

Katherine

El 9-02/09

Responder antes del 27-02/09

Dra Dayra AdL



CONTRALORIA
Departamental del Cauca

DC 0344

Florencia, 05 FEB 2009

Doctora
ANA CRISTINA SIERRA DE LOMBANA
Auditoría General de la República
Bogotá D. C.

AUDITORIA
GENERAL



Rad No 2009-233-000442-2

Fecha 06/02/2009 11:47:36
Us Rad. WMICAN
Asunto : 0344* SOLICITUD CONCEPTO(2 FOLIOS)
Destino : / Rem: DIJ CONTRALORIA DEPARTAMENTAL
www.auditoria.gov.co - Auditoría General de la República

ASUNTO: Solicitud de Concepto

Respetada Doctora:

Me es grato dirigirme a usted haciéndole llegar un respetuoso saludo, con el objetivo de solicitarle emita concepto relacionado con: la posibilidad que las Contralorías Departamentales puedan cobrar cuota de auditaje a las Empresas de Servicios Públicos Mixtas, Industriales y Comerciales oficiales y privadas.

Lo anterior teniendo en cuenta el Fallo del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera del 10 de diciembre de 2008 Consejera Ponente. María Claudia Rojas Lasso, que en uno de sus apartes expresa:

" (...)

La Sala concluye que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCALTARILLADO DE YOPAL ESP es sujeto de control fiscal, por lo que esta sujeta a la cuota de auditaje a que se refiere el artículo 9 de la Ley 617 de 2000, norma que reenvía al artículo 38 de la Ley 489 de 1998 y que no hizo excepción alguna, ya que la única condición que exigió para que la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA pueda cobrarla es, precisamente, que el organismo o entidad sea sujeto de control fiscal, como en efecto lo es la parte actora.

(...)

Adm
06.02.09
2:45

[Signature]
Fecha 9/09



CONTRALORIA
Departamental del Caquetá

Finalmente, también es oportuno destacar que el parágrafo del artículo 9 de la Ley 617 de 2000, impone a las entidades descentralizadas del orden departamental el deber de pagar una "cuota de fiscalización" a la respectiva Contraloría, como lo había previsto el artículo 11 de la Ley 330 de 1996, amén de que el artículo 13, ibídem, fijó el plazo para el pago de la cuota, de cinco días siguientes a la aprobación del PAC (Programa Anual Mensualizado de Caja)".

Agradezco su atención.

Cordialmente,

CARLOS ALIRIO LOZADA ROJAS
Contralor Departamental del Caquetá (E)

Anexo: Fallo del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera del 10 de diciembre de 2008 Consejera Ponente, María Claudia Rojas Lasso.

Responsable: Natalia Naranjo
Profesional Universitaria

Req.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Consejera Ponente: **MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO**

Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de dos mil ocho (2008)

Ref.: Expediente 2002-00394-01
AUTORIDADES NACIONALES
Actora: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE YOPAL

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DE CASANARE contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Casanare de 28 de agosto de 2003, por la cual decretó la nulidad de los actos acusados.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El 2 de diciembre de 2002 la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE YOPAL, a través de apoderado, en ejercicio de la acción instituida en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó a la CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DE CASANARE, con las siguientes

1.1. Pretensiones

- Que declare la nulidad de la Resolución 132 de 2002 (12 de julio) por la cual la CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DE CASANARE fija cuota de fiscalización y auditaje a la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE YOPAL S.A. ESP (sic)

- Que se declare la nulidad del proceso de jurisdicción coactiva No. 084 de 14 de agosto de 2002 iniciado por el Coordinador del Grupo de Investigaciones Fiscales y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría Departamental de Casanare, dentro del cual se surtieron las siguientes actuaciones:

- El 14 de agosto de 2002 se libró orden de pago por vía ejecutiva contra la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE YOPAL S.A. ESP (sic) y se ordenó el embargo y retención de las cuentas corrientes y de ahorro de la empresa.
- Por auto de 3 de octubre de 2002 se decidieron las excepciones previas propuestas y se ordenó seguir adelante la ejecución contra la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE YOPAL EPS (sic).
- En auto de 30 de octubre se ordenó la liquidación del crédito.
- El 6 de noviembre se aprobó la liquidación del crédito y se ordenó pagar a la Contraloría Departamental de Casanare la suma de \$9'528.425,56 y la devolución del excedente a la ejecutada.
- Por auto de 26 de noviembre de 2002 se da por terminado el proceso ejecutivo y se dispuso el levantamiento de las medidas cautelares.

- Que se declare la nulidad de la Resolución 152 de 2002 (20 de agosto) por la cual se corrige la Resolución 132 de 2002, en cuanto al nombre de la persona jurídica afectada por el de EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE YOPAL ESP.

- Que como restablecimiento del derecho se ordene a la demandada reintegrar a la actora la suma de dinero embargada y retenida con la respectiva indexación.

1.2. Hechos

El 12 de junio de 2002 la Contraloría Departamental de Casanare dictó la Resolución 132 de 2002 por la cual fijó cuota de fiscalización y auditaje a la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Yopal (sic) correspondiente al año 2001. En su artículo 4° anotó que no procedía recurso alguno en la vía gubernativa y ordenó su notificación personal a la entidad afectada.

La Profesional de Apoyo de la Contraloría Departamental de Casanare remitió al Coordinador del Grupo de Investigaciones Fiscales y Jurisdicción Coactiva copia de la Resolución 132 de 2002 con su constancia de notificación para el respectivo cobro ejecutivo.

El Coordinador del Grupo de Investigaciones Fiscales y Jurisdicción Coactiva por auto de 14 de agosto de 2002 libró orden de pago contra la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Yopal ESP (sic) por la suma de \$9'221.057,00, por lo cual mediante oficio de 15 de agosto la Secretaria comunicó al Gerente de la Empresa que debía presentarse al despacho para notificarle personalmente este auto.

El 20 de agosto de 2002 la Contraloría Departamental de Casanare profirió la Resolución 152 por la cual corrigió la Resolución 132 de 2002, en cuanto a la denominación de la empresa afectada por la de EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE YOPAL y la mantuvo en lo demás.

Notificado el representante legal de la Empresa de Acueducto, por medio de apoderado propuso las excepciones previas de falta de jurisdicción, inexistencia del demandado y notificación del auto de mandamiento de pago a persona distinta de la demandada y las excepciones perentorias de nulidad del mandamiento de pago y causa ilícita.

Por auto de 3 de octubre de 2002 el Coordinador del Grupo de Investigaciones Fiscales de la Contraloría negó las excepciones previas con fundamento en que todos los actos administrativos ejecutoriados que impongan a favor de una entidad territorial de cualquier orden la obligación de pagar una suma de dinero, prestan mérito ejecutivo y aceptó el error cometido en la Resolución 132 de 2002 en cuanto a la denominación de la empresa afectada y que como el mandamiento de pago fue notificado personalmente al representante legal de la afectada el 27 de agosto de 2002, no prosperaban las excepciones propuestas.

La Empresa no interpuso recurso alguno contra el auto de 3 de octubre de 2002 que decidió las excepciones previas porque estimó que dada la poca razonabilidad jurídica del Coordinador del Grupo, no había lugar a impugnarlo, por lo que este auto quedó en firme.

El 30 de octubre de 2002 se ordenó seguir adelante la ejecución y la liquidación del crédito y por auto de 26 de noviembre siguiente la Contraloría declaró terminado el proceso por pago total de la obligación, sin pronunciarse sobre las excepciones perentorias, y ordenó el levantamiento de las medidas cautelares.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

El apoderado de la actora estima que se violaron los artículos 29, 267 y 272 de la Constitución Política; 66, 90 y 92 de la Ley 42 de 1993 y 21 de la Ley 617 de 2000.

1.3.1. Se violó el artículo 29 CP porque al disponer la Resolución 132 de 2002 que contra ella no procedía recurso alguno se está cercenando a la actora el derecho al debido proceso y a la defensa, porque se le impidió impugnar la decisión a través del recurso de reposición, único posible contra esta clase de actos; además, este acto no fue notificado personalmente al representante de la empresa hecho que también impidió su impugnación.

Comoquiera que en auto de 26 de noviembre de 2002 el Coordinador del Grupo dio por terminado el proceso sin haberse pronunciado sobre las excepciones se violó el debido proceso que afecta directamente el derecho de defensa.

1.3.2. Se violaron los artículos 267 y 272 CP porque la propia Contraloría Departamental en el auto que resolvió las excepciones previas se califica como entidad territorial para sostener que tenía competencia para adelantar el proceso de jurisdicción coactiva con base en la resolución que fijó la cuota de fiscalización y auditaje a la actora, cuando al tenor de estas normas se trata de una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal que no podía adelantar el proceso de jurisdicción coactiva.

1.3.3. El artículo 66 de la Ley 42 de 1994 define a las Contralorías Departamentales como entidades técnicas con autonomía administrativa y presupuestal, que la Contraloría Departamental de Casanare desconoce al pretender amparar su actuación en que es entidad territorial y, por ende, los actos administrativos ejecutoriados que expide e impongan una obligación a favor de la Nación, prestan mérito ejecutivo.

1.3.4. Los artículos 90 y 92 de la Ley 42 permiten el cobro de créditos fiscales que surjan de títulos ejecutivos y regulan expresamente los actos que prestan mérito ejecutivo entre los que no aparece incluido el que fija cuota de fiscalización o auditaje.

1.3.4. El artículo 21 de la Ley 617 de 2000 dispone que en los municipios donde no exista Contraloría Municipal, la vigilancia de la gestión fiscal corresponderá a la Contraloría Departamental y, en este caso, no podrá cobrarse cuota de fiscalización u otra modalidad de imposición similar a los municipios, entendiéndose que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal es un ente de carácter municipal que estaría amparada por dicha excepción legal, no pudiendo cobrarse cuota de fiscalización y auditaje.

1.3.5. Adicionalmente alega la actora como causales de anulación de los actos acusados el desvío de poder, falsa motivación y falta de competencia.

La Resolución 132 de 2002 es un típico caso de desvío de poder porque la Administración desconoció el orden jurídico que estaba obligado a respetar al excluir de plano la posibilidad del recurso de reposición, el único posible dada la autonomía administrativa del Contralor y al aceptar una notificación sin la debida rigurosidad mandada por el Código Contencioso Administrativo.

El Coordinador del Grupo al no acoger ninguna de las excepciones previas formuladas que resultaban relevantes y no pronunciarse sobre las excepciones perentorias planteadas, incurrió en vía de hecho que causa perjuicio a la Empresa demandante porque al embargársele una suma considerable de dinero le impidió atender parte de sus obligaciones comerciales.

La Contraloría Departamental carecía de competencia para iniciar el proceso ejecutivo de jurisdicción coactiva, por cuanto la Resolución 132 de 2002 no es un título de los enunciados en el artículo 92 de la Ley 42 de 1994, que preste mérito ejecutivo.

Existe falsa motivación por error de derecho por cuanto la Contraloría Departamental no podía cobrarle a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal cuota de fiscalización alguna.

2. ACTUACIÓN

La Contraloría Departamental de Casanare, por medio de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda alegando que los actos acusados se ajustan a derecho y que la Contraloría sí tenía competencia para adelantar el proceso de jurisdicción coactiva.

El acto administrativo que fijó la cuota de fiscalización para el año 2001 a la Empresa de Servicios Públicos de Yopal, hoy Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal, fue conocido oportunamente por ésta y comoquiera que no cumplió con su obligación legal de pagar oportunamente la cuota, el acto fue enviado a Jurisdicción Coactiva para que se adelantara el respectivo proceso.

La Resolución 152 de 2002 que aclara la 132 de 2002 se expidió con la expresión comuníquese dado que en nada modifica el fondo del asunto, luego no puede considerarse violado el derecho de defensa de la empresa.

En cuanto a las normas citadas como violadas anotó que la obligación contenida en el acto acusado tiene su origen en la propia ley sin que por esta razón sea necesario para su cumplimiento la expedición de un acto administrativo, como se evidencia del párrafo del artículo 9° de la Ley 617 de 2000, en cuanto fija a las entidades descentralizadas del orden departamental una cuota de fiscalización hasta del 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, inversiones y rentas titularizados, así como los procesos de titularización. En el párrafo de su artículo 11 señala que las entidades descentralizadas del orden distrital y municipal pagarán una cuota de fiscalización hasta del 0.4%.

El artículo 21 de la Ley 617 de 2000, que reformó el artículo 156 de la Ley 136 de 1994, determinó que los municipios y distritos en los cuales no haya Contraloría municipal, la vigilancia de la gestión fiscal corresponde a la Contraloría Departamental respectiva y que en estos casos no podrá cobrarse cuota de fiscalización u otra modalidad de imposición similar a los municipios o distritos.

Conforme a lo anterior se deduce con facilidad que era obligación de la empresa demandante el pago de la cuota de fiscalización sin necesidad de un acto administrativo que así lo dispusiera, pues el representante legal debe conocer sus obligaciones, especialmente las que conciernen al pago de compromisos o aportes de carácter obligatorio y legal de la entidad.

De otro lado, el acto administrativo que impuso la obligación de carácter legal a la demandante no era susceptible de recurso alguno y copia del mismo fue enviada vía fax, a su representante legal, quien sí tuvo conocimiento de su contenido y no puede alegar falta de notificación.

La actora considera que la Contraloría desconoce la esencia de entidad técnica con autonomía administrativa y presupuestal al calificarse como entidad territorial para pretender adelantar el proceso de jurisdicción coactiva. Sobre este punto advierte que la Asamblea Departamental de Casanare por Ordenanza 048 de 1995 (2 de agosto) determinó a la Contraloría como un ente de carácter técnico con autonomía administrativa, contractual y presupuestal.

En el párrafo del artículo 1° de la citada Ordenanza definió la autonomía administrativa, contractual y presupuestal como la facultad de ejercer las competencias necesarias para el ejercicio del control fiscal y el funcionamiento de la Contraloría conforme a la Constitución y la ley.

Con base en las anteriores normas la Contraloría Departamental es un establecimiento público que se encuentra dentro de los señalados en el

numeral 1° del artículo 68 CCA, que señala que los actos administrativos ejecutoriados que impongan a favor de la Nación, de una entidad territorial o de un establecimiento público de cualquier orden la obligación de pagar una suma líquida de dinero, prestan mérito ejecutivo y, por tanto, la Contraloría tiene competencia para adelantar el respectivo proceso de jurisdicción coactiva.

La actora alega que si bien la Contraloría se pronunció sobre las excepciones previas propuestas por la demandante, no sucedió así con las perentorias o de fondo, afirmación que no es cierta, pues en auto de 3 de octubre de 2002 se resolvieron las excepciones previas y en su parte final se alude a las perentorias cuando anota que deben negarse por cuanto éstas pretenden dilatar el proceso y rehusarse a pagar una obligación legal, situación que clarifica suficientemente que no se violó el debido proceso.

No existe desvío de poder cuando el Contralor Departamental de Casanare en cumplimiento de la ley exige a una entidad bajo su control el cumplimiento de una obligación establecida en la ley como el pago de la cuota de fiscalización, luego las obligaciones de carácter legal no son discutibles.

La Contraloría Departamental se encuentra plenamente facultada para promover el proceso de cobro ejecutivo por jurisdicción coactiva frente a los títulos que prestan mérito ejecutivo según los artículos 92 de la Ley 42 de 1994 y 68 CCA.

La Ley 617 de 2000 faculta al Contralor del Departamento para cobrar la cuota de fiscalización a los establecimientos o entes de orden departamental, donde por razones de supresión de las Contralorías Municipales deba ejercer el control fiscal. No puede confundirse en manera alguna un municipio o un distrito con un establecimiento público del orden municipal como lo es la actora, pues se trata de una empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal bajo fiscalización de la Contraloría y no puede pretender desconocer una obligación a su cargo.

3. PRUEBAS

Como pruebas se allegaron:

- La Ordenanza 048 de 1995 (2 de agosto) por la cual la Asamblea Departamental de Casanare dicta normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría del Departamento de Casanare.

- Copia del Proceso No. 084 de Jurisdicción Coactiva adelantado por la Contraloría Departamental de Casanare contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal ESP.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la Contraloría Departamental reiteró los argumentos de la contestación de la demanda e insiste que los actos demandados fueron expedidos con fundamento en las normas y procedimientos legales, especialmente aquellas que imponen una obligación de carácter legal y de imperativo cumplimiento como se desprende de los artículos 9° (parágrafo) y 21 de la Ley 617 de 2000, lo cual indica con claridad absoluta que la liquidación contenida en el acto acusado es incontrovertible y no puede ni debe ser objeto de discusión.

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 53 Judicial Administrativo conceptuó que al examinar la parte motiva de la Resolución 132 de 2002 (12 de junio) el Contralor Departamental de Casanare estimó que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal estaba obligada a pagar una cuota de fiscalización y auditaje equivalente al 0.2% del monto de los ingresos ejecutados durante la vigencia anterior. Sin embargo, no tuvo en cuenta que el parágrafo del artículo 21 de la Ley 617 de 2000, por el cual se modificó el artículo 156 de la Ley 136 de 1994, dispuso que en los municipios y distritos en los cuales no exista Contraloría Municipal, la vigilancia de la gestión fiscal corresponde a la Contraloría Departamental, pero no podrá cobrarse cuota de fiscalización u otra modalidad de imposición similar a los municipios o distritos.

Alega la actora que la Contraloría dentro del acto acusado señaló que contra éste no procedía recurso alguno y que éste no fue notificado en debida forma a su representante legal, pues en el acta de notificación de 15 de julio de 2002 aparece firmando Gissel Quevedo Otálora sin que acreditara que tiene la representación legal de la empresa, siendo obligatorio por parte del funcionario de la Contraloría determinar previamente la representación y entregarle copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión.

La Contraloría Departamental no podía iniciar el proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva por las sumas impuestas sin surtir debidamente la notificación de los actos acusados porque la procedencia de este procedimiento ejecutivo está supeditado al cumplimiento de los requisitos

contenidos en los artículos 90 y 92 de la Ley 42 de 1994, concordante con el artículo 68 CCA.

Observó que el funcionario de la Contraloría no se pronunció acerca de todas las excepciones propuestas por el Gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal, lo cual podría ser violatorio de los principios de imparcialidad, legalidad y contradicción.

Concluyó que la legalidad de los actos acusados fue desvirtuada al demostrar que no fueron notificados en debida forma y expedidos con desviación de poder, falsa motivación y violación de las garantías procesales contenidas en la Constitución y la ley y, por tanto, las pretensiones de la demanda deben acogerse.

II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Casanare, en fallo de 28 de agosto de 2003 accedió a las pretensiones de la demanda argumentando:

Sostiene el *a quo* que el asunto se circunscribe a definir si los actos demandados son violatorios de normas de superior jerarquía o dictados con desviación de poder o falsa motivación que por lo mismo deben declararse nulos y como restablecimiento ordenar el reintegro de la suma indebidamente cobrada.

Señaló que lo primero por determinar es si cuando se presentó la demanda la acción estaba caducada y al efecto, anotó que la Resolución 132 de 2002 fue notificada a Gissel Acevedo Otálora, quien afirma que es contratista, es decir, que no se requiere hacer un esfuerzo para entender que no era la representante legal de la empresa.

La diligencia de notificación no está suscrita por la funcionaria encargada de la Contraloría, luego no se cumplen los requisitos mínimos para tenerla como practicada en debida forma.

La Contraloría reconoció que evidentemente se había equivocado en el nombre de la empresa a la cual impuso la cuota de fiscalización, error que fue corregido en la Resolución 152 de 2002, pero omitió ordenar su notificación a la afectada, no existiendo constancia de haber cumplido este requisito, hecho que significa que el Gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal solo vino a notificarse de la Resolución 132 de 2002 el 27 de agosto de 2002, cuando se dejó constancia de la entrega de copia del auto de mandamiento de pago.

Con fundamento en lo anterior, la demanda instaurada el 2 de diciembre de 2002 se hizo en tiempo oportuno, por cuanto no habían transcurrido los cuatro meses de que trata el numeral 2° del artículo 136 CCA para que se configurara la caducidad.

La actora alega desviación de poder porque en la Resolución 132 de 2002 se advirtió que contra ella no procedía recurso alguno. Si bien esta es una falla de la Administración, en manera alguna puede tenerse como desviación de poder sino como una omisión involuntaria del funcionario que expidió el acto, lo que no impedía que la parte interesada utilizara los medios defensivos previstos por el legislador, máxime cuando el recurso de reposición no es obligatorio para agotar la vía gubernativa y, por tanto, el afectado podía acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Respecto de la indebida notificación de la Resolución 132 de 2002 advirtió que le asiste razón a la actora, pues conforme al artículo 44 CCA las decisiones que pongan fin a una actuación administrativa deben notificarse personalmente al interesado y de no ser posible, debe enviársele por correo certificado una citación a la dirección registrada a efecto de que concurra a notificarse. En este caso no se cumplió con esta norma, pues está demostrado que la pretendida notificación se hizo a una tercera persona, quien dejó constancia de que era contratista.

En este mismo documento tampoco existe constancia del funcionario que practicó la diligencia porque carece de firma del responsable y no puede dársele credibilidad a esta prueba dado que la anotación que se envió vía fax y que fue confirmada no es válida, toda vez que para que el acto de notificación surta efecto se requiere que la diligencia termine con la firma del funcionario que la realiza y cualquier anotación que se haga después de la firma responsable carece de eficacia como lo señalaba el artículo 316 de Código de Procedimiento Civil.

Le asiste razón a la parte demandante en cuanto acusa de indebida notificación la Resolución 152 de 2002 porque como se desprende de su texto no se ordenó la notificación personal del acto sino que se dispuso su comunicación, pero aún así no está demostrado que se cumplió con este requisito, hecho que llevó a que el Coordinador de Grupo de Investigaciones Fiscales y Jurisdicción Coactiva dictara mandamiento de pago contra la empresa, cuando lo correcto era que al corregirse el nombre de la empresa afectada, se profiriera nuevo auto de mandamiento de pago.

Se acusan los actos acusados de falsa motivación porque la Contraloría, con base en los parágrafos de los artículos 9° y 11 de la Ley 617 de 2000, consideró que era competente para imponer la cuota de fiscalización, cuando

realmente estas normas no establecen esta facultad. Por el contrario, el parágrafo del artículo 21 exonera de la obligación de pagar cuota de fiscalización u otra modalidad de imposición similar a los municipios o distritos, pues el objeto de esta ley es buscar la racionalización del gasto público y sería absurdo que en Yopal, donde se suprimió la Contraloría Municipal, se impusiera a la actora la obligación de seguir pagando una cuota especial por los servicios prestados.

La Contraloría afirma que el cobro hecho a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal tiene sustento en el artículo 7° de la Ordenanza 48 de 1995 que establece que el presupuesto de la Contraloría Departamental será del 2% de los presupuestos anuales definitivos de las entidades sujetas a control, con sus adiciones, no obstante esta norma fue modificada por la Ley 617 de 2000 que en su artículo 8° estableció los gastos máximos que podían tener las Contralorías Departamentales conforme a su categoría y en el artículo 9° se previó un período de transición de 2001 a 2004 y el porcentaje que se puede cobrar a los entes fiscalizados de carácter descentralizado y, por tanto, es obvio concluir que el artículo 7° de la Ordenanza no está vigente y que el Contralor Departamental se excedió en sus funciones y se arrogó una facultad que no le otorga la ley, lo que hace que su actuación esté viciada de nulidad.

La actora alega que la Contraloría no hizo pronunciamiento alguno sobre las excepciones de fondo propuestas contra el mandamiento ejecutivo. Estas excepciones que tenían por objeto enervar la viabilidad del auto de mandamiento ejecutivo no tuvieron respuesta por parte de la Contraloría, pues al revisar la actuación se observa que el funcionario se limitó a resolver las excepciones previas y anotó que las perentorias tenían por objeto dilatar el proceso y negarse a pagar una obligación legal.

No obstante, la Contraloría estaba en la obligación de explicarle a la ejecutada las razones que tuvo para tomar esta determinación y exponer los motivos por los que no aceptaba los planteamientos defensivos de la empresa, cuando esa es una garantía que se establece a favor de la demandada para que sepa a ciencia cierta las razones que tiene la Administración en la toma de algunas medidas. Si no se cumple con ese requisito, indiscutiblemente hay una falta grave porque la afectada ignora los motivos por los cuales se le impone una carga económica y queda en inferioridad de condiciones para afrontar su defensa ante la instancia siguiente, más aun cuando se presume que la administración tiene el personal idóneo para atender los planteamientos que se le hacen.

Concluyó que está demostrado que con la expedición de los actos acusados se incurrió en graves fallas de carácter adjetivo que afectan el debido proceso y no garantizan el derecho de defensa al interesado, además de la existencia de

falsa motivación en los mismos. Al considerar la Contraloría que con base en algunas disposiciones de la Ley 617 de 2000 tiene facultad para imponerles cuota de fiscalización a las empresas de carácter municipal que debe controlar, cuando el legislador en ningún momento previó estas circunstancias, lo que lleva a la anulación de los actos demandados.

III. EL RECURSO DE APELACION

En su recurso, el apoderado de la CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DE CASANARE, alega que es importante señalar que la demanda se presentó cuando había caducado la acción, teniendo en cuenta que la Resolución 132 de 2002 se notificó el 15 de julio de 2002, a través de comunicación vía fax y por error se notificó a una funcionaria de la empresa quien debió negarse a recibir la notificación. Sin embargo, por este solo hecho no puede alegarse indebida notificación porque su finalidad es la de enterar o dar a conocer una determinación del Estado respaldada en la supremacía conferida por la autoridad soberana que la distingue y separa de los administrados.

Reconoce que se presentaron falencias de orden formal en el procedimiento adelantado que, en su sentir, no constituyen nulidad del acto acusado, pues la Resolución 132 de 2002 no es de aquellas que pongan fin a una actuación administrativa y que requieran de notificación personal al interesado, porque la obligación de pagar la cuota de fiscalización y su valor, es de carácter legal que para su cumplimiento no requiere de acto administrativo.

Contrario a lo argumentado por el *a quo* manifiesta que la demanda se presentó cuando la acción había caducado teniendo en cuenta que el acto administrativo no es de aquellos a los que se refiere el artículo 44 CCA, sino que contiene la liquidación de una obligación pecuniaria que tienen los entes fiscalizados para con las Contralorías Departamentales o Municipales impuestas por la Ley 617 de 2000 y, por tanto, solo deben comunicarse al responsable fiscal como ocurrió en este caso y por lo mismo, tampoco con susceptibles de recurso alguno ya que bastaría que la entidad obligada a pagar la cuota de auditaje por sí mismo efectuara la liquidación y posteriormente pagara a la Contraloría.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que las irregularidades en la notificación o la falta de notificación no afectan la validez del acto administrativo y no son causales de nulidad.

En cuanto al nombre de la empresa reconoce que se presentó un error involuntario en su denominación el cual fue corregido mediante Acto Administrativo comunicado legalmente. Sin embargo, aclara, que en últimas la

empresa actora es la única que presta el servicio público de acueducto y alcantarillado en Yopal, como está demostrado en el proceso.

Considera el Tribunal que existió falsa motivación fundamentada en que el párrafo del artículo 21 de la Ley 617 de 2000 exonera del pago de cuota de auditaje a las empresas industriales y comerciales del orden municipal y refuerza su argumento en los párrafos de los artículos 9° y 11 que establecen el porcentaje del 0.2% que deberán pagar las entidades descentralizadas del orden departamental calculado sobre el monto de los ingresos ejecutados en la vigencia y el 0.4% para las del orden municipal o distrital.

De la lectura de las citadas normas se llega a una conclusión contraria a la del a quo, pues no cabe duda que las Contralorías Departamentales tienen la obligación de asumir el control fiscal de los municipios y los distritos donde no existan o hayan desaparecido las Contralorías Municipales, lo cual no significa que haya exoneración en el pago de las cuotas de fiscalización por dicho servicio a los entes descentralizados del orden distrital o municipal.

La voluntad del legislador fue la de exonerar de la obligación de pagar cuota de fiscalización a los municipios y distritos en los cuales no existe Contraloría Municipal y asignó la función fiscalizadora a las Contralorías Departamentales, pero no exoneró a las entidades descentralizadas del orden municipal o distrital.

Alega que no es cierto que la Contraloría haya omitido pronunciarse sobre las excepciones de fondo propuestas dentro del proceso de jurisdicción coactiva, porque la entidad, aunque de manera no muy amplia, sí expuso las razones y motivos por los cuales no aceptaba los planteamientos defensivos, pues consideró que por tratarse de obligaciones de carácter legal no requieren más sustento para su pago que la propia ley.

IV. CONSIDERACIONES

Se demanda la Resolución 00132 de 2002 (12 de julio), a cuyo tenor:

**«RESOLUCIÓN NÚMERO 00132
(12 JULIO 2002)**

Por la cual se fija la cuota de fiscalización y auditaje para la Empresa de Servicios públicos Domiciliarios de Yopal ESP.

EL CONTRALOR DEPARTAMENTAL DE CASANARE

En ejercicio de las atribuciones constitucionales y legales y en especial las previstas en los artículos 268, numerales 9° y 12° y artículos 272 de la Constitución Nacional, 99 de la Ley 42 de 1993 y 9° de la Ordenanza 048 de 1995 y la Ley 617 de 2000,

CONSIDERANDO

[...]

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Fijar como cuota de fiscalización y auditaje, para la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Yopal ESP, NUEVE MILLONES DOSCIENTOS VEINTIUN MIL CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$9'221.057) M/CTE cuota que corresponde al año 2001.

ARTÍCULO SEGUNDO: El valor de la anterior cuota de fiscalización y auditaje deberá ser cancelada en la Tesorería Departamental de la Secretaría de Hacienda del Departamento de Casanare en un término de diez (10) días hábiles, los que una vez recaudados por esta, serán puestos a disposición de manera inmediata a la Tesorería de la Contraloría Departamental de Casanare.

ARTÍCULO TERCERO: VIGENCIA. Esta Resolución rige a partir de la fecha de su expedición y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.

ARTÍCULO CUARTO: Contra la presente Resolución no procede ningún recurso por la vía gubernativa.»

Por Resolución 0152 de 2002 (29 de agosto) se aclaró la Resolución 132 de 2002 en el sentido de que la denominación correcta de la persona jurídica es EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE YOPAL ESP.

Alega el apoderado de la Contraloría caducidad de la acción. Sobre este punto advierte la Sala que revisado el expediente no existe constancia de notificación de la Resolución 132 de 2002 (12 de julio) al representante legal de la empresa demandante, pese a que obra constancia de notificación a la señora GISSEL QUEVEDO OTÁLORA - CONTRATISTA el 15 de julio de 2002, sin que ésta hubiera demostrado tener la representación legal de la empresa, circunstancia que lleva a la inexistencia de notificación o notificación irregular del acto al representante legal de la afectada, que si bien no conduce a su nulidad, hace que el acto administrativo no surta efectos frente a la interesada mientras no sea legalmente notificado.

No obstante, el representante legal de la actora sostiene que se enteró de la existencia de la Resolución 132 de 2002 el 27 de agosto de 2002, cuando fue

notificado del auto de mandamiento de pago de 14 de agosto anterior. Significa lo anterior que a partir de esta fecha es cuando debe contarse el término de los cuatro (4) meses de que trata el numeral 2° del artículo 136 CCA, para establecer si la acción se interpuso en tiempo.

Como la demanda se formuló el 2 de diciembre de 2002 y la notificación al representante legal de la empresa se entiende surtida el 27 de agosto de 2002, se tiene presentada dentro del término de caducidad que establece la norma citada; por lo tanto, no se presentó la caducidad alegada por la demandada.

Invoca la actora violación del debido proceso por falta de notificación del acto acusado y por falta de indicación de los recursos que procedían en su contra, tal como lo dispone el artículo 47 CCA.

El apoderado de la Contraloría reconoce que existieron irregularidades tanto en la notificación del acto como en la falta de indicación de los recursos que procedían contra la Resolución 132 de 2002, pero aclara que tratándose de una obligación que por ley corresponde a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal ESP, como es el pago de la cuota de fiscalización o auditaje contenida en la Ley 617 de 2000, no era necesario expedir acto administrativo alguno, sino que, por el contrario, correspondía a la empresa directamente practicar la liquidación de la cuota de auditaje y proceder a su pago.

El inciso final del artículo 135 CCA dispone que *«si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, los interesados podrán demandar directamente los correspondientes actos»*, como en efecto lo hizo la actora, situación que desvirtúa la violación del debido proceso.

Procede la Sala a analizar si la actora estaba obligada a pagar la cuota de fiscalización o auditaje impuesta por la Contraloría Departamental de Casanare a través de los actos acusados.

Advierte la Sala que según se desprende del Decreto 026 de 1997 (10 de junio), la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal ESP fue constituida como una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal cuyo objeto es la prestación del servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado y actividades complementarias.

Disponen los párrafos de los artículos 9° y 11 de la Ley 617 de 2000:

«Artículo 9°. [...]

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.»

Artículo 11. [...]

PARAGRAFO. Las entidades descentralizadas del orden distrital o municipal deberán pagar una cuota de fiscalización hasta del punto cuatro por ciento (0.4%), 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.»

Cabe observar que la norma legal transcrita impuso a las entidades descentralizadas departamentales la obligación de pagar a la Contraloría una cuota de auditaje hasta del 0.2% de sus ingresos ejecutados en el año anterior, y a las del orden distrital o municipal hasta del 0.4% de los mismos ingresos.

Según el artículo 112 de la Constitución Política, la Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado «de la administración.». A su turno, el artículo 267 define el control fiscal como una función pública que será ejercida por la Contraloría General de la República sobre la gestión fiscal «de la administración» y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

El artículo 272 de la Carta señala que la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya Contraloría, corresponde a éstas: Igualmente dispone que los Contralores Departamentales, Distritales y Municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República.

Conforme a las citadas normas, el control fiscal se extiende a toda la Administración de la que forman parte las empresas industriales y comerciales del Estado del orden departamental y municipal (artículos 300, numeral 7 y 313 numeral 6).

Por su parte, los artículos 2° y 3° de la Ley 42 de 1993, establecen:

«**Artículo 2°.** 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.

Artículo 3°. Son sujetos de control fiscal en el orden territorial los organismos que integran la estructura de la administración departamental y municipal y las entidades de este orden enumeradas en el artículo anterior.

Para efectos de la presente ley se entiende por administración territorial las entidades a que hace referencia este artículo».

De conformidad con las citadas normas la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE YOPAL ESP, como Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden municipal, está sujeta a la vigilancia de la Contraloría Departamental. Sin embargo, lo que en este caso resulta discutible es el deber o la obligación que como empresa de servicios públicos domiciliarios le corresponde en el pago de la correspondiente cuota de auditaje.

En relación con la obligación de las empresas de servicios públicos de pagar cuota de auditaje, esta Sala sostuvo ¹

«Ahora, lo que constituye objeto de controversia en este caso es si la actora está obligada al pago de la cuota de auditaje fijada en los actos acusados.

El tribunal, se fundamentó en dos conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en los que se concluyó que las empresas de servicios públicos no están obligadas a pagar la cuota de auditaje de que trata la Ley 330 de 1996.

Sin embargo, la Sala de Consulta en Concepto radicado bajo el núm. 1709 de 6 de abril de 2006, precisó:

La consulta pregunta si la ley puede ordenar el pago directo de la cuota de fiscalización o si por el contrario se limita a impartir una autorización que debe ser reglamentada por acuerdos municipales.

Al respecto la Sala destaca los términos del artículo 11 de la ley 617 de 2000, que de forma imperativa establecen el deber legal a

¹ Sentencia de 7 de junio de 2001, Expediente 6508, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, reiterada en sentencias de 2002-00291-01 de 6 de diciembre de 2007, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno y de 6 de marzo de 2008, expediente 2003-00230-01, M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Planeta, actora: ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S.A. ESP.

cargo de las entidades descentralizadas de sufragarla al emplear la locución "**deberán pagar una cuota de fiscalización**", mandato que descarta que se esté en presencia de una simple autorización susceptible de ser reglamentada por los concejos municipales, máxime cuando se esta en presencia de normas orgánicas de presupuesto del nivel nacional.

[...]

A los concejos municipales les corresponde, en los términos del artículo 313.6 de la Carta, crear a iniciativa del alcalde empresas comerciales e industriales y conforme a la ley 489 de 1998, reguladora de la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, las reglas relativas al régimen de las entidades descentralizadas se aplican, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia constitucionalmente (parágrafo del artículo 2°). Por su parte el parágrafo 1° del artículo 68 ibidem estatuye que - en los términos del inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política el régimen jurídico previsto para las entidades descentralizadas del orden nacional 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.

El Capítulo X de la ley en cita, artículo 38, sobre estructura y organización de la administración pública, clasifica dentro del sector descentralizado por servicios, entre otras entidades, a las empresas industriales y comerciales del Estado (lit. b) y a las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios (lit.d), las que son enlistadas en el Capítulo XIII, artículo 68, como entidades descentralizadas.

De esta manera, si bien las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios pueden adoptar la modalidad de empresas industriales y comerciales del Estado conforme a la ley 489, independientemente de esta forma de constitución, ellas conforme a este mismo estatuto constituyen un tipo específico de entidad descentralizada.

De forma paralela, y dentro del mismo orden de ideas, tanto las empresas industriales y comerciales como las empresas oficiales prestadoras de servicios públicos son modalidades de las empresas estatales, destinadas al cumplimiento de actividades económicas para la producción o distribución de bienes o la prestación de servicios.

Por su parte, el artículo 365 de la Constitución establece que los servicios públicos están sometidos al régimen jurídico fijado en la

ley y el inciso final del artículo 68 de la ley 489, dispone que las entidades descentralizadas sujetas a regímenes especiales por mandato de la Carta, se someten a las disposiciones que para ellas establezca el legislador.

Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios se regulan por las normas especiales contenidas en la ley 142 de 1994 y por la ley 489 en los aspectos no regulados por aquélla, así como por las normas que la complementen, sustituyan o adicionen (art. 84).

[...]

En criterio de la Sala, 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.

Ahora, el hecho de que la Ley 142 de 1994, hubiera previsto una auditoría externa, ello no supone el desplazamiento del control fiscal por parte de las Contralorías.

Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 22 de febrero de 2007 (Expediente AP-00726, Consejero ponente doctor Alier Hernández Enriquez), protegió el derecho colectivo al patrimonio público, que consideró vulnerado por una empresa de servicios públicos domiciliarios que celebró un contrato de auditoría externa.

Dijo la Sección Tercera en la precitada sentencia, con apoyo en jurisprudencia de la Corte Constitucional:

"...el artículo 51 de la ley 142 de 1994 dispuso que era obligatorio, para todas las empresas de servicios públicos domiciliarios, contratar la auditoría de gestión y resultados con una empresa privada.

Este artículo fue demandado, en acción de inconstitucionalidad, con el argumento de que el control de gestión y resultados, sobre las entidades públicas, se encuentra en cabeza de las contralorías. Mediante la sentencia C-290 de 2002 la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada de la norma censurada, con los siguientes argumentos:

"Por lo tanto, respecto de las empresas de servicios públicos oficiales, cuyo control fiscal se ejerce sin limitación alguna y en forma integral por los organismos competentes, dicho control operaría en forma concurrente con el control de gestión y de resultados ejercido por las auditorías externas que deben ser

contratadas de manera obligatoria por todas las empresas de servicios públicos según el artículo bajo revisión. Cabe entonces preguntarse si tratándose de estas empresas de servicios públicos tal dualidad en el ejercicio del control de gestión y de resultados desconoce la función atribuida por la Constitución a los organismos de control fiscal.

"Para la Corte tal dualidad resulta inadmisibles dada la exclusividad que la Carta le ha otorgado a los órganos de control fiscal para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración que incluye, entre otros, el control de gestión y de resultados (CP art. 267 inc 3). Exclusividad que encuentra su razón de ser en el carácter autónomo e independiente de los organismos que ejercen el control fiscal." (Negrillas fuera de texto)

Según esta decisión, para la Sala resulta improcedente, por incompatible, la existencia de los dos controles; luego, debe entenderse que contratar la auditoría externa de gestión y resultados no es optativo de la empresa oficial de SPD, pues tal conducta conduciría a la concurrencia de dos controles, con evidente desconocimiento de la sentencia de la Corte, quien declaró la constitucionalidad de la norma siempre que se entienda que estas entidades públicas u oficiales no están obligadas a contratar a las empresas privadas para ejecutar ese objeto contractual....".

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 oficial 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.

Finalmente, también es oportuno destacar que el párrafo del artículo 9° de la Ley 617 de 2000, impone a las entidades descentralizadas del orden departamental el deber de pagar una «cuota de fiscalización» a la respectiva Contraloría, como lo había previsto el artículo 11 de la Ley 330 de 1996, amén de que el artículo 13, ibídem, fijó el plazo para el pago de la cuota, de cinco días siguientes a la aprobación del PAC (Programa Anual Mensualizado de Caja). »

La Sala prohíja la anterior jurisprudencia por cuanto en el caso concreto se trata de la fijación de una cuota de fiscalización y auditaje a cargo de una empresa de servicios públicos domiciliarios, teniendo en cuenta:

En mérito de 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

REVÓCASE la sentencia apelada. En su lugar, **DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y en firme esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de 10 de diciembre de 2008.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
Presidente

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARTHA SOFIA SANZ TOBÓN



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20091100007351

Fecha: 26-02-2009

Devolver Copia Firmada

Bogotá D.C.,

OJ-110.023.2009

44 18076412- CO

26 FEB. 2009

Doctor
CARLOS ALIRIO LOZADA ROJAS
Contralor Departamental del Caquetá
Contraloría Departamental de Caquetá
Carrera 13 N° 15-00 Piso 4° Edificio de la Gobernación
Florencia-Caquetá

REFERENCIA: Rad. 2009-233-00442-2

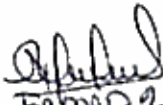
Cobro cuota de auditaje a empresas de Servicios Públicos Domiciliarios oficiales, mixtas, privadas e industriales y comerciales del Estado.

Respetado Doctor Lozada:

Esta oficina recibió su petición donde solicita emitir concepto relacionado con: "la posibilidad de que las contralorías departamentales puedan cobrar cuotas de auditaje a las empresas de servicios públicos mixtas, industriales y comerciales oficiales y privadas."

Lo anterior teniendo en cuenta el Fallo del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera del 10 de diciembre de 2008 Consejera Ponente María Claudia Rojas Lasso..."

Antes de entrar a resolver sus inquietudes es conveniente recordar que, dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por tanto nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia. Así, se procederá únicamente a dar unos lineamientos generales sobre el tema.


FEB 27/09

26 FEB. 2009

1

25



Hecha la aclaración y con el fin de ofrecer una orientación acerca de su interrogante se hacen las siguientes consideraciones:

En primer término es necesario examinar lo establecido por la Ley 617 de 2000 en el párrafo del artículo 9° sobre las cuotas de auditaje:

"PARAGRAFO. 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."

De acuerdo con lo anterior la ley 617 de 2000 constituyó para las entidades descentralizadas del orden departamental la obligación de pagar una cuota fiscal a la respectiva contraloría departamental, por lo que es preciso revisar lo concerniente a las entidades descentralizadas.

Las entidades descentralizadas funcionalmente o por servicios, como en este caso, son personas jurídicas inferiores a los departamentos distritos o municipios las cuales tienen a su cargo la ejecución de las políticas públicas que trazan las autoridades de las entidades territoriales y por ello están adscritas o vinculadas a cada una de estas, son creadas autorizadas por las asambleas departamentales o los concejos municipales respectivamente.¹

La Ley 489 de 1998 en el artículo 68 señala las entidades descentralizadas del orden nacional y a su vez dispone que el régimen jurídico allí previsto para estas, es aplicable a las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.

"ARTICULO 68. ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

¹ JORGE ENRIQUE IBAÑEZ NAJAR. Estudios de derecho Constitucional y Administrativo. Editorial Legis.



Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

PARAGRAFO 1o. De conformidad con el inciso segundo 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. (Negrilla y subrayado).

De igual forma la ley 489 de 1998 en su artículo 84 dispuso que las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios y las entidades públicas que tienen por objeto la prestación de los mismos se sujetarán a la Ley 142 de 1994²

La ley 142 de 1994 en su artículo 14 establece unas definiciones para interpretar y aplicar esta ley, dentro de las cuales menciona que se entiende por empresa de públicos oficial, mixta y privada

"ARTÍCULO 14. DEFINICIONES. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

14.5. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares."

De lo antes expuesto y de las normas transcritas de la ley 489 de 1998 se advierte que el legislador solo se refiere expresamente a las empresas oficiales de servicios

² Ley 489 de 1998 ARTÍCULO 84. EMPRESAS OFICIALES DE SERVICIOS PÚBLICOS. Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios y las entidades públicas que tienen por objeto la prestación de los mismos se sujetarán a la Ley 142 de 1994, a lo previsto en la presente ley en los aspectos no regulados por aquella y a las normas que las complementen, sustituyan o adicione.

públicos como entidades descentralizadas, sin embargo el mismo artículo 68 de la citada ley continua diciendo **"las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos"** Por lo que se considera que el legislador quiso incluir en esta categoría de entidades descentralizadas no solamente a las empresas oficiales sino también a las demás prestadoras de servicios públicos.

En este mismo sentido la Corte Constitucional en sentencia C-736-07 de 19 de septiembre de 2007, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra expresó:

"EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS MIXTA-Pertenencia a la rama ejecutiva del poder público

La demanda indica que los artículos 38 y 68, parcialmente demandados dentro de este proceso, excluirían de la conformación de la Rama Ejecutiva a las empresas de servicios públicos mixtas y privadas (Artículo 38) y también las excluirían de la pertenencia a la categoría jurídica denominada "entidades descentralizadas" (Artículo 68). No obstante, la Corte observa que una interpretación armónica del literal d) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, junto con el literal g) de la misma norma, permiten entender que la voluntad legislativa no fue excluir a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas de la pertenencia a la Rama Ejecutiva del poder público. Nótese cómo en el literal d) el legislador incluye a 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", categoría dentro de la cual deben entenderse incluidas las empresas de servicios públicos mixtas o privadas, que de esta manera, se entienden como parte de la Rama Ejecutiva en su sector descentralizado nacional. Así las cosas, de cara a la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 498 de 1998, y concretamente de la expresión "las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios" contenida en su literal d), la Corte declarará su exequibilidad, por considerar que dentro del supuesto normativo del literal g) se comprenden las empresas mixtas o privadas de servicios públicos, que de esta manera viene a conformar también la Rama Ejecutiva del poder público.

EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS MIXTA-Carácter de entidad descentralizada/EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS PRIVADA-Carácter de entidad descentralizada

Si bien el legislador sólo considera explícitamente como entidades descentralizadas a las empresas oficiales de servicios públicos, es decir a aquellas con un capital cien por ciento (100%) estatal, lo cual haría pensar que las mixtas y las privadas no ostentarían esta naturaleza jurídica, a continuación indica que también son entidades descentralizadas "las demás

entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio." (Subraya la Corte). Así las cosas, de manera implícita incluye a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas como entidades descentralizadas, por lo cual la Corte no encuentra obstáculo para declarar su constitucionalidad."

En consecuencia, se puede colegir que las empresas de servicios públicos oficiales, mixtas y privadas, así como las empresas industriales y comerciales del Estado son entidades descentralizadas.

En este orden de ideas, se afirma que dichas empresas en cualquier orden territorial al que pertenezcan se les aplica el régimen establecido en la ley 489 de 1998, la ley 142 de 1994 en materia de las actividades relacionadas con los servicios públicos domiciliarios, así como también la Ley 42 de 1993 que prevalece en materia de control fiscal y señala como sujetos de control fiscal a quienes manejen fondos o recursos públicos y en sus artículo 2º y 3º expresan:

"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."

"ARTÍCULO 3o. Son sujetos de control fiscal en el orden territorial los organismos que integran la estructura de la administración departamental y municipal y las entidades de este orden enumeradas en el artículo anterior."

En conclusión se tiene que las entidades nombradas por usted en la consulta como prestadoras de servicios son entidades descentralizadas del orden departamental y sujetos de control fiscal por parte de la respectiva contraloría territorial lo que nos lleva a afirmar que están en la obligación de cumplir con el pago de la cuota de auditaje que señala la ley 617 de 2000. Sin embargo la ley no es clara en la forma de recaudo de la misma por lo que procedemos a mencionar algunas consideraciones de tipo presupuestal ya mencionadas por esta Oficina en concepto 071 de 2008, dar para mayor claridad sobre el asunto:

"Por su parte, la ley 617 de 2000 establece la obligación para las entidades descentralizadas del orden Departamental, Distrital y Municipal de pagar cuotas de fiscalización a las Contralorías según su respectivo nivel pero no señala la forma de recaudo.



Las contralorías territoriales son una sección dentro del presupuesto general del respectivo ente territorial, por lo cual no tiene un presupuesto propio, sino asignación presupuestal que deberá incluir las transferencias del nivel como las cuotas de fiscalización del nivel descentralizado. En otras palabras los órganos de control no tienen presupuesto de ingresos, por ser solamente una sección en el presupuesto de gastos del respectivo ente territorial, razón por la cual no puede recibir ingresos distintos a la apropiación presupuestal que le asigna el departamento, distrito o municipio según corresponda

Al respecto esta oficina se pronunció en concepto de fecha 24 de agosto de 2004, dirigido Contralor General de Huila así

"Ahora bien, los entes de control son solo un segmento del presupuesto del ente territorial, en consecuencia, de conformidad con las normas y principios generales de presupuesto los recursos con que las contralorías sufragan los gastos a que se refiere la ley 617 de 2000, no son recaudados directamente por éstas, sino que, como apropiación asignada en el presupuesto general del departamento, les son situados por la Secretaria de Hacienda del departamento, distrito o municipio de acuerdo al Plan Anual de Caja.

En estos términos, las sumas que los entes de control obtengan por conceptos diferentes constituyen un ingreso ocasional y en tal virtud, forman parte el presupuesto de rentas del ente territorial, como se infiere de lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto Orgánico del Presupuesto: - 6

Unidad de Caja. Con el recaudo de todas las rentas y recursos de capital se atenderá el pago oportuno de las apropiaciones autorizadas en el Presupuesto General de la Nación.

La anterior disposición aplica al nivel territorial por mandato constitucional, contenido en el artículo 352, según el cual las disposiciones de la ley orgánica del presupuesto (Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la República) aplican a las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo en lo relacionado con la programación, elaboración, aprobación y ejecución del presupuesto...

Por la anterior razón, si la Contraloría recauda dineros, debe trasladarlos a la tesorería departamental, distrital o municipal de que se trate. En otras palabras, no pueden disponer directamente de ellos por cuanto la autonomía presupuestal que por mandato constitucional tienen, supone la posibilidad de disponer, en forma independiente, de los recursos aprobados en el Presupuesto; pero no significa que no requieran del trámite presupuestal previsto en la ley orgánica, en cuanto a la programación, aprobación y ejecución presupuestal."

Como ya se mencionó el artículo 272 de la Constitución Política señala para los contralores departamentales, distritales y municipales las mismas funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 ibidem.

El artículo 268 menciona una serie de atribuciones al Contralor General y en el numeral 13 establece las demás que señale la ley, si bien es cierto la ley 617 de 2002 no dispone como se recauda la tarifa de fiscalización, la ley 106 de 1993 en el artículo 4 le otorga al Contralor General la atribución de cobrar dichas cuotas así:

“ARTÍCULO 4o. AUTONOMIA PRESUPUESTARIA. <Ver Jurisprudencia Vigencia en relación con lo dispuesto en la Sentencia C-1550-00 de la Corte Constitucional sobre la vigencia de este Artículo> 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. ...”

En este sentido la Contraloría General puede cobrar la deuda por concepto de cuota de fiscalización como quiera que tiene la facultad de fijar, conforme a una fórmula establecida por la ley, el valor de la misma para cada uno de sus entes vigilados, facultad que ejerce expidiendo anualmente una resolución mediante la cual a parte de indicar el valor de la cuota, señala a cada vigilado el plazo para efectuar el pago, acto administrativo que se constituye como título ejecutivo, es decir en la base para un eventual cobro por jurisdicción coactiva.

Las Contralorías territoriales por su parte no fijan las cuotas de fiscalización de sus vigilados, es la misma ley la que la estableció y en tal virtud, no cuentan con un título que les preste mérito ejecutivo, motivo por el cual no surge con claridad el mecanismo para la realización del cobro, no obstante existir la posibilidad para los contralores territoriales de recaudar y cobrar las cuotas de fiscalización, de conformidad lo dispuesto en el artículo citado y en la extensión normativa.

Ahora bien, en el evento de realizarse el cobro, por no tener presupuesto propio, es preciso recordar que si recaudan dineros deben trasladarlos a la tesorería departamental, distrital o municipal que corresponda y no podrán

disponer directamente de estos recursos ya que tienen que haber sido apropiados dentro del Presupuesto del ente territorial a la respectiva Contraloría, todo esto en cumplimiento de lo establecido en el artículo 345 de la Constitución Política, que reza:

"Art. 345.- En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al tesoro que no se halle incluida en el de gasto. (...)"

Con las anteriores consideraciones se espera haber dilucidado sus inquietudes.

El presente concepto, al tenor del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, no compromete la responsabilidad de la Auditoría General de la República, ni es de obligatorio cumplimiento.

Cordialmente,



DAYRA ENNA CONCICION PERICO
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: María Katherina Ramirez Navarrete.
Abogada Oficina Jurídica