

**CONTROL FISCAL - Empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas / TARIFA DE CONTROL FISCAL – Fundamento legal / CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA – Naturaleza / ELECTROLIMA E.S.P. – Es una empresa de servicios públicos mixta del orden nacional y está sometida al control fiscal**

Siendo entonces ELECTROLIMA S.A. E.S.P., una empresa de servicios públicos mixta, por el hecho de manejar dineros del Estado la hace sujeto de control fiscal por parte de la Contraloría General de la República. Por ser sujeto de control fiscal también está obligada a pagar la cuota de tarifa de control fiscal a que hace referencia el artículo 4º de la Ley 106 de 1993, norma que no hizo excepción alguna, ya que la única condición que exigió para que el ente de control pueda cobrarla es precisamente, que el organismo o entidad sea sujeto de control fiscal, como en efecto lo es la parte actora. Por tanto no puede servir de excusa para exonerarse de este aporte por el control fiscal, el anteponer una legislación o régimen especial como lo dejó expuesto el Tribunal de primera instancia, quien afirmó que la Electrificadora del Tolima S.A. E.S.P., estaba sometida a la Ley 142 de 1994 y que si bien es cierto esta legislación señala que las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial, están sometidas a la vigilancia de la Contraloría General igualmente lo es que, no están sometidas al pago de la tarifa de control fiscal en razón a su régimen especial, ya que su actividad se funda en los principios de competencia y eficiencia, por lo que de haber lugar al pago este se trasladaría a los usuarios en aumento de la tarifa por la prestación del servicio.[...] Vistas las anteriores consideraciones, la Sala revocará la sentencia apelada y, en consecuencia, denegará las pretensiones de la demanda, pues lo cierto es que ELECTROLIMA E.S.P. es una empresa de servicios públicos mixta del orden nacional sometida al control fiscal por parte de la Contraloría General de la República y por tanto, sujeto pasivo de la cuota de control fiscal.

**SÍNTESIS DEL CASO:** La sociedad Electrificadora del Tolima S.A. E.S.P. – Electrolima S.A. E.S.P., presentó demanda de nulidad y restablecimiento de derecho, contra las Resoluciones Números 01112 de septiembre de 2003, la 01786 de 19 de noviembre de 2003 y 00111 de 21 de enero de 2004, expedidas por la Contraloría General de la República, mediante las cuales respectivamente, se fijó una tarifa de control fiscal, se resolvió un recurso de reposición y de apelación, la cual mantuvo su decisión, la parte demandante argumentó que hay empresas prestadoras de servicios públicos, que quedaron exentas del pago de control fiscal, sin embargo, hay otras entidades como la demandante que continúan cobrándole y en ese orden se da la violación al principio de igualdad, competencia y eficiencia. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca anuló los actos acusados, decisión que la Sala revocó y en su lugar denegó las pretensiones de la demanda.

**NOTA DE RELATORIA:** Ver sentencia, Consejo de Estado, Sección Primera, de 6 de marzo de 2008, Radicación 25000-23-27-2003-00230-01, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; de 10 de diciembre de 2008, Radicación 2002-00394-01, C.P. María Claudia Rojas Lasso; de 14 de diciembre de 2009, Radicación 2000-04109, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno; Corte Constitucional, Radicación C- 1148 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; Radicación C-1550 de 21 noviembre de 2000

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTÍCULO 267 INCISO 1 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTÍCULO 267 INCISO 4 / LEY 106 DE 1993 – ARTÍCULO 4 / LEY 42 DE 1993 – ARTÍCULO 2 / DECRETO LEY 267 DE 2000 – ARTÍCULO 4 / DECRETO LEY 267 DE 2000 –

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION PRIMERA**

**Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO**

Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil doce (2012)

**Radicación número: 25000-23-27-000-2004-01189-01**

**Actor: ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S.A. E.S.P. –ELECTROLIMA S.A. E.S.P**

**Demandado: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de fecha 27 de marzo de 2007 proferida por la Sub-sección B de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual Anuló las resoluciones N° 01112 del 2 de septiembre de 2003, 01786 del 19 de noviembre de 2003 y 00111 del 21 de enero de 2004, proferidas por la Contraloría General de la República.

**I. ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA**

**1.1. Pretensiones:**

A. Que se declare la nulidad de la **Resolución 01112 de septiembre 2 de 2003**, expedida por la Contraloría General de la República, a través de la cual se fija una tarifa de control fiscal para la vigencia fiscal de 2003 a la Electrificadora del Tolima S.A. E.S.P. ELECTROLIMA, en la cual se señala que debe pagar a esa Entidad la suma de \$243.039.065 como valor de la tarifa de control fiscal para la vigencia fiscal del año 2003.

B. Que se declare la nulidad de la **Resolución 01786 de noviembre 19 de 2003**, expedida por la Contraloría General de la República, Por la cual se resuelve el

recurso de reposición interpuesto contra la Resolución N° 01112 de 2003, que confirmó en todas sus partes la misma.

C. Que se declare la nulidad de la **Resolución 00111 de enero 21 de 2004**, de la Contraloría General de la República mediante la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la resolución 01112 de 2003.

D. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se restablezca el derecho y se exima del pago de la tarifa de control fiscal para el año 2003 y años subsiguientes.

E. Que se exonere a ELECTROLIMA de prestar la caución a que se refiere el artículo 140 del C.C.A.

## **1.2. Hechos:**

Fueron resumidos por la primera instancia en los siguientes términos:

“La Contraloría General de la República expidió la Resolución N° 01112 de 2 de septiembre de 2003, por la cual fijó la tarifa de control fiscal para la vigencia fiscal de 2003, a cargo de la sociedad ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S.A. E.S.P. en una suma que asciende a un valor de DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES TREINTA Y NUEVE MIL SESENTA Y CINCO PESOS M/cte 8\$243.039.065).

Contra el anterior acto administrativo, el 9 de octubre de 2003, dentro del término, la demandante interpuso Recurso de Reposición y en subsidio Apelación.

Frente al Recurso de Reposición, la Contraloría General de la República se pronunció mediante la Resolución N° 01786 de 19 de noviembre de 2003, confirmando en todas sus partes el acto impugnado y se concedió el Recurso de Apelación.

La Vicecontraloría General de la República, profiere la Resolución N° 0111 de 21 de enero de 2004, confirmando en todas sus partes la anterior resolución, quedando así agotada la vía gubernativa”.

### 1.3. Normas violadas y concepto de la violación

En el sentir de la apoderada de la entidad demandante las normas vulneradas por las resoluciones cuya nulidad solicita son: los artículos 333 y 365 de la Constitución Política; 17, 19, 27, 85 y 186 de la Ley 142 de 1994; 379, 461 a 468 del Código de Comercio; 28, 40, 68 y 84 de la Ley 489 de 1998; 2 de la Ley 42 de 1993; 4° del Decreto Ley 267 de 2000 y 69 del C.C.A.

Los cargos por violación a la normatividad citada en precedencia, del extenso texto de la demanda (obrante a folios 2-32 cuaderno 1), se pueden resumir así: en cuanto a la violación del Artículo 365 de la Constitución Política, ésta se evidencia por el desconocimiento del régimen jurídico especial que regula el tema de los servicios públicos y en cuanto al desconocimiento de los artículos **13 y 333 superiores se da por el hecho de que no tuvo en cuenta** la Contraloría General de la República, los Conceptos 1.171 y 1.253 del Concejo de Estado, mediante los cuales determinó que EDATEL, empresa prestadora de servicios públicos del orden Departamental y EADE, quedaron exentas del pago de control fiscal, sin embargo, a otras entidades como la demandante continúa cobrándola y en ese orden se da la violación al principio de igualdad, competencia y eficiencia en la forma como orden la Ley 142 de 1994.

Afirma la demandante que las resoluciones impugnadas vulneran los artículos 17, 19, 27.4, 27.7, 85 y 186, de la Ley 142 de 1994 por cuanto considera que con el cobro de la tarifa de control fiscal a la sociedad ELECTROLIMA S.A E.S.P. se incurre en una violación al Régimen Especial consagrado para las Empresas de Servicios Públicos (E.S.P.) que prima sobre las normas generales que regulan al órgano de control, por lo que su competencia se circunscribe a la vigilancia en los términos legales pero no tiene la facultad legal de cobrar la tarifa de control fiscal. Al efecto, cita el artículo 27.7 de la Ley 142 y subraya que *“las empresas de servicios públicos, **se regirán en un todo por las normas de derecho privado**”*.

Respecto del desconocimiento de los Artículos 38, 40, 68 y 84 de la Ley 489 de 1998 aduce la actora que las resoluciones impugnadas no los respeta como

quiera que la propia Ley 489 acepta y reconoce el Régimen Especial al que están sujetas las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos bien sea que se trata de oficiales o mixtas, pero que en el caso de ELECTROLIMA S.A. E.S.P. no se puede aplicar esta legislación pues no forma parte de la Rama Ejecutiva de acuerdo con lo establecido por el artículo 38 de la citada ley.

Sostiene la demandante que, los actos atacados de nulidad desconocen el artículo 4° del Decreto Ley 267 de 2000, como quiera que en esta disposición no se incluyó como sujeto de vigilancia y control fiscal a las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Mixtas como es el caso de la Electrificadora del Tolima S.A. E.S.P.

Finca la transgresión de los artículos 69 y concordantes del C.C.A. relativos a la falta de competencia de la Contraloría General de la República para imponer dicha tarifa, de acuerdo con un Concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del 6 de abril de 2000 en el que determinó que esta facultad es de competencia del legislador que no la ha ejercido en relación con las empresas de servicios públicos domiciliarios. Indica que la función del control fiscal establecida por los artículos 27.4 o 50 y 51 de la Ley 142 de 1994 no otorga **per se** al órgano de control la facultad discrecional o reglada de cobrar una tarifa por este concepto.

En cuanto a la supuesta falsa motivación de las resoluciones demandadas, afirma que ésta se observa por cuanto las normas que sirvieron de soporte jurídico para determinar la tarifa de control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, no constituyen el fundamento legal para aplicar dicha tarifa a una Empresa Prestadora de Servicios Públicos como es el caso de la sociedad demandante.

A más de lo anterior, de acuerdo con la Ley 142 de 1994 y el concepto del 6 de abril de 2000 del H. Consejo de Estado, concluye la apoderada de la demandante que el único límite a la aplicación del Régimen Especial de las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos, lo constituye la Constitución Política.

## **2. CONTESTACION DE LA DEMANDA.**

La Contraloría General de la República a través de apoderado judicial, presentó escrito (obstante a folios 218-228 del cuaderno 1) en el que se opuso a las pretensiones de la demanda por lo que solicitó del tribunal de conocimiento, no declarar la nulidad de las resoluciones demandadas, ya que se expidieron de forma regular al tener sustento constitucional y legal en los artículos 267 inciso 4° de la Constitución Política y 4° de la Ley 106 de 1993, al tiempo que fueron proferidas por el funcionario competente esto es, por la Directora de la Oficina de Planeación por expresa delegación del Contralor General de la época, respetando el derecho a la defensa de la entidad demandante quien agotó la vía gubernativa.

Indicó que no es procedente acceder a la solicitud de la representante legal de la demandante de eximirla de pagar la caución a la que hace referencia el artículo 140 del C.C.A., con fundamento en un concepto proferido por esta corporación judicial el 7 de diciembre de 1994 y con base en lo considerado por la Corte Constitucional en Sentencia C- 318 de junio 30 de 1998.

Para el apoderado de la entidad demandada, en el caso bajo estudio no se discute ni la naturaleza de ELECTROLIMA S.A. E.S.P., ni el régimen legal aplicable a su actividad misional, ni el control que debe ejercer la Contraloría General de la República sobre los recursos estatales que maneja, pues el análisis se centra es en la facultad legal que tiene el órgano de control para calcular, imponer y recaudar la tarifa de control fiscal.

Respecto de la cita efectuada por la demandante del concepto proferido por el Consejo de Estado de fecha 6 de abril de 2000, afirma que fue mal interpretado por cuanto su análisis fue fragmentado y no integral y que por tanto, la respuesta a la consulta se restringe es a las competencias de las contralorías territoriales y no a la Contraloría General de la República, pues ésta tiene la facultad taxativamente consagrada en el artículo 267 de la Constitución Política, para efectuar el cobro de la tarifa de control fiscal. Además recuerda que los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil no son obligatorios.

Manifiesta el vocero de la Contraloría General de la República que no entiende la razón de la demanda, cuando la representante de la sociedad demandante es consciente en reconocer que ELECTROLIMA S.A. E.S.P. sí es sujeto de vigilancia fiscal por parte del ente de control, a pesar del régimen legal especial que la orienta. Que es falsa la aseveración de la demandante en el sentido de que la

E.S.P. no maneja fondos públicos, de acuerdo con el cuadro de composición accionaria a diciembre de 2003 que revela un porcentaje accionario del 99% por cuenta de la Nación.

En cuanto a los antecedentes legales sobre el control fiscal y el cobro de la tarifa respectiva, indica que como quiera que el fundamento para éste es la vigilancia que realiza la Contraloría General sobre las entidades estatales, por ello cualquiera que sea la entidad y la naturaleza jurídica que tenga, tiene que cancelar la tarifa de control fiscal, con base en los artículos 267 constitucional y 4° de la ley 106 de 1993

Insiste quien contesta la demanda en que no fueron desconocidas normas de carácter superior ni tampoco de la Ley 142 de 1994, pues las resoluciones demandadas lo que hacen es ejecutar una facultad legal que le otorga la propia Carta Política a la Contraloría General de la República, para el cobro de la tarifa de control fiscal del cual no hay excepción alguna, ni siquiera para las E.S.P. Que por tanto, los actos acusados no desconocen el régimen especial de las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos y menos aún, la supuesta violación por falta de competencia del órgano de control para imponerla, endilgada por la actora.

Finalmente advierte que, a pesar de que la Corte Constitucional al decidir la constitucionalidad del artículo 8° del Decreto 267 de 2000 en relación a la tarifa de control fiscal que debe cobrar la Contraloría General de la República, lo declaró inexecutable, en todo caso advirtió en el mismo fallo que esta facultad la podía ejercer con base en el artículo 4° de la Ley 106 de 1993 que continua vigente.

### **3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

Los apoderados judiciales tanto de la sociedad demandante como del órgano de control demandado, presentaron dentro de la oportunidad legal para hacerlo, escritos contentivos de alegatos de conclusión (visible a folios 247 a 255 y 257 a 261 respectivamente del cuaderno 1) en el que reiteran lo plasmado en la demanda y en la contestación de la misma.

### **4. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

No presentó concepto el agente de la Procuraduría General de la Nación.

## II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de fecha 27 de marzo de 2007 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Sub sección B (obrando a folios 263-290 cuaderno 1), resolvió anular la Resolución 0112 de 2 de septiembre de 2003 y sus confirmatorias las resoluciones N° 01786 de 19 de noviembre de 2003 y 00111 de 21 de enero de 2004, expedidas por la Contraloría General de la República y a título de restablecimiento del derecho, dispuso que la sociedad Electrificadora del Tolima S.A. E.S.P. no estaba obligada a pagar la tarifa de control fiscal correspondiente a la vigencia fiscal 2003.

Luego de efectuar un extenso y juicioso análisis normativo y jurisprudencial, acerca de la competencia que le asiste a la Contraloría General de la República a la luz de la Ley 106 de 1993, para efectuar el cobro de la tarifa de control fiscal, la primera instancia concluyó que la función **per se** del ente de control es adelantar control de gestión fiscal a todas las entidades que manejen o administren fondos o bienes de la Nación, pero que en punto a este tema debe prevalecer la naturaleza jurídica de la entidad auditada en este caso de la Electrificadora del Tolima S.A. E.S.P., es decir, prevalecen entonces las disposiciones de la Ley 142 de 1994.

Para responder el interrogante si ELECTROLIMA S.A. E.S.P. es sujeto de control fiscal o no, discrepa la Sala del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de la interpretación dada por la demandada al ubicar a la electrificadora dentro del grupo señalado en el numeral 9° del artículo 4° del Decreto Ley 267, esto es, *“Las entidades y organismos que integran la Rama Ejecutiva del Poder Público tanto del sector central como del descentralizado por servicios, del orden nacional, conforme a lo previsto en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998”*. Lo anterior resulta claro por cuanto, el artículo 4° del Decreto 267 de 2000 no incluyó como sujeto de vigilancia y control fiscal a las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Mixtas como es el caso de ELECTROLIMA, categoría en la que encuadra según el artículo 14.6 de la Ley 42 de 1993 en armonía con el 2° de la ley 42 de 1993 que señala cuáles son los sujetos de control fiscal. Por tanto, las empresas de servicios públicos mixtas son una categoría especial de personas jurídicas, cuya creación deviene de la autorización que la Constitución le otorga al legislador.

En todo caso el Tribunal reconoce que las E.S.P. son objeto de la vigilancia fiscal por parte de la Contraloría General de la República, de las departamentales y municipales, de acuerdo con el artículo 27 de la Ley 142 de 1994, sino también de los artículos 21 párrafo 1°, 22 y 23 de la Ley 42 de 1993, al tiempo que la propia Carta Política en el artículo 267 señala que la función primordial de la Contraloría General de la República es, la de vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Luego procede la primera instancia a responder el interrogante por ella misma planteado según el cual, al tener claro que si ELECTROLIMA S.A. E.S.P. sí es sujeto de control fiscal está o no obligada a pagar la tarifa de control fiscal. Con base en los conceptos 1.171 y 1253 proferidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil consideró que, si bien es cierto, de conformidad con el artículo 21 de la Ley 42 de 1993, las sociedades de economía mixta están sujetas al pago de la tarifa de control fiscal, no lo es menos que la Ley 142 de 1994 señala que las Empresas de Servicios Públicos domiciliarios de carácter oficial están sujetas a la vigilancia de la Contraloría General, la cual se concreta en la verificación de que los aportes estatales se ajusten a las disposiciones legales y cumplan el objetivo por el cual fueron otorgados.

Sin embargo, dijo el Tribunal, que dichas entidades no están obligadas al pago de la tarifa de control fiscal en razón a su régimen especial, ya que su actividad se funda en los principios de competencia y eficiencia, por lo que de haber lugar al pago, éste se trasladaría a los usuarios en aumento de la tarifa por la prestación del servicio público.

De acuerdo con lo anterior, afirmó el fallador que el cargo tiene vocación de prosperidad en cuanto la demandante es sujeto de vigilancia fiscal, pero no lo es del pago de la tarifa de control fiscal, razón por la cual decidió anular los actos administrativos demandados y a título de restablecimiento del derecho dispuso que la demandante quedaba eximida del pago de la tarifa de control fiscal de la vigencia 2003.

### **III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

Dentro de la oportunidad legal, la apoderada de la Contraloría General de la República interpuso y sustentó recurso de alzada contra la sentencia de primera

instancia (visible a folios 296-298 del cuaderno N° 1)), en el cual solicitó la revocatoria total de la providencia fechada 27 de marzo de 2007.

Manifiesta que poco o nada se pronunció el **a quo** respecto del tema de la tarifa fiscal, tanto que en su criterio existe error en la apreciación de los conceptos proferidos por esta Corporación, sin tener en cuenta la observancia de la normatividad que regula en forma expresa el cobro de la tarifa fiscal para la Contraloría General de la República y que, precisamente por haberla desconocido es que se debe revocar.

Destaca la representante de la entidad demandada que, el órgano de control se encuentra sometido a una normatividad especial que, más que facultarla le ordena cobrar dicha tarifa fiscal según lo ordena el inciso 2° del artículo 4° de la Ley 106 de 1993, el cual establece: *“Con el fin de desarrollar el presente artículo la Contraloría General de la República cobrará una tarifa de control fiscal a los organismos y entidades fiscalizadas, equivalente a la de aplicar...”*.

La apelante destaca que la función de control fiscal en cabeza de la Contraloría General de la República, deriva de la propia Carta Política que en su artículo 267 la define como una función pública que vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, control que se ejerce en forma posterior y selectiva, de acuerdo con los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley.

Por lo anterior considera que, ELECTROLIMA S.A. E.S.P. es sujeto de control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, porque el 99% de su composición accionaria pertenece al Gobierno Nacional y que en virtud de esta circunstancia, según lo establecen los artículos 267 de la Constitución Política, 21, 22 y 23 de la Ley 42 de 1993 y 27.4 de la Ley 142 de 1994, corresponde al órgano de control la vigilancia de su gestión fiscal.

Finalmente refirió que no era procedente acoger en el **sub lite** los conceptos 1.171 y 1.253 proferidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil pues la consulta estaba orientada en los siguientes términos: *“si las contralorías departamentales están legalmente facultadas para cobrar cuotas de auditaje a las entidades descentralizadas del respectivo departamento”*, por lo que los argumentos tenidos en cuenta no le son aplicables a la Contraloría General de la República, por contar

este órgano de control con su propia normatividad que fija el cobro de la tarifa fiscal, cual es la consignada en el artículo 4° de la Ley 106 de 1993.

#### **IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

No se pronunció durante esta oportunidad procesal, el Agente ministerial.

#### **V. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

##### **1. El Acto Administrativo demandado**

**“RESOLUCION ORDINARIA N° 01112**

(2 de septiembre de 2003)

**Por la cual se fija la tarifa de control fiscal para la vigencia fiscal  
de 2003 a la Electrificadora del Tolima S.A. E.S.P.-  
ELECTROLIMA-**

LA DIRECTORA DE LA OFICINA DE PLANEACION DE LA  
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

En uso de las facultades constitucionales y legales y, en especial las conferidas por el artículo 4° de la Ley 106 de 1993 y la Resolución Orgánica 05488 de 20 de mayo de 2003 y

##### **CONSIDERANDO:**

Que la Constitución Política en el inciso 4° del artículo 267 establece: “La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización”.

Que el Decreto N° 267 de 22 de febrero de 2000 en su artículo 4° señala: “Sujetos de Vigilancia y control fiscal. Son sujetos de vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría General de la República:

1. Los órganos que integran las Ramas Legislativa y Judicial del Poder Público;
2. Los órganos que integran el Ministerio Público y sus entidades adscritas;
3. Los órganos que integran la organización electoral y sus entidades adscritas o vinculadas;
4. La Comisión Nacional de Televisión y sus entidades adscritas o vinculadas;
5. Las corporaciones autónomas regionales o de desarrollo sostenible;
6. Las universidades estatales autónomas que administren bienes recursos nacionales o que tengan origen en la nación;
7. El Banco de la República cuando administre recursos de la Nación, ejecute actos o cumpla actividades de gestión fiscal y en la medida en que lo haga;
8. Los demás organismos públicos creados o autorizados por la Constitución con régimen de autonomía;
9. Las entidades u organismos que integran la Rama Ejecutiva del Poder Público tanto del sector central como del descentralizado por servicios, del orden nacional, conforme a lo previsto en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998;
10. Las demás entidades públicas y territoriales que administren bienes o recursos nacionales o que tengan origen en la Nación;
11. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones mixtas cuando quiera que administren recursos de la Nación;
12. Los particulares que cumplan funciones públicas, respecto de los bienes públicos que obtengan o administren o cuando manejen bienes o recursos de la Nación.

Que el artículo 4 de la Ley 106 de 1993 dispone: “**Autonomía presupuestal.** La Contraloría General de la República tendrá autonomía para el manejo, administración y fijación de su presupuesto, en concordancia con la ley orgánica de presupuesto.

Con el fin de desarrollar el presente artículo la Contraloría General de la República cobrará una tarifa de control fiscal a los organismos y entidades fiscalizadas, equivalente a la de aplicar el factor,

resultante de la fórmula de dividir el presupuesto de funcionamiento de la Contraloría sobre la sumatoria del valor de los presupuestos de los organismos y entidades vigiladas, al valor de los presupuestos de cada organismo o entidad vigilada.

La tarifa de control fiscal será fijada individualmente para cada organismo o entidad vigilada mediante resolución del Contralor General de la República.

El valor total del recaudo por este concepto no podrá superar por ningún motivo el valor total de los gastos de funcionamiento de la Contraloría General de la República.

Que la Oficina de Planeación recopiló directamente la información de la ejecución presupuestal de gastos en la vigencia fiscal 2002, de los organismos y entidades vigiladas por la Contraloría General de la República, cuya sumatoria fue de \$70.057.486.706.811.

Que el objetivo de fijar al tarifa de control fiscal, es cobrar el valor del servicio de vigilancia de la gestión fiscal que presta la Contraloría General de la República, representado en el valor de los gastos de funcionamiento para el año 2003, el cual ascendió a \$143.436.018.275.

Que el valor del factor resultante de la fórmula de dividir el presupuesto de gastos de funcionamiento de la Contraloría General de la República por la sumatoria de los presupuestos de gastos de los organismos y entidades vigilados, fue de 0.0020474046.

Que el valor fijado en la presente Resolución es el monto a cargo de la entidad aquí señalada.

Que mediante Resolución Orgánica N° 05488 de mayo 20 de 2003, el Contralor General de la República delegó en el Director de la Oficina de Planeación, la función de fijar individualmente la tarifa de control fiscal.

RESUELVE:

**Artículo 1°.** Fíjase el valor de la tarifa de control fiscal para la vigencia fiscal 2003 a la siguiente entidad, en las cuantías que a continuación se detallan:

NOMBRE DE LA ENTIDAD	APORTES DE LA NACION	RECURSOS PROPIOS
Electrificadora del Tolima S.A. E.S.P. ELECTROLIMA	0	243.039.065

(...)

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

Dada en Bogotá D.C. a los 2 Septiembre de 2003

DIANA CRISTINA MOLINA RAMIREZ

Directora Oficina de Planeación”

## 2. Estudio del recurso de apelación

Como quiera que los supuestos de hecho y de derecho en el caso **sub judice**, son los mismos que fueron analizados en el expediente 25000-23-27-000-2003-00230-01, de fecha seis (6) de marzo de dos mil ocho (2008), Consejero ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, en la presente oportunidad se seguirán las mismas líneas jurisprudenciales sentados en esta providencia, por cuanto resultan siendo las mismas partes en controversia (ELECTROLIMA S.A. E.S.P. contra la Contraloría General de la República), sólo que en aquella oportunidad el cobro de la tarifa de control fiscal que le fue impuesta a la demandante correspondía a la vigencia fiscal 2002 y en el presente control de legalidad, se refiere a la de la vigencia fiscal 2003.

La sentencia del **a quo** será revocada, como quiera que no es posible hacer prevalecer las disposiciones especiales trazadas en la Ley 142 de 1994 dada la naturaleza jurídica de la sociedad demandante -tema que se desarrollará a

profundidad más adelante-, frente a la normativa legal que señala la competencia de la Contraloría General de la República para cobrar la tarifa de control fiscal, con fundamento en las siguientes consideraciones.

La primera instancia, a pesar de haber reconocido que la sociedad ELECTROLIMA S.A. E.S.P. es sujeto de vigilancia fiscal, extrañamente consideró que no lo era del pago de la tarifa de control fiscal motivo por el cual resolvió anular las resoluciones demandadas, por cuanto precisamente la razón de ser de esta tarifa no es otra que la de aplicarla o cobrarla a la entidad que es objeto de vigilancia de su gestión fiscal, de allí que no hay pago de tarifa si la entidad no es de aquellas que está sometida a control fiscal por parte de la Contraloría General de la República.

Por lo anterior, se hace necesario mencionar en primer lugar que de acuerdo con el contenido del inciso 4° del artículo 267 de la Constitución Política: *”La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización”*. Por tanto, esta disposición implica que el órgano de control debe contar con fuentes de financiamiento a nivel interno que le permitan llevar a cabo su labor, que no es otra que la de ejercer el control fiscal entendido como una función pública, con el fin de vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Esta preceptiva constitucional tiene su desarrollo a nivel legal, en la Ley 106 de 1993 *“por medio de la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría Externa, se organiza el Fondo de Bienestar Social, se determina el Sistema de Personal, se desarrolla la Carrera Administrativa Especial y se dictan otras disposiciones”*. Precisamente en torno al tema de la tarifa de control fiscal, dispone esta legislación lo siguiente:

**“Artículo 4°. Autonomía Presupuestal:** La Contraloría General de la República tendrá autonomía para el manejo, administración y fijación de su presupuesto, en concordancia con la ley orgánica de presupuesto.

Con el fin de desarrollar el presente artículo la Contraloría General de la República cobrará una tarifa de control fiscal a los organismos

y entidades fiscalizadas, equivalente a la de aplicar el factor, resultante de la fórmula de dividir el presupuesto de funcionamiento de la contraloría sobre la sumatoria del valor de los presupuestos de los organismos y entidades vigiladas, al valor de los presupuestos de cada organismo o entidad vigilada.

La tarifa de control fiscal será fijada individualmente para cada organismo o entidad vigilada mediante resolución del Contralor General de la República.

El valor total del recaudo por este concepto no podrá superar por ningún motivo el valor total de los gastos de funcionamiento de la Contraloría General de la República.” (subrayas fuera de texto)

Esta disposición legal fue objeto de examen de constitucionalidad por la Corte Constitucional, que la declaró exequible mediante Sentencia C-1148 del 31 de octubre de 2001, al considerar que la tarifa de control fiscal no está enmarcada dentro de los conceptos de tasas y contribuciones que se cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen (inciso 2 del artículo 338 de la Constitución), sino que corresponde a un tributo especial, derivado de la facultad impositiva del Estado (arts. 150, numeral 12, y 338 de la Carta), que es asignada a las entidades de la administración y a los particulares o entidades que manejen bienes o fondos de la Nación (art. 267, inciso 1o de la Carta).

Sobre el particular, es importante transcribir el siguiente aparte de la Sentencia C-1148 de 2001, Magistrado Ponente Doctor Alfredo Beltrán Sierra:

"Resulta, también, oportuno mencionar un aspecto analizado por la Corte, en el sentido de que ninguna entidad pública o privada que maneje fondos o bienes de la Nación, puede abrogarse el derecho a no ser fiscalizada. En la sentencia C-167 de 1995, se dijo: (...)

Para la Corte, la función fiscalizadora ejercida por la Contraloría General de la República propende por un objetivo, el control de gestión, para verificar el manejo adecuado de los recursos públicos, sean ellos administrados por organismos públicos o privados, en efecto, la especialización fiscalizadora que demarca la Constitución Política es una función pública que abarca, incluso a todos los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación. Fue precisamente el constituyente quien quiso que ninguna rama del poder público, entidad, institución, etc., incluyendo a la misma Contraloría General de la República, quedara sin control fiscal de gestión. Entonces que **ningún ente, por soberano o privado que sea puede abrogarse el derecho de no ser fiscalizado cuando tenga que ver directa o indirectamente con los ingresos públicos o bienes de la comunidad;** en consecuencia, la Constitución vigente crea los organismos de control independientes

(art. 263) para todos los que manejen fondos públicos y recursos del Estado, incluyendo a los particulares.4 (...)

De acuerdo con lo expuesto, considera la Corte que el legislador, en la forma como estableció en el artículo acusado, **está garantizando no sólo la existencia de recursos suficientes para el ejercicio del control, sino que al mismo tiempo garantiza que el Contralor, en el proceso de obtención de tales recursos, en el proyecto y fijación de su presupuesto, tenga la menor injerencia y gestión ante el Congreso y ante el Ejecutivo**, pues, siempre habrá certeza de la existencia de recursos. (...). Por ello, el medio desarrollado por el legislador en el precepto demandado resulta legítimo y la finalidad es constitucional". (negritas fuera de texto)

Si bien es cierto el artículo 4° de la Ley 106 de 1993 fue derogado por el artículo 8° del Decreto 267 de 22 de febrero de 2000, relativo también a la autonomía presupuestal Decreto cuyo epígrafe dice: *por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones*, igualmente lo es que esta normativa fue revisada también por la Corte Constitucional en Sentencia C- 1550 del 21 de noviembre de 2000 que a pesar de haberlo declarado inexecutable por considerar que la habilitación no comprendió la atribución de modificar las bases para el cálculo de la tarifa de control fiscal, dispuso que en estas condiciones, el artículo 4o de la Ley 106 de 1993 continúa estando, plenamente vigente y, por ende, es la normatividad aplicable a la determinación y cálculo de la tarifa de control fiscal.

Por su parte, el artículo 2° de la Ley 42 de 1993, *sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen*, dispone:

**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 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 los relacionado con estos y el Banco de la República. Se entiende por administración nacional, para efectos de la presente ley, las entidades enumeradas en este artículo.

A su turno el artículo 4° del Decreto Ley 267 de 2000 define:

#### **ARTÍCULO 4. SUJETOS DE VIGILANCIA Y CONTROL FISCAL**

Son sujetos de vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría General de la República:

1. Los órganos que integran las Ramas Legislativa y Judicial del Poder Público;
2. Los órganos que integran el Ministerio Público y sus entidades adscritas;
3. Los órganos que integran la organización electoral y sus entidades adscritas o vinculadas;
4. La Comisión Nacional de Televisión y sus entidades adscritas o vinculadas;
5. Las corporaciones autónomas regionales o de desarrollo sostenible;
6. Las universidades estatales autónomas que administren bienes y recursos nacionales, o que tenga origen en la nación;
7. El Banco de la República cuando administre recursos de la Nación, ejecute actos o cumpla actividades de gestión fiscal y en la medida en que lo haga;
8. Los demás organismos públicos creados o autorizados por la Constitución con régimen de autonomía;
- 9 Las entidades u organismos que integran la Rama Ejecutiva del Poder Público tanto del sector central como del descentralizado por servicios, del orden nacional, conforme a lo previsto en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998**
10. Las demás entidades públicas y territoriales que administren bienes o recursos nacionales o que tengan origen en la Nación;
11. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones mixtas cuando quiera que administren recursos de la Nación;
12. Los particulares que cumplan funciones públicas, respecto de los bienes públicos que obtengan o administren o cuando manejen bienes o recursos de la Nación. (negritas fuera de texto)

A su vez, el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 relativo a la Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, dispone que está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:
  - a) La Presidencia de la República;
  - b) La Vicepresidencia de la República;
  - c) Los Consejos Superiores de la administración;
  - d) Los ministerios y departamentos administrativos;
  - e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c) Las Superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
- e) Los institutos científicos y tecnológicos;
- f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
- g) 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.

PARÁGRAFO 1°. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

Parágrafo 2°. Además de lo previsto en el literal c) del numeral 1° del presente artículo, como organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración o parte de ella, funcionarán con carácter permanente o temporal y con representación de varias entidades estatales y, si fuere el caso, del sector privado, los que la ley determine. En el acto de constitución se indicará el Ministerio o Departamento Administrativo al cual quedaren adscritos tales organismos”. (subrayas fuera de texto)

En relación con este tema, resulta oportuno transcribir el siguiente aparte jurisprudencial de la Sentencia del Doctor Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta del 6 de marzo de 2008 que, como se advirtió al comienzo de la disertación, será prohijada en el presente fallo:

“...no comparte la apreciación de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en los Conceptos a que alude la sentencia apelada en el sentido de que las empresas de servicios públicos mixtas constituyen una nueva categoría especial de personas jurídicas distintas a las sociedades de economía mixta reguladas por las disposiciones generales que tienen origen en la reforma administrativa de 1968 (hoy reguladas por la Ley 489 de 1998), prueba de lo cual es que dicha Ley 489 en su artículo 85 expresamente dispuso que “A las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta se les aplicará, en lo pertinente, los artículos 19, numerales 2°, 4°, 5°, 6°, 12, 13, 17, 27, numerales 2°, 3°, 4°, 5°, y 7°, y 183 de la Ley 142 de 1994”, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta que lógico es pensar que son,

precisamente, las que tienen por objeto la prestación de servicios públicos cuya naturaleza por regla general es, se reitera, la de sociedades por acciones, dentro de las que encuadran las sociedades de economía mixta y, excepcionalmente, la de empresas industriales y comerciales del Estado. (subrayas fuera de texto)

Así las cosas, para la Sala queda claro entonces que, la Electrificadora del Tolima ELECTROLIMA S.A. E.S.P, sí hace parte del sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del orden nacional, de acuerdo con la Ley 142 de 1994, *por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*, que la cataloga como una empresa de servicios públicos mixta y es por lo tanto sujeto pasivo de control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, según la siguiente disposición:

**“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 éstas tienen el **100% de los aportes**.

14.6. Empresas 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%”. (subrayas fuera de texto)

Cabe señalar que el capital accionario de ELECTROLIMA S.A. E.S.P. de acuerdo con la información obrante en el expediente está compuesto en un 99% por capital público proveniente del Gobierno Nacional y el 1% restante proviene del aporte dado por: el Departamento del Tolima, municipios de ese mismo departamento, el Comité de Cafeteros, Ecopetrol, algunas empresas municipales de Ibagué, por la CAR de Ibagué y por una empresa municipal del Espinal. (Información contenida en el folio 55 de la Resolución 01786 de 2003 objeto de nulidad).

En punto a este tema, se hace necesario transcribir el siguiente pronunciamiento jurisprudencial de esta Sala:

“Resulta oportuno resaltar que si bien es cierto que en este caso la actora no tiene el carácter de empresa de servicios públicos oficial, donde el aporte es del 100%, sino que se trata de una sociedad de economía mixta, no lo es menos que por estar conformado su patrimonio con aporte oficial, en razón del mismo se aplica la vigilancia de la Contraloría respectiva y, por ende, nace la obligación del pago de la cuota de auditaje.” (Sentencia calendarada el 10 de diciembre de 2008, Expediente número 2002-00394-01, M.P. Dra. María Claudia Rojas Lasso)

Siendo entonces ELECTROLIMA S.A. E.S.P., una empresa de servicios públicos mixta, por el hecho de manejar dineros del Estado la hace sujeto de control fiscal por parte de la Contraloría General de la República. Por ser sujeto de control fiscal también está obligada a pagar la cuota de tarifa de control fiscal a que hace referencia el artículo 4º de la Ley 106 de 1993, norma que no hizo excepción alguna, ya que la única condición que exigió para que el ente de control pueda cobrarla es precisamente, que el organismo o entidad sea sujeto de control fiscal, como en efecto lo es la parte actora.

Por tanto no puede servir de excusa para exonerarse de este aporte por el control fiscal, el anteponer una legislación o régimen especial como lo dejó expuesto el Tribunal de primera instancia, quien afirmó que la Electrificadora del Tolima S.A. E.S.P., estaba sometida a la Ley 142 de 1994 y que si bien es cierto esta legislación señala que las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial, están sometidas a la vigilancia de la Contraloría General igualmente lo es que, no están sometidas al pago de la tarifa de control fiscal en razón a su régimen especial, ya que su actividad se funda en los principios de competencia y eficiencia, por lo que de haber lugar al pago este se trasladaría a los usuarios en aumento de la tarifa por la prestación del servicio.

Esta Sala, mediante Sentencia del 14 de diciembre de 2009, manifestó:

“Concluyó la Sala en la mencionada sentencia de 6 de diciembre de 2007 que si las empresas de servicios públicos domiciliarios son sujeto pasivo del control fiscal, no existe razón lógica valedera que

impida considerar que también lo son del pago de la cuota de auditaje; y que el hecho de que la Ley 142 de 1994, hubiera previsto una auditoria externa, ello no supone el desplazamiento del control fiscal por parte de las Contralorías. (Sentencia del 14 de diciembre de 2009, Magistrado Ponente Doctor Marco Antonio Velilla Moreno Expediente núm. 2000 – 04109).

Vistas las anteriores consideraciones, la Sala revocará la sentencia apelada y, en consecuencia, denegará las pretensiones de la demanda, pues lo cierto es que ELECTROLIMA E.S.P. es una empresa de servicios públicos mixta del orden nacional sometida al control fiscal por parte de la Contraloría General de la República y por tanto, sujeto pasivo de la cuota de control fiscal.

En consecuencia, las razones que anteceden son suficientes para revocar la sentencia apelada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**Primero. REVÓCASE** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, el 27 de marzo de 2007 y, en su lugar, **DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

**Segundo.** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

**MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ**  
**Presidente**

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO**

**MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**