

20091100010161

Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20091100010161
Fecha: 13-03-2009

44 18076453-CO
16 MAR. 2009

Bogotá D.C.
110 -025- 2009

Doctor
LIBARDO CORDOBA SALDARRIAGA
Contralor Municipal
Contraloría Municipal de Bello
Cra 50 N° 51 - 00 Piso 4°
Bello - Antioquia

Referencia: Solicitud concepto

Cordial saludo

En atención a la consulta realizada por usted mediante radicado CP-059 se emite concepto jurídico para efectos de dar respuesta a sus interrogantes.

Del objeto de consulta

- 1). "¿Está obligada esta empresa de servicios públicos a pagar cuota de auditaje?"
- 2). ¿Cuál es el procedimiento para calcular el monto?
- 3). ¿En caso negativo, se puede firmar un convenio de fortalecimiento tecnológico a través del cual la Contraloría realiza el control fiscal y contribuye al mejoramiento de la gestión institucional a cambio de que Bello Aseo entregue computadores, software y capacitación a nuestros funcionarios toda vez que el presupuesto actual solo alcanza para la nómina?
- 4). ¿Están las curadurías obligadas a cancelar cuota de auditaje?
- 5). ¿Cuál es el procedimiento para calcular dicha cuota?
- 6). ¿Independiente de evaluar el manejo transparente de los dineros recaudados del público por expedición de certificados de normas y usos del suelo y expedición de certificados de nomenclatura, puede la Contraloría territorial evaluar la aplicación y gestión realizada con las expensas de los impuestos de construcción?
- 7). Con clara intención de no desbordar la ley ¿Cuál es el alcance del control fiscal en este tipo de organizaciones públicas?
- 8). Es dable compensar la cuota de auditaje con convenios orientados a fortalecer tecnológicamente el órgano de control fiscal territorial?
- 9). ¿Una vez realizada la fusión de dos ESE, se puede iniciar proceso de responsabilidad fiscal contra el gestor público que por su indiferencia con la filosofía del control de advertencia afecta el patrimonio público?"

[Firma]
Mayo 16/09
3:10 p.m.

Control fiscal con enfoque social!



130305
3:45

Se considera

Del alcance de los conceptos

Dentro de las funciones de la oficina jurídica se encuentra la emisión de conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativo; en cuanto a estos, tanto la ley como la jurisprudencia han sido reiterativas al señalar que tales pronunciamientos son simples orientaciones generales o consejos de la administración, los cuales no producen efectos jurídicos por no comprometer la responsabilidad de las entidades y tampoco ser de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Sobre la solicitud de consulta la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad señaló¹:

2.2- El derecho de petición de consultas (artículo 25 del Código Contencioso Administrativo)

(...)

2.2.2.- El derecho de petición de consultas está consagrado en los artículos 25 a 26 del Código Contencioso Administrativo y con fundamento en él es factible acudir ante la autoridad pública para que por medio de un concepto oriente a los administrados sobre algún asunto que pueda afectarlos. Los conceptos desempeñan una función orientadora y didáctica que debe realizar la autoridad pública bajo el cumplimiento de los supuestos exigidos por la Constitución y las leyes. El contenido mismo del concepto, sin embargo, no comprometerá la responsabilidad de las entidades que lo emiten ni será tampoco de obligatorio cumplimiento. Se entiende, más bien, como una manera de mantener fluida la comunicación entre el pueblo y los administración para absolver de manera eficiente y de acuerdo con los principios de economía, celeridad, eficacia e imparcialidad, las dudas que puedan tener las ciudadanas y los ciudadanos y el pueblo en general sobre asuntos relacionados con la administración que puedan afectarlos. Tal como quedó plasmado en el Código Contencioso Administrativo, el derecho de petición de consulta tiene, entonces, una connotación de simple consejo, opinión o dictamen no formal de la administración cuyo propósito no es ser fuente de obligaciones ni resolver un punto objeto de litigio.

(...)

En este orden de cosas, la Corte Constitucional realiza una distinción y sienta algunas pautas. Confirma, de acuerdo con la interpretación que de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo ofrece también el Consejo de Estado, el carácter no obligatorio de las peticiones de consulta. Los conceptos no contienen, en principio, decisiones de la administración y no pueden considerarse, por consiguiente, actos administrativos. La Corte acepta la posibilidad de que en ciertos casos excepcionales los conceptos emitidos hacia el interior de la administración puedan ser vinculantes. (Sentencia de la Corte Constitucional C-487 de 1996 M. P. Antonio Barrera Carbonell).

¹ Corte Constitucional, C-542 de 2005, M.P. Humberto Sierra Porto.



Conforme a lo anterior, es conveniente recordar que dadas las funciones constitucionales y legales asignadas, la Auditoría General de la República no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de nuestras entidades vigiladas por tanto nos corresponde ejercer un control posterior y selectivo de su gestión fiscal, en consecuencia, nos abstenemos de emitir conceptos sobre situaciones particulares o concretas. Así, se procederá únicamente a dar unos lineamientos generales sobre el tema.

De las entidades prestadoras de servicios públicos y el control fiscal

Señala la Constitución Política lo siguiente:

ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

En cuanto las empresas de servicios públicos debemos recordar la clasificación que de éstas hace el artículo 14 de la ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

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.”

El artículo 68 de la ley 489 de 1998 incluye únicamente a las empresas oficiales de servicios públicos como entidades descentralizadas, siendo esto así, dable sería concluir que únicamente

¡Control fiscal con enfoque social!



éstas pertenecen al sector descentralizado de la rama ejecutiva. No obstante es pertinente tener en cuenta lo manifestado por la Corte Constitucional en sentencia C-736 de 2007, respecto de la ubicación de las empresas prestadoras de servicios públicos dentro de la estructura del ejecutivo independientemente de su composición patrimonial.

“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.

Obsérvese, 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.”

Una vez establecido que las empresas de servicios públicos de naturaleza mixta o privada hacen parte del sector descentralizado de la administración, el siguiente interrogante por despejar es determinar si son objeto de control fiscal y hasta donde va el control fiscal ejercido a estas empresas para posteriormente determinar con base en esto el porcentaje sobre el cual se



va a determinar la cuota de fiscalización.

Como primera medida, la ley 42 de 1993 en su artículo 8 señala:

ARTÍCULO 8o. (...) La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que estos cumplan con los objetivos previstos por la administración.

Por su parte la ley 142 de 1994 y la ley 689 de 2001 en su artículo 5° expresan :

Artículo 27. Reglas especiales sobre la participación de entidades públicas. La Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo que participen a cualquier título en el capital de la empresas de servicio público, estarán sometidas a las siguientes reglas especiales:

27.4. En las empresas de servicios públicos con aportes oficiales son bienes de la Nación, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas, los aportes hechos por ellas al capital, los derechos que ellos confieren sobre el resto del patrimonio y los dividendos que puedan corresponderles. A tales bienes y a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría General de la República y de las contralorías departamentales y municipales.

ARTÍCULO 5o. Modifícase el artículo 50 de la Ley 142 de 1994 el cual quedará así:

Artículo 50. Control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del estado.

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.

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 domiciliarios².

Por vía de jurisprudencia, haciendo un breve recuento, la Corte Constitucional ha expresado; serán objetos de control fiscal todos las personas que manejan, administran o poseen bienes o recursos públicos independientemente de su naturaleza privada, mixta o pública, de igual forma, a concluido que el control fiscal se debe realizar únicamente sobre los recursos de propiedad Estatal; lo cual no es óbice para obtener la información y documentación necesaria del ente mixto o privado prestador del servicio público, en pro de un control integral. Veamos las siguientes citas:

² La mayor parte de este artículo fue declarado inexecutable en la sentencia C- 290 de 2002, los apartes expuestos y vigentes fueron declarados condicionalmente executable en el mismo fallo.



C- 374 de 1995

“c) El control fiscal se ejerce en los distintos niveles administrativos, esto es, en la administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios, e incluso se extiende a la gestión de los particulares cuando manejan bienes o recursos públicos. Es decir, que el control fiscal cubre todos los sectores y actividades en los cuales se manejen bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquél, ni su régimen jurídico.”

C -1191 de 2000

“Tanto la Constitución Política (art. 267) como la Ley 42 de 1993 (art. 9) establecen los sistemas para el ejercicio del control fiscal, a saber, control financiero, de legalidad, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. De manera pues, que si aplicando estos sistemas que se encuentran relacionados con los estados financieros de la empresa, con los planes que se adopten para la vigencia fiscal, con los resultados obtenidos durante su ejercicio y, con el cumplimiento de la ley en cada una de las actuaciones que se adelanten por parte de las empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, esto es en donde existan recursos públicos, necesariamente se tiene que concluir, que las entidades encargadas de ejercer el control fiscal, tienen que solicitar la información pertinente para poder cumplir adecuadamente con el ejercicio de su función constitucional y legal.”

“De ahí, que la restricción o limitación que trae la norma acusada resulta violatoria de la Constitución, como quiera que impide el ejercicio adecuado del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, en la medida en que restringe el acceso de los organismos de control a una serie de documentos necesarios para la verificación de un control fiscal integral, mucho más en las empresas a las que se ha hecho referencia, las cuales prestan un servicio que por definición de la Constitución (art. 365), son inherentes a la finalidad social de Estado, quien tiene como deber asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.”

C-1148 de 2001

“En este orden de ideas, para la Corte es diáfano que el artículo 267 de la Carta Magna, delimita el rango de acción de la función fiscalizadora o controladora al otorgarle a la Contraloría las prerrogativas de vigilar la gestión fiscal de la administración, entendiendo este vocablo en su más amplia acepción, es decir referido tanto a las tres ramas del poder público como a cualquier entidad de derecho público, y, a los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación, que garanticen al Estado la conservación y adecuado rendimiento de los bienes e ingresos de la Nación; así pues donde quiera que haya bienes o ingresos públicos, deberá estar presente en la fiscalización el ente superior de control.” (sentencia C-167 de 1995, M.P., doctor Fabio Morón Díaz) (se subraya) (...).”

¡Control fiscal con enfoque social!



C-290 de 2002

“Y en cuanto respecta al segmento normativo *“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”*, del inciso primero del artículo 5° de la Ley 689 de 2001, la Corte declarará su exequibilidad dado que se refiere al control fiscal sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios en los términos del artículo 267 de la Carta Política. (...).

Para ejercer el control fiscal en las empresas de servicios públicos con carácter mixto y privado, la restricción que pueda en principio imponer el legislador no puede llegar hasta el punto de canalizar dicho control sólo en relación con la documentación que soporte los actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal, pues el organismo de control fiscal correspondiente requiere para ejercer sus funciones en la forma dispuesta por la Constitución y la ley de una actuación amplia, de manera tal que se le debe permitir tener acceso a la información pertinente, necesaria y sin limitación alguna, sobre toda la documentación que soporte dichos actos y contratos.

Por lo tanto, la Corte considera necesario hacer una modulación del fallo en relación con el ejercicio del control fiscal en las empresas de servicios públicos que no tienen el 100% de los aportes del Estado, para lo cual declarará exequible el aparte acusado bajo el entendido que para ejercer el control fiscal en estas empresas la Contraloría tiene amplias facultades para examinar la documentación referente a los bienes de propiedad del Estado y los referentes a los aportes, actos y contratos celebrados por éste.

Conviene anotar, que cuando el artículo 267 Superior dispone que el control fiscal se extiende a los particulares o entidades que manejan bienes o fondos de la Nación, debe concluirse que tratándose de las empresas de servicios públicos dicho control recae sobre ellas pero en relación con los aportes, actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal, control fiscal que se justifica por haber recibido estas empresas fondos o bienes de la Nación sin interesar su cuantía.“

Conforme a lo hasta aquí expuesto, es preciso afirmar que las Contralorías están en la obligación de ejercer control fiscal sobre las empresas prestadoras de servicios públicos constituidas total o parcialmente por bienes o recursos públicos sin importar su naturaleza jurídica, empero, sobre la parte perteneciente al erario y haciendo uso de todos los sistemas de control fiscal si así lo consideran. Hacemos énfasis en el deber de ejercer el control constitucional encomendado sobre estas empresas, por tanto hace algunos años esta competencia generó muchas discusiones; pues gran parte de las empresas constituidas con participación de recursos públicos y privados entendieron que por estar regidos sus actos y contratos por el derecho privado los dineros públicos constitutivos de su patrimonio perdían su naturaleza pública trayendo como consecuencia la improcedencia del ejercicio de control fiscal.

En otros términos, todas las empresas de servicios públicos hacen parte de la rama ejecutiva del poder público como ejercicio de descentralización administrativa por servicio, mas no, todas

¡Control fiscal con enfoque social!



son sujetos de vigilancia fiscal en tanto muchas no cuentan dentro de su conformación patrimonial con participación u aportes públicos.

De la cuota de auditaje

Como bien se sabe, las contralorías son organismos independientes con autonomía administrativa y presupuestal, entiéndase por esta última, la facultad de manejar, disponer, administrar y ejecutar los recursos asignados para el desarrollo de la función pública encomendada por la Constitución Política, lo cual no debe interpretarse como la facultad de obtener y recaudar recursos diferentes a los establecidos por la ley, en otros términos, los entes de control fiscal no son soberanos, por el contrario, su presupuesto debe conformarse de acuerdo con lo estipulado por la ley y estar armonizado con las políticas nacionales y naturalmente con la capacidad económica del ente territorial al que pertenecen.

Asimismo, las Contralorías son una sección presupuestal del ente territorial y su presupuesto está conformado por un porcentaje de los ingresos corrientes de libre destinación de la entidad territorial, transferido por el municipio para nuestro caso, y por la cuota de fiscalización o de auditaje transferidas por las entidades descentralizadas calculado sobre el monto de los ingresos ejecutados por la respectiva entidad vigilada en la vigencia anterior.³

En lo referente al pago de la cuota de fiscalización por parte de las empresas de servicios públicos debemos recordar que la ley de manera expresa estableció el procedimiento para su cuantificación en el parágrafo del artículo 11 de la ley 617 de 2000.

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

³ Respecto de estas entidades descentralizadas por servicios, la ley 489 de 1998 en el artículo 68 señala cuales son las entidades descentralizadas tanto del nivel nacional como 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. (...).

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 entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial. (Subrayado fuera de texto original).

¡Control fiscal con enfoque social!



titularización.

A su vez el decreto 192 de 2001 reglamentario de la ley 617 de 2000 señala.

ARTÍCULO 10. *DE LAS TRANSFERENCIAS A LAS CONTRALORÍAS.* La transferencia de los Departamentos, Municipios o Distritos, sumada a la cuota de fiscalización de las entidades descentralizadas, realizadas a las contralorías, no podrán superar los límites de gasto ni de crecimiento establecidos en la Ley 617 de 2000.

Entonces, debemos concluir sin ambages, que las entidades del nivel descentralizado de la administración, se incluyen las empresas prestadoras de servicios públicos, constituidas con recursos públicos deben pagar cuota de fiscalización de hasta el punto cuatro por ciento (0.4%) calculada únicamente sobre el monto de los ingresos ejecutados transferidos por el municipio 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.

Naturalmente, la cuota de fiscalización debe ser directamente proporcional a los recursos o bienes vigilados fiscalmente, esto, en tanto no sería viable ejercer un control fiscal solamente sobre los recursos de naturaleza pública pero cobrar la cuota de auditaje sobre todos los recursos de la entidad prestadora del servicio, léase, incluyendo los de carácter privado ajenos al control fiscal, esto sería como imponer una carga tributaria a los particulares que no ha sido impuesta por el legislador.

Concretamente respecto del cálculo de la cuota de fiscalización o tarifa de control fiscal denominada para la C.G.R la Corte Constitucional concluyó:

4.9 Debe, en todo caso, precisarse y es apenas obvio, que el cálculo de la tarifa de control fiscal, cuando se trate de la fiscalización de entes particulares que manejan, en forma total o parcial, fondos o bienes de la Nación, debe calcularse en relación con el monto de tales fondos o bienes de la Nación y no con los que correspondan al ente particular como tal, pues éstos son privados, y la Contraloría no ejerce fiscalización sobre ellos. (...).⁴

Por otra parte, tal y como se expresó en los párrafos iniciales, las Contralorías están encargadas del ejercicio de una función pública del Estado, inherente al mismo y de carácter gratuita, por la cual no es aceptable recibir contraprestación alguna por su ejecución o cumplimiento, entiéndase para el caso en estudio, recaudar o recibir bienes por el ejercicio de control fiscal diferentes a los transferidos vía presupuesto.

Esto, no puede confundirse con el escenario contractual, donde es plenamente válido que en desarrollo de la autonomía de la voluntad y contractual propia de los sujetos con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones las Contralorías realicen negocios jurídicos en donde obtienen, ahora si como contraprestación, bienes para su funcionamiento o capacitación

⁴

C-1148 de 2001.



para sus funcionarios.

De las Curadurías

La figura del curador urbano nació con la expedición del decreto ley 2150 de 1995, actualmente se encuentra regido por la ley 388 de 1997, modificada por la 810 de 2003, la cual en su artículo 101 lo define como un particular encargado de estudiar, tramitar y expedir licencias de parcelación, urbanismo, construcción o demolición, y para el loteo o subdivisión de predios a petición del interesado, en adelantar proyectos de parcelación, urbanización, edificación, demolición o de loteo o subdivisión de predios en las zonas o áreas del municipio o distrito que la administración municipal o distrital le haya determinado como de su jurisdicción.

Asimismo precisa la ley, la curaduría urbana implica el ejercicio de una función pública para la verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigentes en el distrito o municipio, a través del otorgamiento de licencias de urbanización y de construcción; continua señalando la norma, el Gobierno Nacional reglamentará todo lo relacionado con las expensas a cargo de los particulares que realicen trámites ante las curadurías urbanas, al igual que lo relacionado con la remuneración de quienes ejercen esta función, teniéndose en cuenta, entre otros, la cuantía y naturaleza de las obras que requieren licencia y las actuaciones que sean necesarias para expedirlas.

Con posterioridad a un importante trayecto normativo, hoy el decreto 564 de 2006 es el que reglamenta lo relativo a los curadores urbanos, entre otros aspectos, lo referente a las expensas recibidas por los trámites efectuados, señala el decreto:

ARTÍCULO 67. AUTONOMÍA Y RESPONSABILIDAD DEL CURADOR URBANO. El curador urbano es autónomo en el ejercicio de sus funciones y responsable disciplinaria, fiscal, civil y penalmente por los daños y perjuicios que causen a los usuarios, a terceros o a la administración pública en el ejercicio de su función pública.

ARTÍCULO 107. EXPENSAS POR LOS TRÁMITES ANTE LOS CURADORES URBANOS. Las expensas percibidas por los curadores urbanos se destinarán a cubrir los gastos que demande la prestación del servicio, incluyendo el pago de su grupo interdisciplinario de apoyo y la remuneración del curador urbano.

En todo caso, a partir de la expedición del presente decreto, el curador urbano deberá reflejar en su contabilidad qué porcentaje de los ingresos provenientes de la liquidación del cargo variable “Cv” de que trata el numeral 2 del artículo 109 del presente decreto, corresponde a:

- a) Los gastos que demanda la prestación del servicio, y
- b) La remuneración del curador.

De igual manera se procederá tratándose de la liquidación de expensas por la expedición de licencias de subdivisión, licencias de construcción individual de vivienda de interés social, el reconocimiento de edificaciones, la autorización de las

¡Control fiscal con enfoque social!



actuaciones de que tratan los artículos 115, 116, 117, 118, 119 y 120 de este decreto.

PARÁGRAFO 1o. El pago al curador urbano del cargo fijo “Cf” establecido en el numeral 1 del artículo 109 del presente decreto siempre se destinará a cubrir los gastos que demande la prestación del servicio.

PARÁGRAFO 2o. Las expensas reguladas en el presente decreto serán liquidadas por el curador urbano y pagadas a este por el solicitante del trámite o la licencia, de conformidad con los términos que se establecen en los artículos siguientes.

PARÁGRAFO 3o. En ningún caso, los curadores urbanos podrán incluir dentro de los gastos para la prestación del servicio, el pago de honorarios a su favor distintos de lo que les corresponde a título de remuneración según lo señalado en el presente artículo.

En cuanto a la naturaleza jurídica de las expensas recibidas por las curadurías urbanas debemos señalar que éstas son recaudadas, administradas y destinadas por expresa disposición del legislador para sufragar los costos y gastos ocasionados con la prestación del servicio, en otros términos, su finalidad es la de garantizar la prestación de un servicio eficiente solventando el costo generado con el servicio.

Entrando al tema del derecho tributario, la doctrina extranjera y colombiana ha definido la tasa como una especie del género tributo que tiene su origen en la prestación de un servicio individualizado del Estado al contribuyente.⁵ Citando al tratadista Mauricio Plazas Vega, el pago de la tasa tiene la naturaleza de contrapartida por la prestación de un servicio de naturaleza divisible.⁶

De acuerdo con lo anterior podemos afirmar que las expensas recibidas por los curadores constituyen un tributo denominado, por sus características, como tasa y por ende son de naturaleza pública. Sobre esta clase de tributo la Corte Constitucional en sentencia C-144 de 1993 ha expresado:

“La circunstancia de que un servicio o función, en los términos de la ley, se desempeñe por un particular, no impide que el legislador sujete dicha actividad o servicio a un sistema tributario de tasa, máxime si este resulta ser el único adecuado o idóneo para ese propósito.

En consecuencia, hoy por hoy, la noción de fondo público va más allá del concepto restringido de la incorporación al presupuesto, siendo determinante para dar dicha calificación que el recurso se origine en la soberanía impositiva del Estado, aunque no ingrese al presupuesto.

Así las cosas, si la tasa es una contribución que emana del poder impositivo del

⁵ BRAVO ARTEAGA, Juan Rafaél. *Nociones Fundamentales de derecho tributario*. Editorial Legis, tercera edición, página 24.

⁶ *Ibidem*.



Estado, cuyo hecho generador es la prestación concreta e individualizada de un servicio público de carácter administrativo, no hay duda para la Sala, que estas representan un ingreso o fondo público, independientemente de la naturaleza jurídica, pública o privada, de la persona que lo recaude y maneje y de su incorporación o no al presupuesto.”

Descendiendo al caso concreto, coincidente con nuestro tema de análisis el concepto 1624 de 2005 emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado precisó de manera afortunada para nuestra conclusión:

“Como quiera que las expensas que consagró el legislador a favor de los curadores urbanos buscan recuperar los costos del servicio público administrativo de licenciamiento, a la luz de la normatividad vigente, constituyen una tasa. Y por ser erogaciones a cargo del usuario, producto del poder impositivo del Estado, son fondos públicos, aunque no se incorporen al presupuesto general de la nación. En consecuencia, sobre ellos debe ejercerse control fiscal. (...).

Cuando el Estado delega una función pública en un particular e impone un cobro en virtud de su soberanía fiscal a favor de ese particular, el mínimo derecho que le asiste, en concepto de esta Sala, es el de conocer si los recursos que se perciben por ese concepto se están aplicando a la finalidad prevista por el legislador; es decir, a satisfacer las necesidades propias de la función pública encomendada y controlar que su manejo y administración se efectúe con la transparencia debida en beneficio del interés general. Sustraer del control fiscal los recursos que por gracia de la ley administran y manejan los particulares, alegando que son personas privadas, sería tanto como invertir las bases mismas de la estructura del sistema de control desarrollado en la Constitución. El hecho generador del control fiscal colombiano está dado en función de la naturaleza del ingreso y no de la naturaleza jurídica, pública o privada de quien administra o maneja los recursos.

En el caso de los curadores urbanos la ley y los reglamentos son claros en precisar las finalidades que se buscan con el pago de las expensas. Siendo estas expensas fondos públicos, el control fiscal procede para verificar el cumplimiento de dichas finalidades legales. Esa verificación contribuye a evitar que se generen privilegios exagerados y exclusivos no deseados por la Constitución ni por la ley al permitir la llamada descentralización por colaboración.”

En suma, conforme se expuso en los acápites anteriores los particulares que manejen recursos o fondos públicos son objeto de control fiscal en tanto el fundamento de éste, está constituido en función de la naturaleza del ingreso y no de la naturaleza pública o privada de quien administra o maneja los recursos.

Siendo esto así, considera esta oficina que las curadurías urbanas son sujetos de control fiscal por la función de recaudo y administración de recursos públicos, aunado a esto, son entidades descentralizadas pero por colaboración y deben cancelar al ente auditor la cuota de fiscalización o de auditaje establecida en los términos del parágrafo del artículo 11 de la ley 617

¡Control fiscal con enfoque social!



de 2000, naturalmente sobre el valor de los recursos de carácter público.

Recordemos en términos del Librado Rodríguez, la descentralización administrativa consiste en el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a personas públicas diferentes del Estado, para que las ejerza en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad, ésta presenta modernamente tres modalidades principales, la descentralización territorial, la descentralización por servicios y la descentralización por colaboración. Consiste esta última en el otorgamiento de competencias o funciones de la administración a particulares para que las ejerza en nombre de ella⁷.

De otro lado, la misma norma establece como límites de transferencia de los entes descentralizados hasta el 0.4% calculado sobre el monto de los ingresos ejecutados por la respectiva entidad en la vigencia anterior, siendo esto así, es competencia exclusiva del concejo municipal determinar el porcentaje exacto de la transferencia que se debe realizar.

Ahora bien, el control fiscal es uno solo y sus características, finalidades y herramientas no pueden cambiar por la calidad del sujeto objeto de control como ya se expuso, a guisa de ejemplo, la facultad de aplicar en todo proceso auditor del sistema financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de la cuenta, la evaluación del control interno es potestativo del órgano de control. Por esencia el auditor debe contar con cierta discrecionalidad a efectos de cumplir con la función encomendada de una manera eficiente y eficaz, obviamente teniendo como límites la constitución y la ley.

En otros términos, no puede llegarse al rigorismo de ejercer un control fiscal basado en estándares inflexibles, requisitos taxativos, o listas de chequeo, para deducir que determinado hecho, acto o situación son objeto de un hallazgo fiscal o un daño al patrimonio, por el contrario, el control fiscal debe ser dinámico y se debe adecuar con sus instrumentos a las situaciones particulares objeto de vigilancia en aras de la salvaguarda del erario.

Del control de advertencia

Es sabido que las contralorías del orden territorial son organismos de raigambre constitucional encargadas del ejercicio de la función pública de control fiscal en el ámbito de su jurisdicción

Por disposición constitucional es competencia del contralor territorial ejercer las mismas funciones atribuidas al Contralor General de la República. Establece la carta:

Artículo 272: (...) Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal. (...).

En concordancia con lo anterior, se concluye que el artículo 268 de la carta política además de establecer las atribuciones del Contralor General de la República, señala por disposición expresa la de todos los contralores.

7

RODRÍGUEZ LIBARDO, Derecho Administrativo General y Colombiano, editorial Temis.

¡Control fiscal con enfoque social!



ARTICULO 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

13. Las demás que señale la ley.

En armonía con la disposición constitucional anterior, el decreto ley 267 de 2000, mediante el cual se dictaron normas sobre el funcionamiento de la Contraloría General de la República y fijaron las funciones de sus dependencias, en su artículo 5° numeral 7 instituyó la denominada función de advertencia, la cual en cumplimiento de las normas constitucionales anotadas y la remisión normativa del #13 del artículo 268 de la carta, al ser una función propia del control fiscal debe ser ejercida por los contralores territoriales en la órbita de su jurisdicción, pues como se vió, no solo son funciones de los contralores las plasmadas en la constitución sino también las demás que señale la ley, siempre y cuando se aclara, sean inherentes a la función de control fiscal.

En términos del decreto-ley 267 de 2000 la función de advertencia consiste en:

ARTICULO 5. (...)

7. Advertir sobre operaciones o procesos en ejecución para prever graves riesgos que comprometan el patrimonio público y ejercer el control posterior sobre los hechos así identificados.

En palabras de la Contraloría General de la República:

“La función de advertencia, consiste en indicarle a la administración los riesgos detectados por el organismo de control fiscal en procesos anómalos u operaciones en ejecución a fin de que tome las medidas pertinentes tendientes a evitar el menoscabo de los dineros públicos. Su carácter es técnico, preventivo o proactivo toda vez que su fin no es otro que señalar a la entidad fiscalizada que existen situaciones o hechos que no ofrecen confianza en su realización, por tanto ameritan la revisión de la administración a fin de evitar un posible daño al erario público.”⁸

Ahora bien, partiendo del artículo 5°#7 del Decreto Ley 267 de 2000 y la definición establecida por la misma CGR, concluimos que la función de prevención o de advertencia, es un instrumento inherente a la función de control fiscal, mediante el cual se busca la aminoración de un riesgo que de materializarse afectaría el patrimonio público, por ende, como quiera que los organismos de control fiscal están instituidos para garantizar la debida protección que merecen los recursos del erario, debe ser facultad de todos los organismos encargados de esa función publica, sin excepción, máxime, cuando es la defensa del patrimonio y los intereses del Estado los que obtienen un beneficio real.

Entonces, la función de advertencia es la facultad que tienen los organismos de control fiscal para pronunciarse de manera excepcional sobre ciertas actividades, en curso, desarrolladas

⁸ Concepto 1348 de mayo 3 de 2003.



por los sujetos de control, las cuales pueden afectar o someter a un riesgo mayor los recursos públicos.

A su vez, es importante tener presente que con la expedición de la constitución de 1991 el control fiscal es ejercido en forma posterior y selectiva, por ende, el pronunciamiento que se emite no es de carácter vinculante y mucho menos puede entrar a tomar decisiones por cuenta del vigilado, en términos técnicos a coadministrar,⁹ por el contrario, el pronunciamiento debe limitarse a señalar las posibles consecuencias que traería la continuación de la actividad de la manera que se está llevando, o también puede recordarse la normatividad que rige esa actividad y la correspondiente interpretación que la doctrina y la jurisprudencia ha emitido sobre la materia o el caso concreto.

En cuanto a la función de advertencia, esta entidad en el concepto 110.021.2004 manifestó:

“ Nadie podría discutir que es inherente a la vigilancia de la gestión fiscal la posibilidad de emitir pronunciamientos sobre actuaciones en trámite que pueden exponer a un riesgo innecesario el recurso público, mas aún cuando estos no tienen carácter vinculante ni obligatorio para los sujetos de control fiscal y se emiten por autoridades con conocimientos técnicos como una manifestación del deber de colaboración armónica que debe existir entre todas las autoridades y, en procura de garantizar la salvaguarda del patrimonio público.

De igual forma, emitir pronunciamientos de esta naturaleza incentiva la participación ciudadana y justifica y legitima socialmente a los organismos de control fiscal que frente a hechos de notoria gravedad ejercer el legítimo derecho a pronunciarse sin ningún carácter vinculante. (...)

Obviamente que el ejercicio de esta atribución se debe efectuar dentro de términos razonables y debidamente justificados, pues su ejercicio arbitrario puede dar lugar a la imposición de sanciones disciplinarias a la luz de lo establecido en los numerales 1°, 2°, y 15 de la Ley 734 de 2002, que se deben leer en concordancia con lo previsto en el artículo 27 de la misma codificación. “

Decantado el objetivo de la función de advertencia debemos resaltar que el no acatamiento de la advertencia formulada por un contralor no acarrea por si misma una responsabilidad fiscal; no obstante, si como resultado de su inobservancia se ocasiona o mejor se materializa el riesgo evidenciado, generando un detrimento al patrimonio público, el inicio de un proceso de responsabilidad fiscal debe ser inminente teniendo como tinte especial la existencia de un

⁹ La Corte Constitucional C-133-99 determinó : “... las tareas de los entes como las contralorías no es la de actuar dentro de los procesos internos de la administración cual si fueran parte de ella, sino precisamente la de ejercer el control y la vigilancia sobre la actividad estatal, a partir de su propia independencia, que supone también la del ente vigilado, sin que les sea permitido participar en las labores que cumplen los órganos y funcionarios competentes para conducir los procesos que después habrán de ser examinados desde la perspectiva del control. De lo contrario, él no podría ejercerse objetivamente, pues en la medida en que los entes controladores resultaran involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función” (Subrayado nuestro)



elemento de juicio importante para comprobar la conducta dolosa o gravemente culposa, la inobservancia de la advertencia realizada.

Finalmente, el control fiscal está dividido en dos procesos complementarios a saber, el proceso auditor y el proceso de responsabilidad fiscal, este último tiene la finalidad de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.

Ahora, la gestión fiscal, constituida como el elemento central del control fiscal en tanto es el objeto de la vigilancia lo constituye una pluralidad de actividades de diferente naturaleza; jurídica, fáctica, económica y contable, por nombrar algunas. Como quiera que las actividades constitutivas de gestión fiscal no se encuentran en un catálogo, o mejor, no están expresadas taxativamente en la ley, su manifestación o representación se materializa de diferentes formas, entre otras, con un acto administrativo. Y es precisamente del contenido de un acto administrativo que sin duda se puede establecer la existencia de un daño al patrimonio del Estado.

El presente concepto se emite al tenor del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, y de manera alguna compromete la responsabilidad de la Auditoría General de la República.

Cordialmente.


DAYRA ENNA CONCICION PERICO
Directora Oficina Jurídica

c.c. Dr. Fabrin Vásquez Mendieta, Auditoría Delegada para la Vigilancia de la Gestión Fiscal.

Proyectó: Fabián Jaimes Poveda
Abogado Oficina Jurídica de la A.G.R

¡Control fiscal con enfoque social!

