

**TARIFA DE CONTROL FISCAL – Sujetos obligados a pagarla / SUJETO DE CONTROL FISCAL – Características / SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA – Son objeto de control fiscal. Son sujetos pasivos de la obligación de pagar la tarifa de control fiscal / CUOTA DE AUDITAJE – Se cobra a las entidades sujetas a control fiscal / EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS – No tienen un control fiscal especial / CONCEPTOS DE LA SALA CIVIL Y DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO – No son de obligatorio cumplimiento**

Como se pudo apreciar, el artículo 4º de la Ley 106 de 1993 estableció que el pago de la tarifa de control fiscal le corresponde a aquellas entidades y empresas sujetas a la vigilancia y control fiscal. Estas fueron determinadas en los artículos 2º de la Ley 42 de 1993 y 4º del Decreto 267 de 2000. De conformidad con las normas transcritas, es claro que la calidad de sujeto de control fiscal se deriva del manejo de fondos, bienes o recursos públicos que las entidades tengan a su cargo. Es por ello que estos entes no pueden, bajo ninguna circunstancia, eludir el ejercicio del control fiscal, dado que manejan ingresos públicos o bienes de la comunidad, que por su naturaleza pública deben ser objeto de una protección especial. En ese contexto, es evidente que se trata de una sociedad de economía mixta, susceptible del control fiscal en razón a tener el manejo de fondos o bienes cuya naturaleza es pública, lo que no niega, condiciones que dan lugar a que sea sujeto pasivo de la obligación de pagar la tarifa de control fiscal o cuota de auditaje, a favor de la Contraloría General de la República. Esa tarifa de control fiscal es a la que se refiere el artículo 4º de la Ley 106 de 1993, norma que únicamente condicionó su cobro a que el organismo obligado esté sujeto al control fiscal, como en efecto se encuentra la actora. Ahora bien, es importante aclarar que el artículo 50 de la Ley 142 de 1994 no establece un control fiscal especial para las empresas de servicios públicos domiciliarios, toda vez que, precisamente, la Corte Constitucional declaró inexecutable los apartes de dicho artículo que imponían restricciones a la Contraloría General de la República, quedando vigente únicamente el aparte referente a que el control fiscal se ejerce sobre los aportes y los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista. La Sala precisa que la aplicación de la normativa del artículo 4º de la Ley 106 de 1993 y del Decreto 267 de 2000, priman, en materia de control fiscal, sobre la que pueda dictar otra autoridad, pues si bien es cierto que las empresas de servicios públicos domiciliarios se encuentran reguladas por la Ley 142 de 1994, ésta ley prevalece, pero sólo en cuanto a la regulación de las actividades relacionadas con los servicios públicos domiciliarios, y no en materia de control fiscal, que tiene una regulación especial de carácter constitucional y legal. De otra parte, en cuanto a los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación que opinaron que las empresas de servicios públicos domiciliarios “no son objeto de la obligación al pago de cuotas de fiscalización”, advierte la Sala que aquélla no cumple funciones jurisdiccionales, y sus conceptos no son de obligatorio cumplimiento, máxime cuando el sentido y alcance de la ley que aplica el operador jurídico son claros. La Contraloría General de la República se encuentra autorizada por el legislador para efectuar el cobro de la tarifa para el control fiscal, en virtud de los artículos 4º de la Ley 106 de 1993 y 4º del Decreto Ley 267 de 2000, los cuales constituyen el fundamento legal para cobrar a Enertolima S.A. E.S.P., empresa mixta de servicios públicos domiciliarios, la cuota de auditaje que se cuestiona.

**FUENTE FORMAL: LEY 106 DE 1993 – ARTICULO 4 / DECRETO 267 DE 2000**

**CONSEJO DE ESTADO**

## **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

### **SECCION CUARTA**

**Consejero ponente: WILLIAM GIRALDO GIRALDO**

Bogotá, D. C., julio dieciocho (18) de dos mil once (2011)

**Radicación número: 73001-23-31-000-2005-03086-01(17527)**

**Actor: COMPAÑIA ENERGETICA DEL TOLIMA S.A. E.S.P.**

**Demandado: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA**

### **FALLO**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 28 de octubre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que denegó las pretensiones de la demanda.

### **I) ANTECEDENTES**

Mediante Resolución No. 01031 de 16 de septiembre de 2004 la Directora de la Oficina de Planeación de la Contraloría General de la República determinó a la Compañía Energética del Tolima S.A. E.S.P. la cuota de control fiscal para el año 2004, en la suma de \$166.116.480.

El 29 de diciembre de 2004 la Compañía Energética del Tolima S.A. E.S.P, en adelante Enertolima S.A. E.S.P, interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación contra el anterior acto administrativo, los cuales fueron resueltos mediante la Resolución No. 00177 de 25 de febrero de 2005, y la Resolución No. 00711 del 26 de julio de 2005, respectivamente, confirmando la resolución recurrida.

### **II) DEMANDA**

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, Enertolima S.A. E.S.P., solicitó:

*“1. Se declare la nulidad de la resolución ordinaria No. 01031 del 16 de septiembre de 2004, emitida por la Contraloría General de la República a través de la Directora de la Oficina de Planeación de dicha entidad, por medio de la cual fijó la tarifa de control fiscal para la vigencia fiscal 2004 a la Compañía Energética del Tolima S.A ESP por la suma de ciento sesenta y seis millones ciento dieciséis mil cuatrocientos ochenta pesos (\$166.116.480).*

*2. Se declare la nulidad de la resolución ordinaria No. 00177 del 25 de febrero de 2005, emitida por la Contraloría General de la República a través de la Directora*

de la Oficina de Planeación de dicha entidad, por medio del cual se decidió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución ordinaria No. 01031 del 16 de septiembre de 2004.

3. Se declare la nulidad de la resolución ordinaria No. 00711 del 26 de julio de 2005, emitida por la Contraloría General de la República a través del Vicecontralor General de la República, por medio del cual se decidió el recurso de apelación interpuesto contra la resolución ordinaria No. 1031 del 16 de septiembre de 2004.

4. Que como consecuencia de lo anterior, a manera de restablecimiento del derecho, se declare que la Compañía Energética del Tolima S.A. E.S.P., no está obligada a pagar la tarifa de control fiscal para la vigencia fiscal de 2004 establecida en la suma de ciento sesenta y seis millones ciento dieciséis mil cuatrocientos ochenta pesos (\$166.116.480), y se ordene a la Nación- Contraloría General de la República la restitución de la suma de ciento sesenta y seis millones ciento dieciséis mil cuatrocientos ochenta pesos (\$166.116.480), cancelados por la Compañía Energética del Tolima S.A. E.S.P. a la Contraloría General de la República el día 19 de agosto de 2005, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia, ajustadas tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor, conforme a lo dispuesto por el artículo 179 del Código Contencioso Administrativo.

5. Para dar cumplimiento a la sentencia, se ordenará dar aplicación a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo”.

Como normas violadas y concepto de la violación dijo:

Que los actos acusados no tuvieron en cuenta los argumentos expuestos en los recursos interpuestos, referentes a los conceptos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Que tanto el artículo 4º de la Ley 106 de 1996 como la Ley 267 de 2000, que derogó a la primera, no determinaron la imposición de tasas o contribuciones, de ahí que no le es dable a la Contraloría General de la República, asumir el papel de recaudador de una contribución de tipo fiscal.

#### **Violación del artículo 338 de la Constitución Política.**

Indicó que la Contraloría General de la República se arrogó el cobro de la tarifa por control fiscal, sin la respectiva autorización legal directa o de la Asamblea Departamental.

#### **Violación de la Ley 142 de 1994 y del artículo 365 de la Constitución Política.**

Señaló que, teniendo en cuenta que Enertolima S.A. E.S.P es una empresa de servicios públicos mixta sometida al régimen jurídico especial fijado por las normas de servicios públicos, el cobro de la tarifa de control fiscal con fundamento en normas generales de la Contraloría General de la República, constituye una violación al régimen especial que, en atención al artículo 365 de la Constitución Política, fue consagrado en la Ley 142 de 1994, la cual tiene prevalencia sobre las normas generales que regulan a la entidad de control fiscal.

Observó que, conforme con el artículo 19 de la Ley 142 de 1994, el régimen consagrado en esta norma regula íntegramente todo lo relacionado con las empresas prestadoras de servicios públicos, incluyendo aquellas cuya naturaleza sea estatal, como es el caso de las empresas de servicios públicos cuyo capital se encuentre conformado por aportes 100% estatal. Sobre éstas últimas, la Ley 489

de 1998 en los artículos 40, 68 y 84 señaló que no obstante su carácter público, se rigen por disposiciones especiales establecidas para ellas.

Consideró que el control fiscal ejercido en las empresas de servicios públicos, no implica el cobro de la cuota de auditaje, pues su imposición es competencia del legislador.

#### **Violación del artículo 4º del Decreto Ley 267 de 2000.**

Advirtió que el artículo 4º del Decreto Ley 267 de 2000 no incluyó como sujeto de vigilancia y control fiscal a las empresas prestadoras de servicios públicos mixtas y, sin embargo, la Contraloría General de la República los hizo extensivos a éstas, para fijar la tarifa de control fiscal, las que en su calidad de empresas de servicios públicos gozan de una naturaleza y régimen especial, orientado por la Ley 142 de 1994 y el derecho privado, en lo no regulado por ésta.

Estimó que el alcance que los actos demandados le dan a las normas invocadas constituye un error de hecho o de derecho, toda vez que la interpretación dada no se adecúa al tenor de la norma.

#### **Violación de los artículos 13 y 333 de la Constitución Política.**

Alegó la violación de los derechos a la igualdad, y de los principios de competencia y eficiencia, en razón que el cobro de la cuota de auditaje a ciertas empresas de servicios, frente a las demás que no están sujetas a estos pagos, genera el traslado de su monto a las tarifas que deben cobrarse a los usuarios, por constituir un costo de operación para la entidad.

#### **Falta de competencia.**

Reiteró que la competencia de la Contraloría General de la República no se extiende a las empresas prestadoras de servicios públicos, que tienen un régimen especial establecido en la Ley 142 de 1994.

### **III) CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La parte demandada se opuso a las pretensiones del actor con los siguientes argumentos:

Afirmó que la sociedad demandante pretende restringir la vigilancia de la Contraloría General de la República a los postulados de la ley especial de servicios públicos, desconociendo que por tratarse de una función pública constitucional tiene una reglamentación especial y propia, que no puede limitarse por la Ley 142 de 1994.

Sostuvo que el fundamento para el cobro de la tarifa de control fiscal es la vigilancia que realiza la Contraloría General de la República sobre las entidades estatales. Por tanto, cualquiera que sea la entidad sobre la cual recaiga dicha función, debe cancelarla.

Advirtió que la actuación de la Contraloría General de la República no vulneró la normativa especial que cubre a las empresas de servicios públicos, y agregó que su función de control no riñe con la reglamentación propia que gobierna el accionar de dichas empresas, sino que, por el contrario, es un control coetáneo y complementario al que deben realizar las demás entidades estatales.

Manifestó que los artículos 150 numeral 12, 267 inciso 1º, y 338 de la Constitución Política, y 4º de la Ley 106 de 1993, facultan a la Contraloría General de la República para el cobro de la tarifa fiscal a las entidades sobre las cuales recae su vigilancia. Mediante las mencionadas normas el legislador ejerció su potestad legislativa para imponer un tributo especial derivado de la facultad impositiva del Estado, y que es fijado individualmente a cada una de las entidades de la Administración, y a los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación.

Indicó que si bien la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 8º del Decreto Ley 267 de 2000, en dicha sentencia se consideró que la Contraloría General de la República podía cobrar la tarifa, en virtud del artículo 4º de la Ley 106 de 1993, que continúa vigente.

La tarifa de control fiscal, en los términos de la Corte, corresponde a un tributo especial, derivado de la facultad impositiva del Estado, y es fijada individualmente a cada una de las entidades de la Administración, y a los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

#### **IV) LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante providencia del 28 de octubre de 2008, denegó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Señaló que el ejercicio del control fiscal por parte de la Contraloría General de la República se realiza tanto a entidades públicas como a particulares, siempre y cuando administren o manejen bienes o fondos de carácter público, control del cual no se encuentran exceptuadas las empresas de servicios públicos domiciliarios (oficiales o mixtas), dado que el artículo 50 de la Ley 142 de 1994, sometido a examen de constitucionalidad, no eliminó dicho control para este tipo de entidades.

Manifestó que la sujeción de las empresas prestadoras de servicios públicos al régimen de derecho privado en cuanto a sus actos y contratos, según mandatos de la Ley 142 de 1994, no las exime del control fiscal, al que constitucional y legalmente se encuentran sometidas.

## V) EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia, con fundamento en lo siguiente:

Indicó que tratándose de servicios públicos domiciliarios, la Ley 142 de 1994, aunque no exime a las entidades que los prestan de ser fiscalizadas, contiene en su artículo 50 la norma que rige el control fiscal para este tipo de entidades, y es por ello que debe entenderse que los dineros del Estado ya se encuentran custodiados.

Manifestó que la actora no se ha sustraído a que la Contraloría General de la República ejerza su función fiscalizadora; sin embargo, se ha cuestionado la forma en que lo hace, y el desconocimiento del alcance que para las empresas de servicios públicos domiciliarios se deriva del artículo 50 de la Ley 142 de 1994.

Señaló que la Contraloría General de la República si tiene facultades para fiscalizar los dineros públicos; no obstante en el caso en concreto no hay norma vigente que le permita a esa entidad recaudar el cobro de la tarifa, y, por ende, sería ilegal su recaudo, sin perjuicio de los principios de razonabilidad y proporcionalidad que deben imperar al fijarse este tipo de tributo.

Frente a la eventualidad de obligársele a pagar la cuota de auditaje, tal tarifa deberá reevaluarse, pues resulta onerosa y desproporcionada en el caso en examen. La Contraloría General de la República exige como cuota la suma de \$166.116.480, frente a unos aportes de la Nación que ascienden sólo a \$500.000.

## VI) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

**La demandante** no presentó alegatos de conclusión. **La demandada** en esta etapa procesal reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

El **Ministerio Público** dentro de esta etapa procesal no rindió concepto.

## VII) CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 28 de octubre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó la nulidad de los actos administrativos que fijaron la tarifa de control fiscal para la vigencia fiscal del año 2004 a la compañía Energética del Tolima S.A. E.S.P.

El apelante plantea como motivos de inconformidad con la sentencia de primer grado, que la Contraloría General de la República no se encuentra autorizada legalmente para fijar la tarifa de control fiscal, y que el valor exigido por dicho concepto, en caso de proceder su pago, debe reevaluarse por ser oneroso y desproporcionado.

En primer lugar, precisa la Sala que el estudio del recurso de apelación sólo se limitará a verificar la competencia de la Contraloría General de la República para cobrar la cuota de auditaje, y no se ocupará de los nuevos cargos y pretensión que se formularon en el escrito de alzada, relativos a que la tarifa de control fiscal impuesta a la sociedad resulta onerosa y desproporcionada, pues esta etapa procesal no puede ser utilizada para sanear omisiones o deficiencias de la demanda.

Además, de llegarse a aceptar el examen de esta nueva petición y censuras, se vulneraría el derecho de defensa de la parte demandada, entidad que se vería sorprendida por el cambio de rumbo de la demanda al no contar con la oportunidad procesal para controvertirlas.

Por consiguiente, como ya se dijo, el marco de la resolución judicial en esta instancia, se define para determinar si la Contraloría General de la República se encontraba autorizada legalmente para exigir la cuota de control fiscal.

Para resolver la controversia se deben tener en cuenta los antecedentes, y la regulación normativa aplicable a la tarifa de control fiscal<sup>1</sup>, la cual fue establecida en el artículo 4º de la Ley 106 de 1993, que reza:

**“ARTÍCULO 4o. AUTONOMIA PRESUPUESTARIA** 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.*

Si bien la anterior norma inicialmente fue derogada por el artículo 8º del Decreto 267 de 2000<sup>2</sup>, éste, posteriormente, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional<sup>3</sup> por considerar que *la habilitación no comprendió la atribución de modificar las bases para el cálculo de la tarifa de control fiscal, que fue lo que hizo en exceso el precepto demandado*, y, en consecuencia, dispuso que *en esas 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.*

---

<sup>1</sup> Según sentencia C-1148 de 2001, que estudio la constitucionalidad del artículo 4º de la Ley 106 de 1993, *la “tarifa de control fiscal” no está enmarcada dentro de los conceptos de “tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen” (inciso 2º del artículo 338 de la Constitución), tal como lo entiende el demandante, sino que corresponde a un tributo especial, derivado de la facultad impositiva del Estado (arts. 150, numeral 12, y 338 de la Carta). Y que es fijada individualmente a cada una de las entidades de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación (art. 267, inciso 1º de la Carta).*

<sup>2</sup> Expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 573 de 2000.

<sup>3</sup> Sentencia C- 1550 de 2000.

A su vez, el artículo 4º de la Ley 106 de 1993 (incisos 2º, 3º y 4º) fue objeto de estudio de constitucionalidad en la sentencia C-1148 de 2001, que resolvió declarar exequible el cobro de la tarifa de control fiscal contenida en éste artículo, por las siguientes razones:

*“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<sup>4</sup>. (...)*

*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”.*

Como se pudo apreciar, el artículo 4º de la Ley 106 de 1993 estableció que el pago de la tarifa de control fiscal le corresponde a aquellas entidades y empresas sujetas a la vigilancia y control fiscal. Estas fueron determinadas en los artículos 2º de la Ley 42 de 1993 y 4º del Decreto 267 de 2000:

**ARTÍCULO 2o. Son sujetos de control fiscal** los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República. Se entiende por administración nacional, para efectos de la presente ley, las entidades enumeradas en este artículo.

---

<sup>4</sup> sentencia C-167 de 1995

**ARTICULO 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 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<sup>5</sup>;**
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.*

De conformidad con las normas transcritas, es claro que la calidad de sujeto de control fiscal se deriva del manejo de fondos, bienes o recursos públicos que las entidades tengan a su cargo.

Es por ello que estos entes no pueden, bajo ninguna circunstancia, eludir el ejercicio del control fiscal, dado que manejan ingresos públicos o bienes de la comunidad, que por su naturaleza pública deben ser objeto de una protección especial.

En el *sub examine* se encuentra que la empresa Enertolima S.A. E.S.P, según la Escritura Pública No. 2.189 de 11 de agosto de 2003, por la cual se constituyó la

---

<sup>5</sup> **ARTICULO 38. INTEGRACION DE LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PÚBLICO EN EL ORDEN NACIONAL.** La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades: (...)

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.**

**PARAGRAFO 1o.** 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.

sociedad<sup>6</sup>, es una *empresa de servicios públicos mixta*<sup>7</sup>, condición que igualmente se verifica en el certificado de existencia y representación legal<sup>8</sup>.

En ese contexto, es evidente que se trata de una sociedad de economía mixta, susceptible del control fiscal en razón a tener el manejo de fondos o bienes cuya naturaleza es pública, lo que no niega, condiciones que dan lugar a que sea sujeto pasivo de la obligación de pagar la tarifa de control fiscal o cuota de auditaje, a favor de la Contraloría General de la República.

Esa tarifa de control fiscal es a la que se refiere el artículo 4º de la Ley 106 de 1993, norma que únicamente condicionó su cobro a que el organismo obligado esté sujeto al control fiscal, como en efecto se encuentra la actora.

Ahora bien, es importante aclarar que el artículo 50 de la Ley 142 de 1994 no establece un control fiscal especial para las empresas de servicios públicos domiciliarios, toda vez que, precisamente, la Corte Constitucional<sup>9</sup> declaró inexecutable los apartes de dicho artículo que imponían restricciones a la Contraloría General de la República, quedando vigente únicamente el aparte referente a que el control fiscal se ejerce sobre los aportes y los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista<sup>10</sup>.

La Sala precisa que la aplicación de la normativa del artículo 4º de la Ley 106 de 1993 y del Decreto 267 de 2000, priman, en materia de control fiscal, sobre la que pueda dictar otra autoridad<sup>11</sup>, pues si bien es cierto que las empresas de servicios públicos domiciliarios se encuentran reguladas por la Ley 142 de 1994, ésta ley prevalece, pero sólo en cuanto a la regulación de las actividades relacionadas con los servicios públicos domiciliarios, y no en materia de control fiscal, que tiene una regulación especial de carácter constitucional y legal.

De otra parte, en cuanto a los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación que opinaron que las empresas de servicios públicos domiciliarios “*no son objeto de la obligación al pago de cuotas de fiscalización*”, advierte la Sala que aquélla no cumple funciones jurisdiccionales, y sus conceptos no son de obligatorio cumplimiento, máxime cuando el sentido y alcance de la ley que aplica el operador jurídico son claros.

De lo expuesto concluye la Sala que la Contraloría General de la República se encuentra autorizada por el legislador para efectuar el cobro de la tarifa para el

---

<sup>6</sup> Constituida por las sociedades: Financiera Energética Nacional S.A. – FEN S.A.-, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE-, Financiera de Desarrollo Territorial FINDETER, Centrales Eléctricas de Nariño S.A. E.S.P. -CEDENAR S.A. E.S.P.-, y Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P – E.E.C. E.S.P.-.

<sup>7</sup> Fl 6 c.p.

<sup>8</sup> Fl 77 a 82 c.p.

<sup>9</sup> C- 396 de 2002 y C-290 de 2002.

<sup>10</sup> **ARTÍCULO 50. CONTROL FISCAL EN LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS CON PARTICIPACIÓN DEL ESTADO.** <Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> El control de las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal se ejercerá sobre los aportes y los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista.

<Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** executable, Por tanto, el control se ejercerá sobre la documentación que soporte los actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal y no sobre la empresa de servicios públicos domiciliarios.”.

<sup>11</sup> Artículo 6. Ley 42 de 1993.

control fiscal, en virtud de los artículos 4º de la Ley 106 de 1993 y 4º del Decreto Ley 267 de 2000, los cuales constituyen el fundamento legal para cobrar a Enertolima S.A. E.S.P., empresa mixta de servicios públicos domiciliarios, la cuota de auditaje que se cuestiona.

En consecuencia, las razones que anteceden son suficientes para confirmar el fallo apelado.

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

### **FALLA**

1. **CONFÍRMASE** la sentencia del 28 de octubre de 2008 del Tribunal Administrativo del Tolima.
2. **RECONÓCESE** personería para actuar al abogado José Manuel Aljure Echeverry como apoderado de la demandada en los términos del poder conferido, que obra a folio 466 del expediente. En cuanto al poder de sustitución visible a folio 472, no se le dará trámite, por cuanto en el expediente no existe poder que le otorgue a la señora Nelcy Yadira Forero Piñeros tales facultades.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA**  
Presidente

**HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS**

**CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ**

**WILLIAM GIRALDO GIRALDO**