



Radicado No: 20211100035181

Fecha: 14-10-2021

Bogotá,
110

Doctora
JENNY CONSTANZA OSORIO VÉLEZ
Contralora Municipal de Manizales
Calle 21 Nro. 23-22 Pisos 5 y 9 Edificio Atlas
Manizales - Caldas
director@contraloriamanizales.gov.co
infoauditoria@contraloriamanizales.gov.co

Referencia: Concepto 110.076.2021
 SIA-ATC. 012021000717

1. *De la vigilancia y el control fiscal*
2. *De las competencias de las contralorías territoriales*
3. *De las empresas de servicios públicos mixta – Empresas de economía mixta*
4. *De la tarifa de control fiscal*

Doctora Jenny Constanza:

La Auditoría General de la República - AGR recibió su requerimiento contenido en oficio DPCF-266 CGM-1080 del 27 de agosto de 2021, allegado en correo electrónico del 14 de septiembre de 2021, el cual fue radicado con el número 20212330015462 del 15 de septiembre de 2021 y bajo el SIA-ATC. 012021000717, en el que consulta lo siguiente:

1. *Conscientes del alcance de los conceptos, y considerando la necesidad de aclarar nuestras dudas, solicitamos comedidamente se nos indique si en el caso planteado la empresa de servicios públicos en comento, al contar con un porcentaje de participación público del 98,5% de entidades descentralizadas del orden municipal que son sujetos de control de nuestra Contraloría, es a su vez sujeto de control.*
2. *En caso afirmativo, y teniendo presente que su creación y ejecución presupuestal acaece a la vigencia 2021, para qué vigencia deberá ser incluido partiendo de nuestro control posterior y selectivo y a su vez y deben ser objeto de cuota de fiscalización.*
3. *Informarnos en que soportes normativos y procedimentales podemos acogernos para soportar la toma de decisiones al respecto.*

4. *Comendidamente solicitamos a su despacho la valoración de la situación, y a la luz de los procesos que desde su entidad se han surtido en las empresas de servicios públicos, para que expida un concepto que pueda ser integrado al proceso llevado a cabo por esta Contraloría y remitido a los correos (...)*

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 (contralorías y fondos de bienestar social de las mismas) o de sus sujetos de vigilancia, dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte. Por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia, por lo cual, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Se precisa que la consulta en estudio corresponde a una situación particular y concreta referente al control fiscal a una empresa de servicios públicos, por ello la consulta realizada no es de carácter general ni abstracto.

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 concepto de manera general y abstracta.

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal, 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 Auditoría, **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).

Así mismo, le indicamos que de conformidad con el numeral 3 del artículo 18 del Decreto-Ley 272 de 2000 «Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República», es 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», 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, por lo tanto, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

1. De la vigilancia y el control fiscal

El artículo 267 de la Constitución Política de 1991 modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 4 de 2019 «Por medio del cual se reforma el régimen de control fiscal», establece:

Artículo 267. La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de 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.

El control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva, y además podrá ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público. El control preventivo y concomitante no implicará coadministración y se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del control social y con la articulación del control interno. La ley regulará su ejercicio y los sistemas y principios aplicables para cada tipo de control.

(...)

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el seguimiento permanente al recurso público, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal, y el control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales. La Contraloría General de la República tendrá competencia prevalente para ejercer control sobre la gestión de cualquier entidad territorial, de conformidad con lo que reglamente la ley.

(...)

El Decreto-Ley 403 de 2020 «Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal», establece:

Artículo 2. Definiciones. Para los efectos de la vigilancia y el control fiscal se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

Vigilancia fiscal. Es la función pública de vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, que ejercen los órganos de control fiscal de manera autónoma e independiente de cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa. Consiste en observar el desarrollo o ejecución de los procesos o toma de decisiones de los sujetos de control, sin intervenir en aquellos o tener injerencia en estas, así como con posterioridad al ejercicio de la gestión fiscal, con el fin de obtener información útil para realizar el control fiscal.

Control fiscal: Es la función pública de fiscalización de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, que ejercen los órganos de control fiscal de manera autónoma e independiente de cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa, con el fin de determinar si la gestión fiscal y sus resultados se ajustan a los principios, políticas, planes, programas, proyectos, presupuestos y normatividad aplicables y logran efectos

positivos para la consecución de los fines esenciales del Estado, y supone un pronunciamiento de carácter valorativo sobre la gestión examinada y el adelantamiento del proceso de responsabilidad fiscal si se dan los presupuestos para ello.

(...)

Sujeto de vigilancia y control: Son sujetos de vigilancia y control fiscal los órganos que integran las ramas del poder público, los órganos autónomos e independientes, los de control y electorales, los organismos creados por la Constitución Política y la ley que tienen régimen especial, el Banco de la República, y las demás entidades públicas en todos los niveles administrativos, los particulares, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que a cualquier título recauden, administren, manejen, dispongan o inviertan fondos, recursos del Estado y/o bienes o recursos públicos en lo relacionado con éstos.

La vigilancia y el control fiscal son una función pública ejercida por los órganos de control fiscal (Contraloría General de la República, las contralorías territoriales y la Auditoría General de la República) en su jurisdicción, respecto de la gestión sobre los bienes públicos.

2. De la competencia de las contralorías territoriales

El artículo 272 de la Constitución Política de 1991 modificado por el artículo 4º del Acto Legislativo 4 de 2019, establece:

Artículo 272. 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.

La vigilancia de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

La ley regulará las competencias concurrentes entre contralorías y la prevalencia de la Contraloría General de la República.

Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal, y garantizar su sostenibilidad fiscal.

(...)

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.

(...)

El artículo 4 del Decreto-Ley 403 de 2020, respecto de la competencia de las contralorías territoriales, determinó:

Artículo 4. Ámbito de competencia de las contralorías territoriales. Las contralorías territoriales vigilan y controlan la gestión fiscal de los departamentos, distritos, municipios y demás entidades del orden

territorial, así como a los demás sujetos de control dentro de su respectiva jurisdicción, en relación con los recursos endógenos y las contribuciones parafiscales según el orden al que pertenezcan, de acuerdo con los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la Constitución y en la ley; en forma concurrente con la Contraloría General de la República de conformidad con lo dispuesto en el presente Decreto Ley y en las disposiciones que lo reglamenten, modifiquen o sustituyan.

En todo caso, corresponde a la Contraloría General de la República, de manera prevalente, la vigilancia y control fiscal de los recursos de la Nación transferidos a cualquier título a entidades territoriales, así como las rentas cedidas a éstas por la Nación, competencia que ejercerá de conformidad con lo dispuesto en normas especiales, en el presente Decreto Ley en lo que corresponda, bajo los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

Esta Oficina Jurídica en el reciente concepto 110.057.2021 (Radicado No: 20211100027071 del 27 de agosto de 2021), sobre la competencia de las contralorías territoriales en vigencia del Decreto-Ley 403 de 2020, concluyó:

- ii) La competencia de las contralorías territoriales en el ejercicio de la función de vigilancia y control fiscal, está determinada en primer lugar por el espacio de su jurisdicción y en segundo lugar por el origen de los recursos objeto del control. Los recursos sobre los cuales tiene competencia de vigilancia y control fiscal la contraloría territorial (aunque de forma concurrente o compartida con la Contraloría General de la República), son los denominados endógenos o propios y los provenientes de contribuciones parafiscales de la respectiva entidad territorial, toda vez que los recursos exógenos o transferidos por la Nación, son de competencia prevalente de la CGR.*

Al respecto, igualmente en el concepto 110.71.2020 (Radicado 20201100038391 del 24 de diciembre de 2020), dijo:

De la disposición constitucional del artículo 267 se tiene que por regla general, la competencia en materia de vigilancia y control fiscal, es de la CGR, siendo éste el órgano de control fiscal que ejerce la función pública de vigilancia y control fiscal los recursos públicos, independientemente del origen de los mismos; así mismo, que la ley determinaría, teniendo en cuenta los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, el ejercicio de estas competencias entre las diferentes contralorías: nacional y territoriales. De la disposición constitucional del artículo 272 se tiene que las contralorías territoriales tienen una competencia concurrente con la CGR en la vigilancia de la gestión fiscal de las entidades territoriales, la cual sería igualmente regulada por la ley.

(...)

De acuerdo al primer inciso de la norma transcrita <artículo 4 Decreto 403 de 2020>, respecto de los recursos endógenos, es decir los recursos propios, y de los provenientes de contribuciones parafiscales de las entidades territoriales, su vigilancia y control corresponden a las contralorías territoriales de forma concurrente con la CGR, entendiéndose por concurrente, una competencia compartida, tal como lo indica el Decreto-Ley 403 de 2020 en los principios de la vigilancia y el control fiscal:

(...)

El inciso segundo del artículo 4º de la norma transcrita anteriormente, establece la competencia prevalente de la CGR sobre los recursos transferidos y/o cedidos por la nación a las entidades

territoriales, es decir, de los recursos exógenos, entendiéndose como prevalente, que la competencia de la CGR prima sobre la competencia de la contraloría territorial, esto igualmente atendiendo el principio determinado en el literal o) del artículo 3º *ibidem*:

(...)

4. Conclusiones

i) La competencia general de la vigilancia y control fiscal de cualquier tipo de recursos públicos, está en cabeza de la Contraloría General de la República.

ii) La vigilancia y el control fiscal a las entidades territoriales corresponden a las contralorías territoriales de manera concurrente con la Contraloría General de la República respecto de los recursos endógenos o propios de dichas entidades territoriales; y de manera prevalente a la CGR respecto de los recursos exógenos o transferidos por la nación a dichas entidades territoriales.

iii) La Contraloría General de la República ejerce competencia prevalente, superior o de primacía sobre la de las contralorías territoriales entre otros casos, en aquel en que los recursos de financiación del sujetos y/o objeto de control fiscal, provengan en más del 50% de transferencias de la nación.

(...)

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el concepto 990 del 24 de septiembre de 1997, ratificado en el concepto 1007 del 1º de octubre de 1997, respecto de la competencia de los órganos de control fiscal, dijo:

La competencia para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal está distribuida entre las contralorías General de la República, departamentales, distritales y municipales, con base en varios criterios consignados en la Constitución Política y desarrollados en la ley. Esos criterios pueden resumirse en:

1. Según la pertenencia de los fondos o bienes. Conforme al inciso 1º del artículo 267 de la Constitución Política corresponde a la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal de los fondos o bienes de la nación.

2. Según el nivel de la entidad dentro de la estructura del Estado. El artículo 272 de la Constitución dispone que la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y a la contralorías departamentales incumbe la de los municipios que carezcan de dicho órgano de control, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

3. Según el arbitrio legislativo. Los artículos 267 y 272 de la Constitución prevén que la ley, esto es, el legislador determine los casos especiales, en que la vigilancia de la Contraloría, se puede realizar por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado. Así mismo, se defiere a la ley la fijación de los casos excepcionales en los que la Contraloría General de la República podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

(...)

Por administración nacional, se entiende según la misma ley, 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 en el nivel nacional, 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, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que manejen recursos del Estado en lo relacionado con éstos.

En el orden territorial, pertenecen a la administración departamental o municipal los organismos que integran la estructura del respectivo nivel y las entidades del correspondiente orden enumeradas en el párrafo anterior.

El criterio para asignar la competencia de la vigilancia de la gestión fiscal, fundamentado en el nivel de la entidad dentro de la estructura del Estado; esto es, nacional, departamental y municipal, parte del supuesto de que las entidades y organismos públicos están adscritos a los mismos niveles. Sin embargo, la Constitución Política prevé otras entidades territoriales, como son los territorios indígenas, y defiere a la ley la potestad de darles el carácter de tales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la misma y de la ley.

En vigencia de la Ley 42 de 1993, en el concepto 110.001.2014 (Radicado 20141100000221 del 9 de enero de 2014), esta Oficina dijo:

De conformidad con lo expuesto, la competencia de las contralorías del orden territorial se encuentra determinada en el ámbito de su jurisdicción a aquellas entidades que hacen parte de la estructura administrativa del orden departamental o municipal y a los particulares que manejen fondos o bienes que pertenezcan a alguno de estos órdenes.

Al respecto debe señalarse que el artículo 89 de la Ley 715 de 2001 puntualiza que el control, seguimiento y verificación del uso legal de los recursos del Sistema General de Participaciones es responsabilidad de la Contraloría General de la República y que para tal fin ésta establecerá con las contralorías territoriales un sistema de vigilancia especial de estos recursos.

3. De las empresas de servicios públicos mixta - Empresas de economía mixta

La Ley 142 de 1994 «Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones», establece:

Artículo 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones

(...)

14.6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

(...)

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 las empresas de servicios públicos, están 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, mientras las empresas no hagan uso de la autorización que se concede en el inciso siguiente.

El control podrá ser realizado por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos y contratadas previo concepto del Consejo de Estado o del Tribunal Administrativo competente, según se trate de acciones o aportes nacionales o de las entidades territoriales.

(...)

La Ley 489 de 1998 «Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones», establece:

Artículo 85. Empresas industriales y comerciales del Estado. (...)

(...)

A las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta se les aplicará en lo pertinente los artículos 19, numerales 2°, 4°, 5°, 6°, 12, 13, 17, 27, numerales 2°, 3°, 4°, 5°, y 7°, y 183 de la Ley 142 de 1994.

(...)

Artículo 97. Sociedades de economía mixta. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

Para que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado.

Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen.

Parágrafo. Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado.

El Decreto-Ley 403 de 2020, determina:

Artículo 52. Aplicación de los sistemas de control fiscal en sociedades con participación estatal. La vigilancia de la gestión fiscal en las sociedades de economía mixta se hará teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital social, evaluando la gestión empresarial de tal forma que permita determinar que el manejo de los recursos públicos se realice de acuerdo con los principios de la gestión fiscal.

Los resultados obtenidos tendrán efecto únicamente en lo referente al aporte estatal.

En las sociedades distintas a las de economía mixta en que el estado participe la vigilancia fiscal se hará de acuerdo con lo previsto en este artículo.

Parágrafo 1°. La vigilancia fiscal en las entidades de que trata el artículo 94, 95 y 96 de la Ley 489 de 1998, se hará teniendo en cuenta si se trata de aporte o participación del Estado. En el primer caso se limitará la vigilancia hasta la entrega del aporte, en el segundo se aplicará lo previsto en inciso primero del presente artículo.

Parágrafo 2°. Lo dispuesto en este artículo se realizará sin perjuicio de la revisoría fiscal que se ejerce en ellas.

El informe del revisor fiscal a la asamblea general de accionistas o junta de socios deberá ser remitido al órgano de control fiscal respectivo con una antelación no menor de diez (10) días a la fecha en que se realizará la asamblea o junta. Igualmente deberá el revisor fiscal presentar los informes que le sean solicitados por el contralor.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el concepto Radicación 1141 del 10 de septiembre de 1998, concluyó respecto del control fiscal las empresas de servicios públicos:

1. El artículo 27.4 de la ley 142 de 1994 regula, de modo especial, la procedencia del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios. Debe entenderse que se ejerce en relación con las acciones representativas del aporte al capital, que otorgan derechos sobre el patrimonio y sobre los dividendos que puedan corresponderle, sin perjuicio de la procedencia del control fiscal integral sobre estas empresas, que prevé la misma ley 142 sobre ellas (arts. 50 y 51).

2. La ley 142 de 1994 no crea una limitación o restricción a la función de control fiscal sobre las empresas de servicios públicos, mixtas o privadas. Por el contrario, su aplicación debe ser complementaria, concurrente y armónica con las disposiciones generales de regulación de la función del control fiscal, contenidas en la ley 42 de 1993, toda vez que ambas leyes reflejan el sistema integral de control de los bienes y recursos públicos, independientemente del sujeto que los maneje o administre. Se trata de una modalidad de control selectivo. El régimen aplicable es el especial de la ley 142, pero los vacíos que se presenten en su aplicación deben tratarse, en lo pertinente, de conformidad con la ley 42 de 1993; es decir, ésta tiene una aplicación supletoria.

3. y 5. La ley determina el alcance de la función del control fiscal sobre las sociedades de economía

mixta y sobre las sociedades diferentes a éstas, como son las empresas de servicios públicos, estableciendo que la evaluación de la gestión empresarial debe permitir determinar la conformidad del manejo de los recursos con los principios a los que está sometido. Los resultados del control fiscal están limitados únicamente a la participación estatal, de manera que la ley tiene en cuenta la conformación de una persona jurídica independiente de los aportantes, como quiera que los fines de la vigilancia fiscal no pueden proyectarse sobre la sociedad con participación estatal sino, se reitera, sobre el aporte entregado.

4. La vigilancia fiscal en las empresas de servicios públicos, mixtas o privadas, recae sobre los resultados de la gestión empresarial, con el fin de determinar si el manejo de los bienes constituidos por las acciones correspondientes al aporte de capital, y los derechos que ellas otorgan sobre el patrimonio y los dividendos, están acordes con los principios a los que se sujeta su administración, inspirados en el artículo 267 de la Constitución Política. Habrá control selectivo sobre las acciones aportadas al capital y sobre los derechos inherentes al patrimonio y a los dividendos, sobre los actos y contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos.

6. Las empresas de servicios públicos mixtas constituyen una nueva categoría especial de personas jurídicas, distintas de las sociedades de economía mixta reguladas por las disposiciones generales que tienen origen en la reforma constitucional de 1968. Las primeras son autorizadas por el legislador con fundamento en la competencia que la Constitución le otorga para establecer el régimen jurídico al que están sometidos los servicios públicos.

7. El hecho de que el legislador, en ejercicio de su capacidad normativa para establecer el régimen de los servicios públicos, haya determinado que los aportes efectuados a las empresas de servicios públicos, por la Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo, se rigen por el derecho privado, no les hace perder a esos aportes o participaciones su naturaleza pública, y en cuanto tales la procedencia del ejercicio de la función pública de control fiscal sobre ellos.

Este Despacho en el concepto 110.034.2021 (Radicado 20211100017791 del 2 de junio de 2021), dijo respecto del control fiscal a las sociedades de economía mixta prestadoras de servicios públicos:

Como se observa, en la última reforma del control fiscal esto es el Decreto 403 de 2020, en su artículo 52, la norma se refiere específicamente a las sociedades de economía mixta, frente a la cual es claro que es sujeto de control fiscal, conforme a las competencias señaladas en la Constitución Política (modificada mediante Acto Legislativo No. 04 del 2019), control que recae “teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital social, evaluando la gestión empresarial de tal forma que permita determinar que el manejo de los recursos públicos se realice de acuerdo con los principios de la gestión fiscal”.

Dicho lo anterior y con carácter orientador este Despacho concluye que las contralorías territoriales del país tienen a su cargo una función pública, entre otras, la facultad y/o potestad para realizar un control fiscal de índole territorial en el ámbito de sus competencias por lo que es dable concluir que las empresas de servicios públicos como en el caso puesto de presente, son sujeto de control fiscal de las Contralorías, según lo antes señalado.

4. De la tarifa de control fiscal

La Ley 106 de 1993 “Por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría Externa, se organiza el Fondo de Bienestar Social, se determina el Sistema de Personal, se desarrolla la Carrera Administrativa Especial y se dictan otras disposiciones”, establece:

Artículo 4º. Autonomía Presupuestaria. La Contraloría General de la República tendrá autonomía para el manejo, administración y fijación de su presupuesto, en concordancia con la ley orgánica de presupuesto.

Con el fin de desarrollar el presente artículo la Contraloría General de la República cobrará una tarifa de control fiscal a los organismos y entidades fiscalizadas, equivalente a la de aplicar el factor resultante de la fórmula de dividir el presupuesto de funcionamiento de la Contraloría sobre la sumatoria del valor de los presupuestos de los organismos y entidades vigiladas, al valor de los presupuestos de cada organismo o entidad vigilada.

La tarifa de control fiscal será fijada individualmente para cada organismo o entidad vigilada mediante resolución del Contralor General de la República.

El valor total del recaudo por este concepto no podrá superar por ningún motivo el valor total de los gastos de funcionamiento de la Contraloría General de la República.

La Corte Constitucional en sentencia C-655 del 05 de agosto de 2003, respecto de la tarifa de control fiscal, dijo:

9. Naturaleza jurídica de la tarifa de control fiscal.

*9.1. Amparado en la autonomía presupuestal reconocida por la Carta a los órganos de control fiscal, el legislador, en el artículo 4º de la Ley 106 de 1993, creó a su favor y con cargo a todos los organismos y entidades fiscalizadas, un tributo que denominó “tarifa de control fiscal”, describiendo a su vez los elementos que lo componen y señalando la forma como éste se debía calcular y cobrar.
(...)*

9.2. Con motivo de una demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del artículo 4º de la Ley 106 de 1993, la Corte, en la Sentencia C-1148 de 2001 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), declaró la exequibilidad del precepto en cuestión, por considerar que la llamada “tarifa de control fiscal” se ajustaba a la Constitución Política, en cuanto respetaba el principio de legalidad de los tributos y desarrollaba a cabalidad el principio constitucional de autonomía presupuestal reconocido a favor de la Contraloría General de la República.

Como se destacó en la providencia citada, con la imposición del tributo se “está garantizando no sólo la existencia de recursos suficientes para el ejercicio del control, sino que al mismo tiempo garantiza

que el Contralor, en el proceso de obtención de tales recursos, en el proyecto y fijación de su presupuesto, tenga la menor injerencia y gestión ante el Congreso y ante el Ejecutivo, pues, siempre habrá certeza de la existencia de recursos. Esto le permite a la Contraloría conservar intacta su independencia fiscalizadora, frente a las ramas del poder que intervienen en el proceso de elaboración y expedición del presupuesto, y su plena autonomía como fiscalizador de las ramas del poder público, en el ejercicio de sus funciones”.

9.3. En armonía con lo anterior, en la precitada sentencia la Corte también se ocupó de definir la naturaleza jurídica de la “tarifa de control fiscal”. Al respecto, aclaró que no constituye una tasa ni tampoco una contribución por cuanto, conforme a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 338 de la Carta, la misma no se cobra a los organismos fiscalizados a título de recuperación de los costos de los servicios que les prestan, ni a título de participación en los beneficios que les proporcionen. Para esta Corporación, la “tarifa de control fiscal” es en realidad un tributo especial, originado en la facultad impositiva del Estado y expedido por el Congreso con fundamento en la atribución otorgada por los artículos 150-12 y 338 de la Constitución Política. Sobre el tema se expresó en el aludido fallo:

“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).

5.3 Tampoco prospera el cargo de que como la Contraloría desarrolla una función pública, como ejercicio del poder del Estado, y que, en consecuencia, sus recursos sólo pueden provenir de recursos presupuestarios comunes, y que al no ser así, se violan los artículos 119 y 267 de la Carta, pues, en ninguna parte de la Constitución así se consagra, y el tributo especial que creó el legislador en el artículo acusado, deriva de su facultad impositiva, como ya se dijo, contemplada en los artículos 150, numeral 12, y 338 de la Constitución. Además, el legislador desarrolló adecuadamente el mandato constitucional de garantizar al ente fiscalizador la existencia de recursos suficientes para su ejercicio. Y, al mismo tiempo, cumplió la Constitución en cuanto a que sólo el Congreso, las asambleas y los concejos, en tiempo de paz, tienen competencia para imponer tributos, como el objeto de esta demanda, y en virtud de esta atribución, el legislador expidió el artículo 4 de la Ley 106 de 1993.”

9.4. Finalmente, en cuanto el ejercicio del control fiscal se lleva a cabo sobre todos los recursos y bienes públicos, y en esa medida, sobre la gestión de la administración y de los particulares o entidades que los manejen, en el pronunciamiento de la Corte se precisó 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 estos son privados y la Contraloría no ejerce fiscalización sobre ellos”.

Ley 617 de 2000 “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas

tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”, establece las fuentes de financiación de las contralorías territoriales, siendo estas, un porcentaje de los ingresos corrientes de libre destinación de la entidad territorial más la cuota de fiscalización de las entidades descentralizadas del respectivo orden territorial, es decir, que el presupuesto de la contraloría territorial corresponde a la asignación que se determine del presupuesto de la entidad territorial por cuanto carece de presupuesto propio siendo una sección del presupuesto del departamento, distrito o municipio. Para el caso de las contralorías distritales y municipales, estableció:

Artículo 11. Período de transición para ajustar los gastos de los concejos, las personerías, las contralorías distritales y municipales.

(...)

Parágrafo. 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.

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

En cuanto a este tema, este Despacho en concepto 110.52.2020 (Radicado 20201100027401 del 09 de octubre de 2020), dijo:

De lo anterior podemos concluir que si bien la tarifa de control fiscal es un tributo especial que debe ser pagado por las entidades públicas a fin de contribuir a la financiación de la función pública de vigilancia y control fiscal, el legislador estableció algunas exenciones en razón a los especiales fines a que están destinados sus recursos -la seguridad social-, siendo ellas: las Empresas Promotoras de Salud, los Fondos de Pensiones, el Sistema General de Riesgos Laborales, las Entidades que manejen y administren recursos del sistema de seguridad social destinados al Sector Salud, las Cajas de Compensación Familiar, los recursos del Sistema General Participaciones en las entidades territoriales, y los recursos del Sistema General de Regalías.

Y más recientemente, en el concepto 110.050.2021 (Radicado 20211100023401 del 22 de julio de 2021), concluyó:

- i) *La tarifa de control fiscal o cuota de fiscalización, es un tributo especial a cargo de los sujetos de control (entidades u organismos fiscalizados) con destino a los recursos necesarios para el ejercicio de la vigilancia y control fiscal del respectivo organismo de control.*

- ii) *Por disposición legal, algunos recursos se encuentran exceptos del pago de la tarifa fiscal, como por ejemplo, aquellos referentes a la seguridad social. (...)*
- iv) *La tarifa de control fiscal debe ser fijada por la respectiva contraloría mediante acto administrativo contra el cual, en caso de no estarse de acuerdo, proceden los recursos en los términos del CPACA en vía administrativa y el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.*

5. Conclusiones

De conformidad con la normatividad y conceptualización anotada anteriormente, podemos concluir:

- i) La competencia de la vigilancia y del control fiscal realizado por las contralorías se da de acuerdo a dos criterios: 1) según el nivel del sujeto de vigilancia en la estructura del Estado: nacional, departamental, municipal o distrital; y 2) según el origen de los recursos objeto de la vigilancia y control: nacional (exógenos) o territorial (endógenos o propios).
- ii) Las contralorías territoriales ejercen la vigilancia y control fiscal de la correspondiente entidad territorial y de las entidades del orden territorial de su jurisdicción, de manera concurrente (compartida) con la Contraloría General de la República en lo referente a los recursos endógenos (propios) de éstas. En cuanto a los recursos exógenos (transferidos del orden nacional), dicha vigilancia y control es de competencia prevalente de la Contraloría General de la República, es decir que prima sobre la competencia de la contraloría territorial.
- iii) Las empresas de servicios públicos de carácter mixto, son entidades descentralizadas del nivel territorial cuya vigilancia y control fiscal corresponde a la contraloría territorial correspondiente. Sin embargo, la vigilancia y control de los recursos provenientes de transferencias del nivel nacional, corresponde de manera prevalente a la Contraloría General de la República.
- iv) De la información allegada en la solicitud de concepto se puede concluir que una Empresa de Servicios Públicos de carácter mixto perteneciente a la estructura administrativa del respectivo municipio con régimen aplicable de las empresas industriales y comerciales del Estado y aporte estatal superior al 90% de su capital, estará sometida al control fiscal por la Contraloría territorial competente sobre el respectivo municipio en los términos y bajo los parámetros establecidos en la Ley.
- v) Los recursos de la mencionada empresa y/o manejados por ella, serán públicos en la medida que éstos provengan del Estado (sea del nivel nacional o del territorial), independientemente del medio por el cual se alleguen: contrato, convenio, transferencias, contribuciones, aportes o cualquier otro.

- vi) La cuota de fiscalización cobrada a las entidades descentralizadas del orden distrital o municipal, corresponde al 0.4% de los ingresos ejecutados por ella en la vigencia anterior, excluyendo: i) los recursos de crédito; ii) los ingresos por la venta de activos fijos; iii) los activos, inversiones y rentas titularizados; y iv) el producto de los procesos de titularización.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, anotando que 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 «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 determinó 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:

*Ahora, el artículo 25 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)*

Igualmente le informamos que el Presidente de la República, en uso de facultades constitucionales, mediante el Decreto-Legislativo 491 de 2020 «Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica», amplió el término para la resolución de las consultas presentadas por los ciudadanos, así:

Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:

(...)

(ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción.

(...)

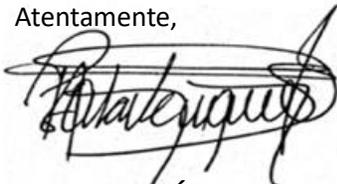
Finalmente, le manifestamos que la señora Auditora General de la República, en cumplimiento de las disposiciones del Decreto-Legislativo 491 de 2020, expidió la Resolución Reglamentaria 005 del

31 de marzo de 2020 «Por la cual se modifica la Resolución Reglamentaria No. 004 de 2020 y se toman otras medidas por motivos de salubridad pública», autorizando en su artículo 4º el uso de la firma escaneada por parte de los directivos de la entidad en los documentos dirigidos a los usuarios, y en el artículo 5º su comunicación y notificación a través de medios electrónicos (dirección electrónica).

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto, pueden ser consultarlos en el siguiente enlace:
<http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

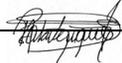
Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 Nro. 69-76 Piso 17, Torre 4, Edificio Elemento de Bogotá o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y fljimenez@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, seleccionar la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, luego seleccionar el botón Encuesta de Satisfacción e ingresar los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña 757bf804. También puede consultar su solicitud en 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	Firma	Fecha
Proyectado por:	Fabio Luis Jiménez Castro		14/10/2021
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		14/10/2021
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		14/10/2021

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.