

Bogotá D. C.,
110.

Doctor

LAIN EDUARDO LÓPEZ MARTÍNEZ

Agente Especial Interventor

E.S.E. Hospital San Rafael de Leticia

Correo institucional: juridica@esehospitalsanrafael-leticia-amazonas.gov.co

Leticia – Amazonas

E. S. D.



Auditoría General de la República
Al contestar cite el radicado No: 1102-202301730
Fecha: 10 de julio de 2023 02:59:39 PM
Origen: Oficina Jurídica
Destino: E.S.E. Hospital San Rafael de Leticia

Referencia: Concepto: 110.058.2023
SIA-ATC No. 012023000429.

1. *El concepto de cuota de fiscalización aplicable a entidades de orden departamental.*

Respetado doctor Eduardo,

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en el correo electrónico del miércoles 24 de mayo de 2023, radicado bajo el SIA-ATC. No. 012023000429 (Cod. 02331202301382), en el que hace la siguiente consulta:

«(...)

En este orden de ideas, asalta la duda respecto de la obligatoriedad de la E.S.E Hospital San Rafael de Leticia ante el pago de la cuota de fiscalización a la Contraloría Departamental de Amazonas para el año 2023, en lo cual le correspondería auditar la vigencia 2022. Teniendo en cuenta el control posterior que le asiste a las contralorías, auditoria que, como bien lo expresa la Resolución 043 de 2023 de la Contraloría Departamental fue retirada de su Plan de Vigilancia y Control Fiscal Territorial (PVCFT) en la vigencia 2023 y asumida por la Contraloría General de la República».

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta 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 individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia; por lo tanto, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal en Colombia, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando:

«Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoria, **sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal**, pues la atribución constitucional

conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución (...)» (Negrilla fuera de texto).

Es pertinente aclarar que no es resorte legal de la Auditoría General de la República, indicar la manera como deben proceder sus sujetos de control y vigilancia fiscal, como lo son las contralorías territoriales, dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte en un asunto que le corresponde vigilar posteriormente. Teniendo en cuenta nuestra competencia en la vigilancia y control, cualquier indicación sobre cómo deben desarrollar sus procesos misionales sería coadministración y viciaría la vigilancia y el control fiscal que le corresponden ejercer de manera posterior.

Aclarar que de conformidad con las facultades en el Decreto Ley 272 de 2000 «Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República», es una función de la Oficina Jurídica «Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo»¹, los cuales abordan los temas de manera general y abstracta, sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, ya que los conceptos que emite la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República, se formulan dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015 y no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico y permitan al consultante dilucidar la problemática planteada traerá a colación las normas, jurisprudencia y doctrina referentes que se encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir un concepto consolidado de manera general y abstracta

1. El concepto de cuota de fiscalización aplicable a entidades de orden departamental.

Referente al ejercicio de la vigilancia y control fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen el erario en el orden territorial, esta será ejercida por las contralorías municipales, distritales y departamentales en el ámbito de sus competencias y jurisdicción, respecto de esta prerrogativa, la Constitución Política dispuso que:

«**ARTICULO 272** <Artículo modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 4 de 2019>: La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas en forma concurrente con la Contraloría General de la República
(...)

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 en lo que sea pertinente, según los principios de coordinación, concurrencia, y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.»

¹ Decreto Ley 272 de 2000, artículo 18 numeral 3

Ahora bien, en respuesta a una solicitud de concepto respecto de un asunto similar, este Despacho en reciente concepto 110.055.2023 del 30 de junio de 2023 analizó de manera precisa la competencia para el cobro de fiscalización a entidades del orden departamental, transcripción que se realiza de manera extensa por su importancia respecto del tema consultado:

«La Ley 1416 de 2010² reglamentó en su artículo primero la cuota de fiscalización a las entidades descentralizadas de orden departamental de la siguiente manera:

«**Artículo 1°** Fortalecimiento del Control Fiscal de las Contralorías Departamentales: El límite de gastos previsto en el artículo 9° de la Ley 617 de 2000 para la vigencia de 2001, seguirá calculándose en forma permanente. Las cuotas de fiscalización correspondientes al punto dos por ciento (0.2%) a cargo de las entidades descentralizadas del orden departamental, serán adicionadas a los presupuestos de las respectivas Contralorías Departamentales. Entiéndase como la única fórmula para el cálculo del presupuesto de las Contralorías Departamentales.» (Subrayado por fuera del texto)

Respecto de esta cuota, la Corte Constitucional en sentencia C-1148 del 31 de octubre de 2001, determinó:

«5.2 Al respecto, hay que decir, que no le asiste razón al actor, porque la “tarifa de control fiscal” no está enmarcada dentro de los conceptos de “tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen” (inciso 2° del artículo 338 de la Constitución), tal como lo entiende el demandante, sino que corresponde a un tributo especial, derivado de la facultad impositiva del Estado (arts. 150, numeral 12, y 338 de la Carta). Y que es fijada individualmente a cada una de las entidades de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación (art. 267, inciso 1° de la Carta)»

De igual forma, el proyecto de 206/08 Senado – 383/09 Cámara, «Por medio de la cual se fortalece el ejercicio del control fiscal», antecedente de la Ley 1416 de 2010, la Corte Constitucional se pronunció en sentencia C-701 de 2010 respecto a las objeciones presidenciales por inconstitucionalidad e inconveniencia, así:

«3.6.1. El artículo 1° del proyecto de ley ofrece tres contenido normativos, a saber: (i) dispone que el límite de gastos previsto en el artículo 9° de la Ley 617 de 2000 para la vigencia 2001, seguirá calculándose de forma permanente; (ii) señala que la cuota de fiscalización a cuyo pago están obligadas las entidades descentralizadas del orden departamental, será adicionada a los presupuestos de las respectivas contralorías departamentales; y (iii) prevé que las reglas anteriores configuran la única fórmula para el cálculo del presupuesto de las contralorías departamentales.(...)».

En ese sentido, la cuota de fiscalización es un tributo especial que hace parte del presupuesto de las contralorías departamentales, el cual se fija de manera individual a los sujetos de control del respectivo ente de control fiscal.

Ahora bien, el Consejo de Estado en Sentencia Rad. 05001-23-31-000-2005-07294-01 del 22 de febrero de 2018, resaltó la importancia de diferenciar la calidad de *sujeto control fiscal*, a la de *sujeto de la cuota de vigilancia fiscal*, exponiendo que:

² “Por la cual se fortaleció al ejercicio del control fiscal”

«La calidad de sujeto de “control fiscal” y sujeto de la “cuota de vigilancia fiscal” resultan plenamente diferenciables, como bien lo explicó el Tribunal Administrativo de Antioquia en primera instancia, pues, mientras el control es una condición esencial de nuestra arquitectura constitucional, la tributación es una carga impositiva que tiene su fuente en regulaciones expresas, debidamente determinadas.

Es más, si se analizan los pronunciamientos de las altas cortes, el calificativo de “tributo especial” deviene de concebirse como un híbrido de los instrumentos impositivos, pues campea entre los presupuestos propios de una contribución –como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen– y en los que delinear los contornos propios de los impuestos –gravámenes sustentados en un hecho generador que no da lugar a retribución alguna; al menos no directa–.»

Así las cosas, el tributo impuesto en el artículo 1º de la Ley 1416 de 2010 establece los elementos propios de dicha figura, designando como sujeto pasivo las entidades descentralizadas del orden departamental, siendo las obligadas al pago de dicha tarifa, y, como sujeto activo a las Contralorías Departamentales a cuyo favor se realiza pago.

De igual forma, respecto de las diferencias entre la normativa que regula la tarifa de control fiscal de la CGR y la cuota de fiscalización de las contralorías departamentales en Concepto CGR-OJ-053-2018, manifestó:

«En consecuencia, se observa desde el parámetro legal antes citado, son diferentes las normas que regulan el presupuesto y la tarifa de control fiscal de la CGR con respecto de las que regulan el presupuesto y la cuota de fiscalización de las contralorías departamentales, existiendo claras diferencias normativas respecto a los sujetos obligados su pago, en el primer caso los sujetos pasivos de dicha tarifa, son: "los organismos y entidades fiscalizadas", mientras que en el segundo caso los sujetos pasivos de las cuotas de fiscalización correspondientes al punto dos por ciento (0.2%) son las entidades descentralizadas del orden departamental.

(...)

Conforme lo anotado, si bien es cierto que el criterio funcional permite establecer los sujetos pasivos de la tarifa de control fiscal de la CGR de acuerdo a lo establecido en el artículo 4º de la Ley 106 de 1993, que son "los organismos y entidades fiscalizadas", quedó zanjado por la Corte Constitucional que este no es un cobro del servicio prestado como lo entendía el demandante, "sino que corresponde a un tributo especial, derivado de la facultad impositiva del Estado (arts. 150, numeral 12, y 338 de la Carta). Y que es fijada individualmente a cada una de las entidades de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación (art. 267, inciso 1º de la Carta)."(...)»

Asimismo, en Concepto CGR-OJ-0186-2018, consideró:

«En primer lugar, se reitera que el principio de legalidad en materia tributaria se funda en el aforismo "nullum tributum sine lege" que exige un acto del legislador para la creación de un gravamen. Encontrando que la cuota de fiscalización de las contralorías departamentales está reglamentada de forma especial en el artículo 1º de la Ley 1416 de 2010 que establece la única fórmula para el cálculo del presupuesto de las Contralorías Departamentales, el cual debe aplicarse bajo los parámetros establecidos la sentencia C-701 de 2010, sin desconocer normas especiales como el artículo 97 de la Ley 715 de 2001 que establece una protección legal de los recursos providentes del Sistema General de Participaciones al exceptuarlos expresamente de cualquier pago a favor de las contralorías territoriales, para cubrir los costos del control fiscal.»

De acuerdo con ello, por imperio de la ley, la competencia para el cobro de la cuota de fiscalización no se encuentra supeditada a la del ejercicio del control fiscal, por lo que en caso de que se ejerza control prevalente por parte de la Contraloría General de la República, al tenor del artículo 6 del Decreto 403 de 2020, las competencias de la contraloría territorial serán desplazadas solo en relación con la vigilancia y el control fiscal.

La anterior tesis fue acogida por la Contraloría General de la República, mediante Concepto No. CGR-OJ-020-2021, en el cual señaló:

«Cabe indicar que, los anteriores mecanismos se ejercen por parte de la Contraloría General de la República sobre los ejercicios de vigilancia y control fiscal que ejercen las contralorías territoriales, desplazándolas en sus competencias, sin que implique el vaciamiento de las competencias de estas, conforme a los requisitos, criterios y efectos dispuestos para cada uno de los mecanismos en la Ley» (Subrayado fuera del texto)»

Como se observa con claridad, el tributo consagrado en el artículo 1º de la Ley 1416 de 2010 designa como sujeto pasivo a las entidades descentralizadas del orden departamental, siendo clara la diferencia entre la tarifa de control fiscal y la cuota de fiscalización, concluyéndose que su pago no se enmarca *-en palabras de la Corte Constitucional-* dentro del concepto de tasas y contribuciones, ya que no implica una recuperación de los costos de los servicios, ni implica un pago por el ejercicio de la vigilancia y control fiscal.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas. El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 2015 “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

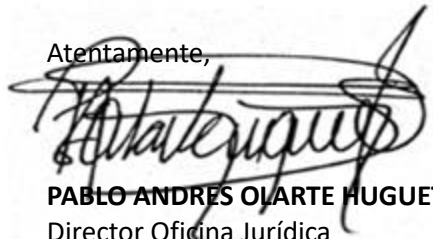
«... el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad ‘ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución’**» (Negrilla fuera de texto)

Los conceptos de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto, pueden ser consultados en nuestra página web www.auditoria.gov.co, siguiendo la ruta <http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia: Avenida calle 26 No. 69-76 torre 4 (agua) pisos 17 y 18 Edificio:

Elemento en la ciudad de Bogotá D. C., o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y laabril@auditoria.gov.co. Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón SIA, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione el botón Encuesta de Satisfacción e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña: **48bdfae3**, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,



PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido
Proyectado por:	Luis Alejandro Abril Parra
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet
<i>Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.</i>	