con las acciones representativas del aporte al capital, que otorgan derecho al patrimonio y sobre los dividendos que puedan corresponderle, sin perjuicio de la procedencia del control fiscal integral sobre estas empresas, que prevé la misma ley 142 en sus artículos 50 y 51.

Como consecuencia, para la Sala el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución Política, es el previsto en la ley de servicios públicos, o sea la ley 142 de 1994 y su complemento en las leyes 143 de 1994 y 286 de 1996.

III. Vigilancia fiscal y cuota que se percibe por este concepto. El control fiscal es concebido por la norma superior como una función pública mediante la cual las contralorías (General de la República, departamentales, distritales y municipales)

vigilan la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado.

Dicho control es ejercido en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establece la ley.

Al respecto, la ley 42 de 1993 dispone que son **sujetos de control fiscal** los órganos que integran la rama legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, **los organismos creados por la Constitución 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 y sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República (art. 2º.).

En desarrollo del artículo 308 constitucional que autoriza al legislador para limitar las apropiaciones departamentales destinadas a gastos de funcionamiento de las contralorías departamentales, fue expedida la ley 330 de 1996, en cuya parte central se determina que las apropiaciones para gastos de las contralorías departamentales no podrán exceder de los límites que se señalan para cinco categorías presupuestales, las cuales se establecen con base **en el monto total del presupuesto inicial de rentas de los departamentos**. Así, para la primera categoría, que comprende los presupuestos de rentas iguales o superiores a 2.500.000 salarios mínimos legales mensuales - como es el caso de Antioquia - el límite es del 2% del respectivo presupuesto anual del departamento y sus modificaciones.

Empero, adicionalmente se fija también un límite a las apropiaciones para gastos de las contralorías departamentales en el presupuesto de rentas y sus modificaciones de las entidades descentralizadas del nivel departamental y de las áreas metropolitanas. Este límite es, en la primera categoría presupuestal, hasta del 0.5%.

El porcentaje sobre el monto total del presupuesto de rentas de los departamentos, que dispone las apropiaciones para gastos de las contralorías departamentales, es determinado por la respectiva asamblea, en la ordenanza

que contiene el presupuesto anual; el anteproyecto lo elabora el contralor departamental y es incorporado por el gobernador al proyecto anual de rentas y gastos del correspondiente departamento (ibídem, art. 12 y ley 136 de 1994, art. 165-12).

Los demás aspectos referentes a la programación, preparación, presentación, modificación, ejecución, traslados y adiciones, ejecución y control de las apropiaciones de las contralorías departamentales - prescribe la ley 330 en su artículo 12, inciso segundo -, se regirán por las disposiciones contenidas en las normas orgánicas del presupuesto de cada departamento, las cuales deben dictarse de conformidad con la Ley Orgánica del Presupuesto Nacional; mientras no se dicten aquellas normas regirán las de carácter nacional. De manera que en estos aspectos no es posible advertir vacíos en la reglamentación.

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

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

Los organismos creados por la Constitución y la ley que tienen régimen especial, se regirán por éste. Tal ocurre con las empresas de servicios públicos, sometidas a las disposiciones de la ley 142 de 1994, que, además, prevalece en caso de conflicto con otras leyes sobre los servicios a que ella se refiere y que sólo puede ser alterada por leyes posteriores que identifiquen de modo preciso la norma objeto de excepción, modificación o derogatoria (ibídem, art. 186).

Es cierto que todas las entidades prestadoras de servicios públicos están sujetas al régimen tributario nacional y de las entidades territoriales, pero es menester observar las reglas especiales pertinentes que trae la ley 142 de 1994 en disposiciones tales como las contenidas en sus artículos 24, 27, 49, 50, 51 y 72.

Conviene señalar también que en una ley reciente, la 489 de 29 de diciembre de 1998, de las empresas de servicios públicos domiciliarios tan solo las oficiales y las que hayan adoptado la naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado son clasificadas dentro de la tipología de entidades descentralizadas, pertenecientes al sector descentralizado por servicios. Por tanto, las otras dos modalidades, o sea las empresas mixtas - como es el caso de EDATEL S.A. - y las particulares, en razón de sus características y la orientación por el derecho privado, quedan por fuera del sistema de integración de la rama ejecutiva del poder público (arts. 38 y 68 en concordancia con el parágrafo del art. 2º.).

Lo anterior indica que para las empresas de servicios públicos mixtas y particulares la intervención de las contralorías se concreta a verificar que el aporte estatal se ajusta a las disposiciones legales y que aquél, convertido en acciones, produzca los objetivos buscados con la inversión.

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

Como consecuencia, **se responde** que las empresas de servicios públicos no están obligadas a cancelar la cuota de auditaje de que trata la ley 330 de 1996.

Transcríbase al señor Ministro del Interior. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

* * *

PASAN LAS FIRMAS

Augusto Trejos Jaramillo
Presidente de la Sala

Javier Henao Hidrón

César Hoyos Salazar

Luis Camilo Osorio Isaza

Elizabeth Castro Reyes
Secretaria de la Sala