

Bogotá D.C.,

Doctor
LIBARDO RAMÓN PLAZA
Contralor Departamental
Carrera 13 N° 15-00 Piso 4º
Florencia, Caquetá

116891282 OJ110

Sign

99
105

Referencia: NUR-110-1-7060
Solicitud concepto sobre cuota de fiscalización.

Respetado doctor Plaza,

En el oficio de la referencia se ha solicitado a esta Oficina conceptuar sobre la legalidad y procedencia del cobro de la cuota de fiscalización, por parte de la Contraloría Departamental, a los establecimientos educativos y a ello procede, no sin antes destacar que el tema planteado por usted comporta la revisión de dos aspectos de rango legal, a saber:

- La cuota de fiscalización, regulada en el artículo 9º de la Ley 617 de 2000 y
 - La naturaleza de los establecimientos educativos, definidos en la Ley 115 de 1993.
- Cuotas de fiscalización

En primer término, es importante señalar que el presupuesto de las contralorías departamentales está compuesto por las transferencias del departamento y aquellas de las entidades descentralizadas, tal y como se desprende del contenido del artículo 9º de la Ley 617, el cual dispone:

Artículo 9o. Período de transición para ajustar los gastos de las Contralorías Departamentales. Se establece un período de transición a partir del año 2001, para los departamentos cuyos gastos en Contralorías superen los límites establecidos en los artículos anteriores en relación con los ingresos corrientes de libre destinación, de la siguiente manera:

110.032.2001
concepto

110 032 2001

AÑO

CATEGORÍA	2001	2002	2003	2004
Especial	2.2%	1.8%	1.5%	1.2%
Primera	2.7%	2.5%	2.2%	2.0%
Segunda	3.2%	3.0%	2.7%	2.5%
Tercera y cuarta	3.7%	3.5%	3.2%	3.0%

Parágrafo. Las entidades descentralizadas del orden departamental deberán pagar una cuota de fiscalización hasta del punto dos por ciento (0.2%), calculado sobre el monto de los ingresos ejecutados por la respectiva entidad en la vigencia anterior, excluidos los recursos de crédito; los ingresos por la venta de activos fijos; y los activos, inversiones y rentas titularizados, así como el producto de los procesos de titularización.

En todo caso, durante el período de transición los gastos de las Contralorías, sumadas las transferencias del nivel central y descentralizado, no podrán crecer en términos constantes en relación con el año anterior. A partir del año 2005 los gastos de la las contralorías no podrán crecer por encima de la meta de inflación establecida por el Banco de la República. Para estos propósitos, el Secretario de Hacienda Departamental, o quien haga sus veces, establecerá los ajustes que proporcionalmente deberán hacer tanto el nivel central departamental como las entidades descentralizadas en los porcentajes y cuotas de auditar establecidas en el presente artículo. (Subraya fuera de texto)

Esta disposición, se fundamenta en el artículo 308 de la Constitución que faculta al legislador para establecer un límite a las apropiaciones departamentales destinadas al funcionamiento de las contralorías. La norma transcrita determina además, los sujetos pasivos de dicha obligación. La misma, por lo tanto, es lo suficientemente explícita en sus alcances y es de aplicación restrictiva porque se fija en ella una limitación o tope que no admite extensión a otras situaciones semejantes por aplicación analógica o deductiva.

Significa lo anterior que las contralorías departamentales reciben solamente las apropiaciones departamentales asignadas para gastos de funcionamiento y la cuota de fiscalización que deben pagar las entidades departamentales descentralizadas. Por consiguiente, en el presupuesto de todo departamento se deben destinar partidas para cubrir los gastos de funcionamiento de la contraloría respectiva, sin exceder los topes señalados en la ley y, adicionalmente, las entidades departamentales descentralizadas pagarán la cuota de fiscalización legalmente establecida.

En consecuencia, las contralorías departamentales solamente tienen autorización legal para cobrar cuotas de fiscalización a las entidades descentralizadas creadas por ordenanza, de conformidad con la atribución contenida en el artículo 300 de la Constitución y las disposiciones de la Ley 489 de 1998.¹

Ahora bien, las entidades descentralizadas tienen su razón de ser en el amparo constitucional que faculta al legislativo y al ejecutivo, o exclusivamente a este último en el orden territorial, para regular y controlar la adecuada prestación de los servicios públicos. Precisamente la Corte Constitucional ha dicho, refiriéndose a la descentralización por servicios, lo siguiente:

La llamada descentralización por servicios, implica el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a entidades que se crean para ejercer una actividad especializada. Por ello, el artículo 10. del Decreto 3130 se refiere a los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta, como entidades descentralizadas, pues se trata de entidades que desarrollan una actividad específica, con autonomía financiera y administrativa y bajo el control del poder central, también llamado "control de tutela".²

Para tener mayor claridad sobre la naturaleza de las entidades descentralizadas, podemos citar un aparte de la ponencia presentada por el Dr. Javier Henao Hidrón, en el VII encuentro de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, concerniente a la estructura de la rama ejecutiva (sector central y sector descentralizado) en relación con la Ley 489, en el que anota sobre el sector descentralizado:

Por consiguiente, el signo para distinguir las entidades que conforman el sector descentralizado de la administración pública nacional, es la personería jurídica, unida a la autonomía administrativa y el patrimonio propio o capital independiente. Dichas entidades, para el cumplimiento de las funciones de orientación y control que corresponden al Gobierno, están adscritas o vinculadas a un ministerio o un departamento administrativo.³ (Subraya fuera de texto)

¹ El artículo 69 de la Ley 489 de 1998 señala: "Creación de las entidades descentralizadas. Las entidades descentralizadas en el orden nacional, se crean por ley, en el orden departamental, distrital y municipal, por la ordenanza o el acuerdo, o con su autorización, de conformidad con las disposiciones de la presente ley."

² Corte constitucional, sentencia del 3 de noviembre de 1994, C-497A, M.P. doctor Vladimiro Naranjo Mesa.

³ Génesis e interpretación de la Ley 489 de 1998, ponencia presentada al VII encuentro de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, Javier Henao Hidrón, Medellín 14 de mayo de 1999.

Debe entonces aclararse que la discusión se restringe a establecer qué naturaleza tienen los establecimientos educativos dentro de la organización departamental, para que los mismos tengan el carácter de sujetos pasivos de la obligación contributiva materia de análisis. En este punto es preciso reconocer que es factible que un establecimiento educativo haya sido creado como una entidad descentralizada.

• Establecimiento educativo

La Constitución Política consagra la educación como un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social. No obstante tal naturaleza e importancia, surgida de las tesis solidaristas del profesor francés León Duguít, dicho ordenamiento no obliga a concentrar en manos del Estado el monopolio en la prestación de los servicios educativos, pues, otorga a los particulares la libertad de fundar centros docentes con tal objetivo, dentro de las condiciones de creación y gestión que la ley establezca y desde luego bajo el control, la supervisión y la suprema vigilancia estatal (artículos 67 y 68 C.P.).

En desarrollo de las aludidas disposiciones constitucionales, la Ley 115 de 1994 "por la cual se expide la ley general de educación", en su artículo 138, define el establecimiento educativo en los siguientes términos:

Naturaleza, y condiciones del establecimiento educativo. Se entiende por establecimiento educativo o institución educativa, toda institución de carácter estatal, privada o de economía solidaria, organizada con el fin de prestar el servicio público educativo en los términos fijados por esta Ley:

El establecimiento educativo debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Tener licencia de funcionamiento o reconocimiento de carácter oficial;
- b) Disponer de una estructura administrativa, una planta física y medios educativos adecuados; y
- c) Ofrecer un proyecto administrativo institucional

De acuerdo con la anterior definición y en concordancia con la función fiscalizadora de las contralorías, solamente tendrían relevancia para el tema en estudio, los establecimientos educativos de carácter estatal, en cuanto podrían formar parte de la estructura del departamento como entidades descentralizadas.

En este punto y siendo la educación un servicio público, la prestación de la misma por parte del Estado en la forma prevista en la normatividad vigente, nos sitúa en la eventualidad de una descentralización territorial, entendiendo descentralización en los términos en que la define la Corte Constitucional cuando señala:

6

La descentralización es un principio organizacional que tiene por objeto distribuir funciones entre la administración central y los territorios (descentralización territorial), o entre la primera y entidades que cumplen con labores especializadas (descentralización por servicios), de manera que el ejercicio de determinadas funciones administrativas sea realizado en un marco de autonomía por las entidades territoriales o las instituciones especializadas.⁴

En efecto, mediante la Ley 60 de 1993 la administración de la prestación de los servicios educativos estatales, les fue entregada a los nominadores de los departamentos, municipios y distritos, y las obligaciones correspondientes, con cargo a los recursos del situado fiscal de los respectivos entes territoriales, caso en el cual los establecimientos educativos y la planta de personal tendrán carácter departamental, municipal o distrital. Por tanto, la educación estatal se financia con los recursos del situado fiscal⁵, con los demás recursos públicos nacionales dispuestos en la ley, más el aporte de los departamentos, los distritos y los municipios, según lo dispuesto en la citada Ley 60.

Así las cosas, los recursos destinados a la educación estatal son administrados por los Fondos de Servicios Docentes, según lo dispuesto en el Decreto 1857 de 1994 y la administración de la prestación del servicio, por mandato de la ley, está de manera directa, en cabeza de los entes territoriales, como podemos ver en la siguiente norma:

ARTICULO 3o. Competencia de los Departamentos. Corresponde a los Departamentos, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas departamentales competentes, conforme a la Constitución Política, la ley, a las normas técnicas nacionales y a las respectivas ordenanzas:

1. Administrar los recursos cedidos por la nación; planificar los aspectos relacionados con sus competencias para los sectores de educación y salud

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-496 del 15 de septiembre de 1998, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁵ Ley 60 de 1993 ARTICULO 9o. Naturaleza del situado fiscal. El situado fiscal, establecido en el artículo 356o. de la Constitución Política, es el porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que será cedido a los departamentos, el Distrito Capital y los distritos especiales de Cartagena y Santa Marta, para la atención de los servicios públicos de educación y salud de la población y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49o., 67o. y 365o. de la Constitución Política. El Situado fiscal será administrado bajo responsabilidad de los departamentos y distritos de conformidad con la Constitución Política.

y ejercer funciones de coordinación, subsidiariedad y concurrencia relacionadas con las competencias municipales conforme a la Constitución, a la ley y a los reglamentos que sobre tales aspectos expidan los respectivos Ministerios.

En desarrollo de estas funciones promoverá la armonización de las actividades de los municipios entre sí y con el departamento y contribuirá a la prestación de los servicios a cargo de los municipios, cuando éstos presenten deficiencias conforme al sistema de calificación debidamente reglamentado por el respectivo Ministerio.

(...)

5. Las anteriores competencias generales serán asumidas por los departamentos así:

A. En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y las disposiciones legales sobre la materia:

- Dirigir y administrar directa y conjuntamente con sus municipios la prestación de los servicios educativos estatales en los niveles de preescolar, básica primaria y secundaria y media.

- Participar en la financiación y cofinanciación de los servicios educativos estatales y en las inversiones de infraestructura y dotación.

- Asumir las funciones de administración, programación y distribución de los recursos del situado fiscal para la prestación de los servicios educativos estatales.

- Promover y evaluar la oferta de capacitación y actualización de los docentes, de acuerdo con los desarrollos curriculares y pedagógicos y facilitar el acceso a la capacitación de los docentes públicos vinculados a los establecimientos educativos del área de su jurisdicción.

- Regular, en concurrencia con el municipio, la prestación de los servicios educativos estatales.

- Ejercer la inspección y vigilancia y la supervisión y evaluación de los servicios educativos estatales.

- Incorporar a las estructuras y a las plantas departamentales las Oficinas de Escalafón, los Fondos Educativos Regionales, Centros Experimentales Piloto y los Centros Auxiliares de Servicios Docentes.

- Asumir las competencias relacionadas con currículo y materiales educativos.

La prestación de los servicios educativos estatales y las obligaciones correspondientes, con cargo a los recursos del situado fiscal, se hará por los departamentos, caso en el cual los establecimientos educativos y la planta de personal tendrán carácter departamental, distribuida por municipios, de acuerdo con las necesidades de prestación del servicio; de todas maneras la administración del personal docente y administrativo se hará conforme a lo previsto en el artículo 6o. de la presente ley. (Subraya fuera de texto)

Otro tanto ocurre con los distritos capitales (Artículo 4º *ibidem*).

Como se puede observar, la ley asigna a los entes territoriales la función de administrar, en forma directa, la prestación del servicio social de educación, lo que equivale a una descentralización territorial.

Podemos complementar lo aquí expuesto, con la siguiente cita del Consejo de Estado:

La Constitución Política en el artículo 288 dispuso que le corresponde a la ley orgánica de ordenamiento territorial señalar la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales; el 356 superior determinó el situado fiscal, esto es, el porcentaje de ingresos corrientes de la Nación cedidos a los departamentos y los distritos para la atención de los servicios que se les asignen, agregando el inciso 2o, campos específicos, incluido el financiamiento de educación preescolar básica (primaria, secundaria) y media.

La anterior situación plantea entonces que hoy la educación está a cargo de las entidades territoriales; de conformidad con la ley 60 de 1993 los establecimientos educativos están a cargo de los departamentos y los municipios quienes responden por la administración, inspección, vigilancia, supervisión y evaluación de los servicios educativos estatales de educación preescolar básica (primaria y secundaria) y media.⁶

Así las cosas, se advierte, de manera general, que los establecimientos de educación estatal no contarían con autonomía administrativa ni financiera, ni presupuesto propio, en consecuencia no estarían obligadas a pagar la cuota de fiscalización de que trata el parágrafo del artículo 9 de la Ley 617, antes transcrito. De esta tesis se deben exceptuar los institutos científicos y tecnológicos o los que se creen por ordenanza como entidades descentralizadas, tal como lo prevé el ya citado artículo 69 de la Ley 489 de 1998 y en concordancia con el artículo 38 de la misma ley; el cual señala que la rama

⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta, Radicación 883, 1º de octubre de 1996, C.P. Dr. Luis Camilo Osorio Isaza

ejecutiva del poder público del orden nacional esta integrada por los organismos del sector central y las entidades del sector descentralizado por servicios, el cual está conformado por:

- 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.⁷ (Subraya fuera de texto)

Es importante resaltar que las disposiciones de la Ley 489 de 1998, citadas anteriormente en relación con las entidades descentralizadas del orden nacional, deben entenderse en armonía con el parágrafo 1º del artículo 68 de la misma norma, que a la letra dice:

De conformidad con el inciso 2º del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.

Debe indicarse además que, en tanto obligación contributiva, la misma no admite analogía ni interpretaciones extensivas tal y como lo ha manifestado la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado en los siguientes términos:

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.⁸

⁷ Artículo 38 de la Ley 489 de 1998, concordante con los artículos 68 y 69 de la misma norma.
⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consulta 1171 de 1999, MP Dr. Javier Henao Hadrón.

A esta conclusión se arriba en virtud de la organización que se ha establecido para la educación, tanto en su estructura (artículo 117 de la Ley 115 de 1994), como en su financiación y reparto de competencias prevista en la Ley 60 de 1993.

No obstante, y si tal sistema de funcionamiento admitiera la creación de establecimientos educativos como entidades descentralizadas (tal y como se lee en el inciso primero del artículo 3º de la Ley 60 de 1993), se estaría en la hipótesis en la cual se causaría la respectiva cuota respecto de éstos básicamente porque han adoptado la forma que los hace sujetos de la misma, elemento definitorio para predicar la existencia de esta clase de obligaciones. Cabe reconocer que la posibilidad de crear esta clase de entidades encuentra asidero, además de las disposiciones de la Ley 489, en las atribuciones propias de las Asambleas contenidas en el numeral 7º del artículo 300 constitucional, por iniciativa del Gobernador, lo que constituye parte del reducto de autonomía que la Constitución ha diferido a las entidades territoriales (artículos 1º y 287).

Para mayor información sobre cuotas de fiscalización adjunto copia del concepto de fecha 25 de octubre de 2001, emitido por esta Oficina.

Confiando en que su inquietud ha sido absuelta, no sin antes advertir que la presente consulta se responde con fundamento en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, me suscribo de usted,

Cordialmente,

Original Firmado Por:

Juan Fernando Romero Tobón

JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN

Director de la oficina Jurídica

Anexo lo anunciado en 6 folios