

ENTIDADES O EMPRESAS SUJETAS A CONTROL FISCAL – Tarifa o cuota de auditaje

Ahora bien, una vez precisado que según la Ley 106 de 1993, el pago de la tarifa de control fiscal corresponde a aquellas entidades y empresas sujetas a la vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría General de la República o de las contralorías territoriales, lo que procede es determinar cuál es la naturaleza jurídica de la empresa demandante para de esta manera concluir, en el marco del ordenamiento legal y a la luz de la jurisprudencia, si es una empresa fiscalizada o sujeta a control fiscal y, en consecuencia, sujeta al pago de la cuota de auditaje o tarifa fiscal. De acuerdo con la anterior cita jurisprudencial, pierde peso el argumento de la apelante según el cual, la sociedad actora estaba excluida del control fiscal por el hecho de que estaba sometida al régimen de derecho privado según el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, pues al dejar en claro que se encuentra ubicada dentro de la administración pública en la rama ejecutiva por tratarse de una entidad descentralizada por servicios, sí estaba sometida a la vigilancia fiscal por parte de la Contraloría General de la República, en los términos del artículo 267 de la Constitución Política. Resulta evidente, de acuerdo con el aparte jurisprudencial transcrito resaltado con negrita que es acogido por esta misma Sala, que el aspecto trascendental y que marca la pauta para la procedencia del control de la gestión fiscal adelantado por la Contraloría, es que la persona jurídica sujeto de fiscalización tenga en su composición accionaria participación estatal, indistintamente de si se trata de una persona pública o privada y del porcentaje de dicha participación. La Sala considera que en el caso de ELECTROCOSTA S.A. EPS, al tener en su composición accionaria un porcentaje de participación del sector público, está incurso en la situación prevista en el tercer supuesto normativo del numeral 12, del artículo 4° del Decreto 267 de 2000, disposición que ratifica que las personas jurídicas de derecho privado no están excluidas del control fiscal por parte del ente de control, por cuanto más que la connotación de la persona jurídica en pública o privada, lo que interesa es que la Contraloría General de la República tiene la competencia constitucional y legal para ejercer la vigilancia fiscal respecto de una empresa de servicios públicos domiciliarios privada -como lo es la actora-, independientemente de que su objeto social esté en principio sometido a una legislación especial como lo es la de la Ley 142 de 1994, que regula los servicios públicos domiciliarios. La Sala concluye que de acuerdo con el porcentaje de participación del capital público en esta empresa, estaba sujeta al control fiscal por el ente de control a nivel nacional sobre los bienes y aportes que constituyen dicho porcentaje en el capital social de la actora, como quiera que el control fiscal se ejerce sin tener en consideración la naturaleza jurídica de la empresa, sino que está enfocado hacia la vigilancia sobre el adecuado manejo de la gestión fiscal respecto de dichos bienes y aportes públicos. Siendo entonces ELECTROCOSTA S.A. E.S.P., una empresa de servicios públicos domiciliarios privada, por el hecho de tener en su haber societario dineros del Estado, es sujeto pasivo de control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, motivo por el cual estaba sometida al pago de la tarifa de control fiscal que le fue fijada en los actos administrativos demandados.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 119 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 267 / LEY 42 DE 1993 / LEY 106 DE 1993 / LEY 142 DE 1994 / DECRETO 267 DE 2000

NOTA DE RELATORIA: Control y la gestión fiscal, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 10 de mayo de 2007, Rad. 2003-00182, MP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1522 de

2003, MP. Flavio Augusto Rodríguez Arce. Corte Constitucional, sentencia C-499 de 1998, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., Diez (10) de Abril de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-27-000-2008-00064-01

**Actor: ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLANTICA S. A. ESP
ELECTROCOSTA**

Demandado: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

**Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE NULIDAD Y
REESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de fecha 20 de agosto de 2009 proferida por la Sub-sección A de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

La sociedad actora por conducto de apoderada judicial, interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 CCA, contra la Contraloría General de la República:

1.1. Pretensiones:

-Que se declare la nulidad de la **Resolución 01182 de septiembre 13 de 2006**, “*Por la cual se fija la tarifa de control fiscal para la vigencia fiscal de 2006 a la Electrificadora de la Costa S.A. E.S.P.*”, expedida por la Directora de la Oficina de Planeación de la Contraloría General de la República

-Que se declare la nulidad de la **Resolución 02048 de diciembre 28 de 2006**, “*Por medio de la cual se decide el Recurso de Reposición y en Subsidio de Apelación contra la Resolución Ordinaria N° 01182 del 13 de septiembre de 2006 que fija la tarifa de control fiscal, vigencia 2006, a la Electrificadora de la Costa S.A. E.S.P.*”, expedida por la Dirección de Planeación de la Contraloría General de la República.

-Que se declare la nulidad de la **Resolución 01033 de septiembre 10 de 2007**, “*Por medio de la cual se decide el Recurso de Apelación interpuesto por ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLANTICA S.A. ESP. –ELECTROCOSTA S.A. E.S.P.- contra la Resolución Ordinaria N° 01182 del 13 de Septiembre de 2006 que fija tarifa de control fiscal para la vigencia 2006*”, expedida por la Vicecontraloría General de la República.

-Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se determine que la demandante no es sujeto de control fiscal en los términos de la Ley 42 de 1993, el Decreto 267 de 2000 y demás normas aplicables y, en consecuencia, no está obligada a pagar la tarifa de control fiscal.

-Que a título de restablecimiento del derecho y en caso de que la actora se haya visto obligada a pagar la tarifa de control fiscal, se ordene a la entidad demandada la restitución de la suma de dinero pagada con su correspondiente actualización.

1.2. Hechos:

Afirma la apoderada de la demandante que su representada es una empresa de servicios públicos domiciliarios de naturaleza privada, constituida con ocasión del proceso de inversión de capital al sector eléctrico de la Costa Atlántica, mediante Escritura Pública N° 2275 otorgada en la Notaría 45 de Bogotá el 6 de julio de 1998.

Sostiene que la participación de particulares en el capital social de ELECTROCOSTA representa actualmente un porcentaje superior al 83% del capital suscrito y pagado, por lo que según el artículo 14.15 de la Ley 142 de 1994 es una empresa de servicios públicos domiciliarios de naturaleza privada.

Para el apoderado de la actora, esta empresa no administra ni maneja bienes de la Nación, pues la única participación que el Estado tiene en la compañía está representada en un paquete accionario que equivale a un 17% aproximado del total de sus acciones.

Aduce que mediante Resolución N° 01182 del 13 de septiembre de 2006, la entidad demandada resolvió fijarle la tarifa de control fiscal para la vigencia fiscal 2006, en cuantía de \$428.396.766,00 con cargo a los recursos propios de la actora.

Esta resolución fue objeto de interposición de los recursos de reposición y apelación respectivamente, los cuales confirmaron en su totalidad la Resolución 01182 de 2006, actos administrativos que a juicio de la apoderada de ELECTROCOSTA S.A. ESP desconocen no sólo la naturaleza jurídica de su representada que es privada, sino también las normas que regulan la materia, por lo cual la tarifa que le fue impuesta resulta ilegal y arbitraria.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación:

En el sentir de la apoderada de la sociedad demandante los actos administrativos acusados vulneran las siguiente normativas: el artículo 267 de la Constitución Política; los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994; 6 de la Ley 143 de 1994; 2 y 3 de la Ley 42 de 1993; 4° del Decreto 267 de 2000; el 4° de la Ley 106 de 1993 y el artículo 98 del Código de Comercio.

Desde dos puntos de vista se abordó el concepto de la violación en que incurrieron los actos administrativos demandados: i) en primer lugar se refirió al tema del régimen legal aplicable a las empresas de servicios públicos privadas y, ii) efectuó precisiones sobre el control fiscal y su marco normativo, para llegar a la conclusión de que la sociedad demandante no es sujeto de control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, al no hacer parte de la rama ejecutiva del poder público por tratarse de una compañía de naturaleza privada. Del mismo modo concluyó que está exenta del control fiscal por no administrar recursos o bienes públicos y porque el servicio de energía eléctrica que presta ELECTROCOSTA S.A. E.S.P., no es asimilable al cumplimiento de una función pública.

Afirmó que según el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, los actos relacionados con la administración y el ejercicio de los derechos de los socios de estas empresas, se rigen exclusivamente por las normas del derecho privado, sin tener en consideración el porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social.

Así mismo aduce que los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios frente a sus usuarios, se rigen por la Ley 142 de 1994 y que el régimen de contratación aplicable a esas empresas es el de derecho privado, tal y como lo dispone el artículo 31 **idem**.

Sostiene la vocera de la parte actora que a las personas que prestan sus servicios en las empresas de servicios públicos privadas o mixtas constituida por acciones, se les aplica el Código Sustantivo del Trabajo, ya que son trabajadores particulares. Dice que para el caso de las empresas prestadoras del servicio público de energía como lo es la actora, se debe acatar lo dispuesto en el artículo

76 de la Ley 143 de 1994 según el cual, sin interesar la participación y la cuantía en el capital social, estas empresas se regirán por las normas del derecho privado.

Indica que el artículo 98 del Código de Comercio señala que una vez constituida la sociedad, se forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, por lo que un accionista no puede disponer a su antojo de los bienes o activos de la empresa, tanto así que el artículo 379 **idem** señala cuáles son los derechos de los accionistas que se concretan en recibir los dividendos. De allí que la Contraloría en los actos demandados desconoció que la demantente administra sus propios bienes, desconociendo la naturaleza jurídica de una persona jurídica privada que no estaba sometida a control fiscal.

Respecto del tema del control fiscal menciona que de acuerdo con el artículo 267 superior, las respectivas disposiciones de la Ley 42 de 1993 y de la Ley 489 de 1998 que en su artículo 38 dispone que las únicas empresas de servicios públicos que integran la rama ejecutiva son las empresas oficiales, es decir, aquellas en las que el Estado es el titular del 100% del capital social, ELECTROCOSTA no puede ser sujeto de control fiscal, en los términos del artículo 3° de la Ley 42 de 1993, al tener la actora la condición de sociedad privada.

Descarta la aplicación del artículo 4°, numeral 12 del Decreto 267 de 2000, según el cual son sujetos de vigilancia y control fiscal *“los particulares que cumplan funciones públicas, respecto de los bienes públicos que obtengan o administren o cuando manejen bienes o recursos de la Nación”*. Lo anterior porque según la apoderada de la demandante, para que un particular pueda ser sujeto de control fiscal deben concurrir dos condiciones: la primera, que el particular “administre o maneje” bienes o recursos del Estado y la segunda, que el particular cumpla una función pública, requisitos que en el caso en estudio no se cumplen.

Respecto de la afirmación según la cual, la sociedad actora no administra bienes o recursos de la Nación, señala que una cosa es que el Estado tenga unas acciones de la Empresa Electrocosta y otra bien distinta es que por ese sólo hecho, se

pueda inferir que la sociedad administra bienes o recursos públicos, como quiera que se trata de situaciones completamente distintas.

Dice que la única participación que el Estado tiene en la empresa demandante está representada en unas acciones, en virtud de las cuales es considerado accionista de la Compañía, sin que dicha circunstancia le otorgue más privilegios o facultades que las que tienen los otros accionistas de la sociedad. Es decir, que por la participación minoritaria estatal no se le puede considerar a la actora como administradora de bienes o recursos públicos, por lo que no puede ser objeto de control fiscal.

Finalmente esgrime que el servicio de energía eléctrica que presta ELECTROCOSTA S.A., no es asimilable al cumplimiento de una función pública, por lo que no se cumple el segundo requisito exigido en el numeral 12 del artículo 4° del Decreto 267 de 2000 para el ejercicio del control fiscal. Lo anterior al considerar que por el hecho de que la actora sea un particular que presta el servicio de energía eléctrica, no por ello se puede considerar que esté cumpliendo una función pública, para lo cual cita apartes de comentarios doctrinales y jurisprudenciales relativos al tema.

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA:

La Contraloría General de la República a través de apoderado judicial, presentó escrito¹ en el que se opuso a las pretensiones de la demanda por lo que solicitó no declarar la nulidad de las resoluciones demandadas.

Adujo que efectivamente la Ley 142 de 1994 es el régimen especial que regula las empresas de servicios públicos domiciliarios, lo cual no significa que la sociedad actora esté exenta de la aplicación de las normas de control fiscal, pues en virtud del artículo 365 de la Constitución Política que le permite a los particulares la facultad de prestar un servicio público, lo cual evidencia que una entidad particular

¹ Obra a folios 149 a 164

puede desarrollar una función de naturaleza pública actuando entonces como autoridad pública.

Esgrime la apoderada del órgano de control, que a pesar de que las actividades desarrolladas por la actora tienen el carácter de privadas, en todo caso no están eximidas de ser auditadas por la Contraloría quien tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de los resultados de la administración en virtud de los artículos 119 y 268 N° 4 de la Constitución Política, disposición esta última que señala como una de las funciones del Contralor General de la República la de “Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación”.

Así mismo señala que el artículo 4° del Decreto 267 de 2000 relaciona las entidades que son sujetos de vigilancia fiscal y que en el numeral 12 señala: *“Los particulares que cumplan funciones públicas, respecto de los bienes públicos que obtengan o administren o cuando manejen bienes o recursos de la Nación”*.

Aduce que los anteriores condicionamientos se cumplen en el caso de la actora, por cuanto es una empresa de origen privado no obstante cumple funciones públicas no sólo por el servicio público que presta sino porque administra recursos de la Nación, como quiera que la composición accionaria de la sociedad está conformada por recursos públicos en un 13.93%, razón suficiente para esgrimir que la Contraloría está facultada para ejercer el control fiscal sobre los aportes y los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en calidad de accionista.

La apoderada de la Contraloría General de la República menciona que ELECTROCOSTA S.A. maneja y administra recursos de la Nación, tal y como lo certifica el Revisor Fiscal de la sociedad mediante la prueba que obra en el paginario, situación que deja en evidencia que la actora si administra dineros del Estado por lo que está sujeta a control fiscal.

Afirma que el artículo 50 de la Ley 142 de 1994 fue modificado por la Ley 689 de 2001, que establece el control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado, disposición legal que fue objeto de revisión por la Corte Constitucional mediante sentencias C-1191 de 2000, C-290 de 2002 y C-396 de 2002.

En el mismo sentido sostiene que el artículo 23 de la Resolución Orgánica N° 5472 del 18 de marzo de 2003, expedida por el ente de control, estableció el control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado y que el artículo 26 *idem*, dispuso que la vigilancia fiscal sobre las actuaciones de los directivos o representantes legales dada su condición de accionista oficial, recaerá sobre la gestión que se realiza con fundamento en dicho carácter. Cita un aparte de la Sentencia C-167 de 1995 que se pronunció sobre este aspecto.

Fue enfática en señalar la apoderada de la Contraloría General de la República que el control fiscal que adelanta no nace de la clase, modalidad o estructura que posee el ente fiscalizado sino de la existencia de dineros públicos en su capital social o en los recursos que por cualquier otro mecanismo haya entregado el Estado para su manejo y/o administración.

Sostiene que sin desconocer el régimen especial de las empresas de servicios públicos domiciliarios, pero teniendo de presente que ELECTROCOSTA S.A. sí es sujeto de vigilancia de su gestión fiscal, lo procedente es que la Contraloría expidiera los actos administrativos que le fijaron la tarifa fiscal, la cual fue concebida en el artículo 4° de la Ley 106 de 1993 no como una tasa ni una contribución menos como un tributo, sino como el cobro de *“un precio especial derivado de la facultad del Estado en los términos del numeral 12 del artículo 150 y artículo 338 de la Carta Política de ordenar el pago de los servicios que se prestan a las entidades estatales y/o que manejan recursos públicos a favor del Ente Público y/o Privado que satisfaga tales requerimientos”*.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante providencia del 20 de agosto de 2009 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda, al considerar que los actos administrativos demandados no contrariaron el ordenamiento legal, por cuanto la sociedad actora, contrario a lo que plantea su apoderada judicial, sí es sujeto de control fiscal y como tal le adeuda a la Contraloría General de la República la tarifa de control fiscal².

A la anterior determinación llegó el a quo, luego tener como fundamento normativo del control fiscal, el artículo 267 de la Constitución Política y los planteamientos expuestos por la Corte Constitucional mediante sentencias C-1191 de 2000 y C-290 de 2002 a través de las cuales, la Corte Constitucional fijó el significado y contenido del control fiscal. Luego se refirió al artículo 2° de la Ley 42 de 1993, disposición en la que se relacionan los órganos y sociedades que son los sujetos de control fiscal y el correspondiente pronunciamiento de la alta corporación mediante sentencia C-1176 de 2004.

Siguiendo el mismo derrotero el Tribunal tuvo en cuenta para su decisión, el contenido del artículo 4° del Decreto 267 de 2000 que señala que los particulares son sujetos de control fiscal respecto de los bienes públicos que obtengan o administren o cuando manejen bienes o recursos de la Nación.

De acuerdo con las anteriores normas, el a quo consideró que por el simple hecho de que ELECTROCOSTA tenga la naturaleza jurídica de sociedad de derecho privado, no por ello implica que está excluida del control fiscal, como quiera que de acuerdo con la composición del capital social de la actora, se tiene probado que está conformada por recursos de entidades públicas lo cual significa que tiene patrimonio público.

² La sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha 20 de agosto de 2009 figura a folios 254 a 272 del Cuaderno 1

De allí que el hecho de que el porcentaje de participación estatal sea inferior o superior al 50% del capital accionario en las empresas de servicios públicos domiciliarios, tiene relevancia para efectos de la clasificación de la empresa como mixta o como privada, sin embargo, para efectos del control fiscal el porcentaje de participación del capital público inferior al 50%, no tiene la virtualidad de excluir a la sociedad demandante del control fiscal sobre los bienes y aportes que constituyen dicho porcentaje en el capital social, pues la ley concibe el control fiscal sobre estos bienes o aportes y no sobre la empresa por su naturaleza jurídica o clasificación legal como lo entendió la demandante.

También señaló el fallador de primera instancia que la tarifa de control fiscal se fijó, para que fuera pagada por las entidades de la Administración y de los particulares o entidades que manejen fondos públicos, que son fiscalizadas por la Contraloría General de la República tal y como lo consideró la Sentencia C-1148 de 2001.

En virtud del marco normativo y jurisprudencial consideró el Tribunal que ningún ente jurídico público o privado puede abrogarse el derecho de no ser fiscalizado, cuando en desarrollo de su actividad y objeto social tenga que ver directa o indirectamente con los ingresos públicos o bienes de la comunidad.

Sostuvo que en el caso de la sociedad actora, en vista de que manejaba fondos o bienes cuya titularidad le corresponde en un porcentaje al Estado, no cabe duda que si era sujeto de control fiscal y en consecuencia era responsable del pago de la cuota de la tarifa de control fiscal tal y como lo ordenaron los actos acusados, por cuanto está probado con la certificación expedida por el Revisor Fiscal de ELECTROCOSTA S.A., que en su capital social se encontraban aportes de entidades públicas y sobre los mismos devengaba dividendos, frente a los cuales es que opera el control fiscal.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Dentro de la oportunidad legal, la apoderada judicial de la sociedad actora interpuso y sustentó recurso de apelación³, mediante el cual solicitó la revocatoria de la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Afirma la recurrente que la sentencia impugnada adolece de errores de interpretación de las normas aplicables al caso concreto, particularmente por el equivocado entendimiento que le dio al artículo 267 de la Constitución Política, por cuanto no analizó de fondo si ELECTROCOSTA S.A. ESP administraba o no bienes o fondos de la Nación.

De acuerdo con la realidad fáctica, según la apelante, no es cierto que la sociedad actora maneja fondos o bienes de la Nación, toda vez que sus recursos son propios y en virtud del artículo 32 de la Ley 142 de 1994, los actos de las empresas de servicios públicos y el ejercicio de los derechos de todos los socios, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado. En este mismo sentido así lo dispone el artículo 31 **idem** y el artículo 76 de la Ley 143 de 1994.

Sostuvo que no existe duda alguna sobre la naturaleza jurídica de persona de derecho privado que tiene la sociedad ELECTROCOSTA, ya que en su composición accionaria la participación estatal está muy por debajo del 50%. Por tanto, en vista de que las leyes que regulan el régimen de las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios remiten al derecho privado, debe tenerse en cuenta que la sociedad es una persona jurídica distinta de la de los socios individualmente considerados y por ende, el patrimonio de la sociedad es distinto del de los accionistas.

Para la recurrente, el accionista en las empresas de servicios públicos privadas, conserva los derechos que la acción como bien autónomo y completamente diferente le otorga, entre ellos los derechos políticos y económicos a que se refiere el artículo 379 del Código de Comercio.

Sostuvo la censora que no es posible afirmar que la actora está sometida a control fiscal de la Contraloría, por el simple hecho de que existe una pequeña participación accionaria estatal, por cuanto sería tanto como aceptar que el control fiscal procede frente a particulares lo cual califica de despropósito.

A juicio de la apelante se equivocó la primera instancia en las citas que efectuó de las Sentencias C-1191 de 2000 y C-290 de 2002, por cuanto no se les puede

³ Figura a folios 14 al 32 del Cuaderno 1

aplicar sus considerandos al caso de ELECTROCOSTA S.A. como quiera que en primer lugar, esta sociedad no administra, ni invierte ni recauda fondos públicos y en segundo término, porque las actividades que presta la empresa, no se pueden equiparar como lo hizo equivocadamente el a quo, a actividades que cumplen una función pública. Fundamenta esta afirmación con citas jurisprudenciales proferidas por la Sección Tercera de esta Corporación.

Así mismo califica como desatinada la referencia efectuada por el a quo a la sentencia C-1176 de 2004, por cuanto este fallo no desentraña el sentido del artículo 2 de la Ley 42 de 1993, disposición que no le puede ser aplicada a la actora, ya que para determinar cuáles son los órganos que integran la estructura de la administración pública, resulta necesario recurrir a la Ley 489 de 1998 que en su artículo 38 determina que las únicas empresas prestadoras de servicios públicos que integran la rama ejecutiva del sector descentralizado, son las oficiales, es decir, en las que el Estado es titular del 100% del capital social.

Descartó que la sociedad demandante, se encuentre incurso en los supuestos de hecho del artículo 4° del Decreto 267 de 2000 necesarios para que un particular sea sujeto de control fiscal, por cuanto ELECTROCOSTA S.A. E.S.P., no cumple función pública ni administra bienes públicos, pues lo que presta la actora es un servicio público que no implica función pública.

Finalmente expresó la recurrente, que sólo en gracia de discusión, de aceptarse la tesis del a quo según la cual, los aportes estatales en la sociedad por generar dividendos generan que sea sujeto de control fiscal, advierte que dicho control debe materializarse única y exclusivamente sobre el porcentaje que dichos aportes representen y no sobre el todo, como equivocadamente lo hizo la Contraloría General de la Nación en los actos demandados.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No emitió concepto durante esta etapa procesal el Delegado de la Procuraduría General de la Nación.

V. ALEGATOS DE CONCLUSION EN SEGUNDA INSTANCIA

La apoderada judicial de Contraloría General de la República presentó escrito de alegatos de conclusión⁴, en el que reiteró que los actos administrativos demandados se expidieron con observancia del marco normativo vigente para la fecha de su expedición que dan cuenta que la sociedad actora si está sometida a control fiscal por parte del ente de control, por cuanto maneja recursos públicos y por ende es objeto de la cuota de fiscalización tasada en los actos demandados. De esta manera controvierte los argumentos de inconformidad expresados en la apelación.

Por su parte la apoderada de la empresa demandante reiteró los fundamentos de la apelación⁵.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Los Actos Administrativos demandados

“CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

RESOLUCION ORDINARIA N° 01182

SEPTIEMBRE 13 de 2006

Por la cual se fija la tarifa de control fiscal para la vigencia fiscal de 2006 a la Electrificadora de la Costa S.A. E.S.P.

LA DIRECTORA DE LA OFICINA DE PLANEACION DE LA
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

En uso de sus facultades constitucionales y legales, y en especial las conferidas por el artículo 4° de la Ley 106 de 1993 y la Resolución Orgánica 05488 de 20 de mayo de 2003 y

⁴ Obra a folios 44 al 49 del Cuaderno de Segunda Instancia

⁵ Mediante memorial visible a folios 50 al 63 de la misma encuadernación

CONSIDERANDO:

Que la Constitución Política en el inciso 4° del artículo 267 establece: “La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización”.

Que el Decreto N° 267 de 22 de febrero de 2000 en su artículo 4° señala: “Sujetos de vigilancia y control fiscal. Son sujetos de vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría General de la República:

1. Los órganos que integran las Ramas Legislativa y Judicial del Poder Público;
2. Los órganos que integran el Ministerio Público y sus entidades adscritas;
3. Los órganos que integran la organización electoral y sus entidades adscritas o vinculadas;
4. La Comisión Nacional de Televisión y sus entidades adscritas o vinculadas;
5. Las corporaciones autónomas regionales o de desarrollo sostenible;
6. Las universidades estatales autónomas que administren bienes o recursos nacionales o que tengan origen en la Nación;
7. El Banco de la República cuando administre recursos de la Nación, ejecute actos o cumpla actividades de gestión fiscal y en la medida en que lo haga;
8. Los demás organismos públicos creados o autorizados por la Constitución con régimen de autonomía;
9. Las entidades y organismos que integran la Rama Ejecutiva del Poder Público tanto del sector central como del descentralizado por servicios, del orden nacional, conforme a lo previsto en el artículo 39 de la Ley 489 de 1998;
10. Las demás entidades públicas y territoriales que administren bienes o recursos nacionales o que tengan origen en la Nación;
11. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones mixtas cuando quiera que administren recursos de la Nación;
12. Los particulares que cumplan funciones públicas, respecto de los bienes públicos que obtengan o administren o cuando manejen bienes o recursos de la Nación”.

Que el artículo 4° de la Ley 106 de 1993 dispone: “**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”.

Que la Oficina de Planeación recopiló directamente la información de la ejecución presupuestal de gastos en la vigencia fiscal 2005, de los organismos y entidades vigilados por la Contraloría General de la República, cuya sumatoria fue de \$84.717.554.070.355.

Que la Ley N° 998 de noviembre 29 de 2005, “Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2006” apropió para gastos de funcionamiento de la Contraloría General de la República la suma de \$177.220.193.895.

Que el valor del factor resultante de la fórmula de dividir el presupuesto de gastos de funcionamiento de la Contraloría General de la República por la sumatoria de los presupuestos de gastos de los organismos y entidades vigilados, fue de 0.002091895.

Que el valor del factor fijado en la presente Resolución es el monto a cargo de la entidad aquí señalada.

Que mediante Resolución Orgánica N° 05488 de mayo 20 de 2003, el Contralor General de la República delegó en el Director de la Oficina de Planeación, la función de fijar individualmente la tarifa de control fiscal.

RESUELVE:

Artículo 1°. Fíjese el valor de la tarifa de control fiscal para la vigencia fiscal 2006 a la siguiente entidad, en las cuantías que a continuación se detallan:

NOMBRE DE LA ENTIDAD	APORTES DE LA NACION	RECURSOS PROPIOS
Electrificadora de la Costa S.A. E.S.P.	0	\$428.396.766

(...)

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

Dada en Bogotá D.C. a los 13 días del mes de Septiembre de 2006

DIANA CRISTINA MOLINA RAMIREZ

Directora Oficina de Planeación"

No se hace la transcripción de las resoluciones 02048 del 28 de diciembre de 2006 y 01033 del 10 de septiembre de 2007, por cuanto al resolver los recursos de reposición y apelación, reiteran en idénticos términos los argumentos expuestos en la Resolución 01182 del 13 de septiembre de 2006.

6.2. Estudio del recurso de apelación

Analizado el contenido del recurso de apelación, el argumento central de inconformidad planteado por la apoderada judicial de la Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. ESP ELECTROCOSTA S.A. E.S.P., consiste básicamente en que a su juicio, la sociedad que representa no es sujeto de control fiscal y, por ende, no está obligada al pago de la tarifa de control fiscal, dada su naturaleza jurídica

como empresa de servicios públicos domiciliarios de naturaleza privada debido a que no maneja fondos o bienes del Estado y no cumple funciones públicas.

En otros términos, entiende la Sala que lo que pretende la recurrente es anteponer las disposiciones normativas trazadas en la Ley 142 de 1994 *“por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios”* dada la naturaleza jurídica de la sociedad demandante, desconociendo el marco legal que regula la competencia de la Contraloría General de la República para ejercer la vigilancia fiscal de las entidades que están sujetas a este tipo de control y, por ende, quedar exonerada del pago de la respectiva cuota de auditaje.

Dado el contexto anterior, para poder determinar si los argumentos de disenso son acogidos o no por la Sala, lo primero que se debe señalar es qué se entiende por control fiscal según la normativa constitucional, legal y jurisprudencial, como presupuesto para que la Contraloría General de la República pueda fijar el cobro de la respectiva tarifa o cuota de auditaje. Luego se entrará a analizar la naturaleza jurídica de la empresa demandante, para determinar si es o no sujeto de control fiscal y, por ende, de la tarifa fiscal contenida en los actos administrativos objeto de nulidad.

En este orden de ideas, el marco normativo que regula el control fiscal en nuestro ordenamiento legal está consignado en primer lugar en el artículo 119 de la Constitución Política, que establece: *“La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el cobro de resultado de la administración”*. A tu turno el artículo 267 inciso 1° **ídem** señala: *“El control fiscal es 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 de la Nación”*.

Relacionado con el tema del control y la gestión fiscal, esta Sala se pronunció en los siguientes términos:

“Al estar invocadas las normas antes citadas, en especial las dos últimas, y aplicada la sanción prevista en la última, de suyo se tiene

que el acto acusado fue expedido en ejercicio del control fiscal que las mismas le otorgan a la Contraloría General de la República, por cuanto dicha sanción está prevista para actos, hechos u omisiones relacionados directamente con la gestión fiscal, es decir, con el manejo de bienes o fondos del Estado, lo cual implica entre sus elementos o supuestos específicos, un sujeto pasivo cualificado y un objeto, que es justamente la gestión fiscal.

Son dos, entonces, los conceptos allí involucrados: El de control fiscal y el de gestión fiscal. Sobre el primero, siguiendo el pronunciamiento más reciente de la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación, se tiene la siguiente delimitación de ese concepto:

“El control fiscal es una función pública que tiene por objeto la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejan fondos o bienes públicos, ejercida por la Contraloría General de la República⁶, las contralorías territoriales y la Auditoría General, que se cumple mediante el ejercicio del control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales, en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establece la ley (art. 267 de la C.P.)”⁷.

En tanto que en ese mismo pronunciamiento la gestión fiscal se define así, con base en el artículo 3° de la ley 610 de 2000:

“Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines

⁶ El artículo 119 constitucional señala que “La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración”. En la Asamblea Nacional Constituyente. Informe – ponencia se precisó que “...la función fiscalizadora es de interés primordial del Estado, en cuanto tiene que ver con el correcto manejo de las finanzas públicas que son objeto de su atención. Los caudales o recursos que tienen las actividades gubernamentales provienen del pueblo y a él deben revertir en forma de servicios. (...) la Contraloría representa a la sociedad en cuanto que es ella la titular de sus finanzas en último término, pues en principio lo son del Estado. Vela porque los recursos que le proporciona al Estado estén correctamente manejados”. (Gaceta Constitucional 59, jueves 25 de abril de 1991)

⁷ Concepto Núm. 1522 de 2003, de 4 de agosto de 2003, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, consejero ponente doctor Flavio Augusto Rodríguez Arce.

esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales" (subrayas no son del texto)"⁸ (subrayas fuera de texto)

Por su parte la Corte Constitucional mediante Sentencia C-499 de 1998 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, se refirió al control y a la gestión fiscal así:

"Esta Corporación ha señalado que el control fiscal es el mecanismo por medio del cual se asegura "el cabal cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado."[1] En este sentido, la jurisprudencia ha estimado que la gestión fiscal hace referencia a la administración y manejo de los bienes y fondos públicos, en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición.[2] A su turno, según la Corte, la vigilancia de esta gestión "se endereza a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración."[3] (subrayas del Despacho)

A su turno el inciso 4° del artículo 267 de la Constitución Política dispone: *"La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización"*. Por tanto, para poder llevar a cabo las anteriores funciones constitucionales, el órgano de control debe contar con fuentes de financiamiento que le garanticen su autonomía presupuestal, siendo una de ellas la tarifa de control fiscal.

Acerca de la finalidad de la tarifa de control fiscal, la Corte Constitucional se pronunció así:

⁸ Sentencia de mayo 10 de 2007 radicado 2003-00182 M.P. Rafael E. Ostaru De Lafont Pianeta)

“La tarifa de control fiscal busca garantizar la existencia de recursos y coadyuvar a mantener la autonomía de la Contraloría frente a los poderes públicos, por ser el control fiscal una función pública de obligatorio cumplimiento, el Estado tiene el deber de apropiar los recursos necesarios y de garantizar que los mismos ingresen al presupuesto de los órganos de control para que sean manejados por éstos libremente, independientemente de cuál sea la fuente de los mismos o la vía de la que éstos provengan. Recuérdese que la tarifa de control fiscal no es el resultado de una imposición constitucional, sino la consecuencia de una medida legislativa que, en ejercicio de su libertad de configuración política, puede ser reformada, modificada o derogada por el propio Congreso de la República” (Sentencia C-655 de 5 de agosto de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil) (subrayas fuera de texto)

Por su parte, a nivel legal fue la Ley 106 de 1993 *“Por medio de la cual se dictan normas sobre la 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”*, la que reglamentó la tarifa de control fiscal al determinar:

“Artículo 4°. Autonomía Presupuestal: 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.” (subrayas fuera de texto)⁹

⁹ La Sentencia C-1148 del 31 de octubre de 2001,

Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1148 del 31 de octubre de 2001 M.P. Alfredo Beltrán Sierra al considerar:

“4.6 De acuerdo con lo expuesto, considera la Corte que el legislador, en la forma como estableció en el artículo acusado, 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. No se puede desconocer, pues no es una posibilidad, sino que es una realidad, el hecho de que, dependiendo de determinadas situaciones políticas o administrativas, que en un momento determinado puede atravesar el país, los responsables de alguna de las ramas que intervienen en la elaboración y expedición del presupuesto, estuvieran interesadas en que el ente de control no ejerciera su función a plenitud, y una forma de hacerlo, consiste en desmejorar el monto de sus recursos. O, por las mismas razones, mejorándolos. En otras palabras, convirtiendo el control fiscal en objeto y manejo de poder, a través del presupuesto. Por ello, el medio desarrollado por el legislador en el precepto demandado resulta legítimo y la finalidad es constitucional.” (subrayas fuera de texto)

Esta misma sentencia concibió la tarifa de control fiscal de la siguiente manera:

“(…) 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), 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 a las entidades de la administración y a los particulares o entidades que manejen bienes o fondos de la Nación (art. 267, inciso 1o de la Carta). (subrayas del Despacho)

Ahora bien, una vez precisado que según la Ley 106 de 1993, el pago de la tarifa de control fiscal corresponde a aquellas entidades y empresas sujetas a la vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría General de la República o de las contralorías territoriales, lo que procede es determinar cuál es la naturaleza jurídica de la empresa demandante para de esta manera concluir, en el marco del ordenamiento legal y a la luz de la jurisprudencia, si es una empresa fiscalizada o sujeta a control fiscal y, en consecuencia, sujeta al pago de la cuota de auditaje o tarifa fiscal.

De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Cartagena¹⁰, mediante Escritura Pública N° 2.275 de julio 6 de 1998 otorgada en la Notaría 45 de Bogotá, se constituyó la sociedad anónima denominada ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLANTICA S.A. E.S. sigla ELECTROCOSTA, que tiene como objeto principal: la prestación de los servicios públicos de distribución y comercialización de energía eléctrica. A su vez, mediante Escritura Pública N° 4.651 del 7 de octubre de 1998 otorgada en la Notaría 3 de Cartagena, ELECTROCOSTA cambió de razón social por la denominación de ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. ESP sigla ELECTRICARIBE S.A. ESP¹¹.

Obra también en el acopio probatorio, la certificación expedida por el Revisor Fiscal de ELECTROCOSTA S.A. ESP según la cual la composición accionaria de la sociedad es la siguiente: *“Unión Fenosa Internacional S.A. (43.07%); Unión Fenosa Colombia S.A. (40.14); Patrimonio Autónomo Fiduciaria La Previsora S.A. Electrificadora de Bolívar S.A. E.S.P. En liquidación (5.95%); Patrimonio Autónomo Fiduciaria La Previsora S.A. Electrificadora de Córdoba S.A. ESP En Liquidación (2.08%); La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público (1.78%); Ecopetrol S.A. (1.43%); Patrimonio Autónomo Fiduciaria La Previsora S.A. Empresa de Energía Eléctrica de Magangue S.A. ESP En Liquidación (1.20%); Patrimonio Autónomo Fiduciaria La Previsora S.A. Electrificadora de Sucre S.A. ESP En Liquidación (0.97%); Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica S.A. E.S.P.; otros Privados (0.52%); otros Públicos (1.24%) y otras Mixtas (0.11%)”*¹².

¹⁰ Visible a folios 21 al 26 del Cuaderno 1

¹¹ Según certificado de existencia y representación legal que figura a folios 108 al 116 de la misma encuadernación.

¹² Visible a folio 27 del Cuaderno 1

De acuerdo con esta certificación, la Sala encuentra que la proporción del capital social de origen público de ELECTROCOSTA corresponde al 14.65% mientras que la de origen privado es del 83.73% (sin contar con el 1.63% del aporte de empresas mixtas), por lo cual no cabe duda que al prevalecer el capital accionario privado, esta sociedad es una empresa de servicios públicos domiciliarios privada, cuya definición legal está consagrada en el artículo 14 numeral 7 de la Ley 142 de 1994 *“Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”* que la define así:

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

(...)

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”. (subrayas del Despacho)

Dejando en claro lo anterior, procede la Sala a analizar si la actora, en su condición de empresa de servicios públicos domiciliarios privada, está excluida de control fiscal por parte de la Contraloría General de la República como lo deprecia la apelante, lo cual conllevaría a la declaratoria de nulidad de los actos demandados.

En punto a este tema, señala la recurrente que la sociedad actora no maneja fondos o bienes de la Nación, toda vez que sus recursos son propios y en virtud del artículo 32 de la Ley 142 de 1994, los actos de las empresas de servicios públicos y el ejercicio de los derechos de todos los socios, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

Para la Sala esta afirmación daría lugar a concluir -en términos del recurrente-, que ELECTROCOSTA S.A. E.S.P. debido a su condición de empresa de servicios

públicos domiciliarios de naturaleza privada, no hace parte de la rama ejecutiva del poder público, interpretación que a todas luces resulta ser equivocada por cuanto la demandante es una entidad que sí pertenece al Sector Descentralizado por Servicios, que integra la Rama Ejecutiva del Poder Público, además de que constituye una persona jurídica distinta de los socios que la conforman, por lo que el control fiscal recae únicamente sobre la gestión fiscal dada la calidad del aporte estatal como accionista..

El artículo 38 de 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”*, dispone:

“Artículo 38º.- Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

(...)

2. Del Sector descentralizado por servicios:

(...)

d. Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios

(...)

g. 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. (subrayas fuera de texto)

Acerca del carácter de entidad descentralizada que tienen también las empresas de servicios públicos de naturaleza privada, resulta de suma importancia el aporte de la Corte Constitucional mediante Sentencia C-736 del 19 de septiembre de 2007 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, al considerar lo siguiente:

“De lo anterior se deriva que, desde la perspectiva constitucional, en el nivel nacional las empresas de servicios públicos públicas, mixtas o privadas en las cuales haya cualquier porcentaje de capital público pueden formar parte de la estructura de la Rama Ejecutiva, según lo disponga el legislador, que para esos efectos está revestido de las facultades que le confiere expresamente el numeral 7º del artículo 150 superior.

(...)

(i) El artículo 38 de la Ley 498 de 1998, titulado "*Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional*", norma que, al enlistar los organismos que conforman el sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva, en su literal d) incluye a "*las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios*", pero no a las empresas mixtas o privadas de la misma naturaleza. Debe recordarse que según lo define el numeral 5° del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, no demandado en esta oportunidad, la empresa de servicios públicos oficial "*es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.*"

(...)

Nótese cómo una empresa de servicios públicos privada es aquella que mayoritariamente pertenece a particulares, lo cual, a contrario sensu, significa que minoritariamente pertenece al Estado o a sus entidades. Y que una empresa de servicios públicos mixta es aquella en la cual el capital público es igual o superior al cincuenta por ciento (50%), lo cual significa que minoritariamente pertenece a particulares. Así las cosas, una y otra se conforman con aporte de capital público, por lo cual su exclusión de la estructura de la Rama Ejecutiva y de la categoría jurídica denominada "entidades descentralizadas" resulta constitucionalmente cuestionable, toda vez que implica, a su vez, la exclusión de las consecuencias jurídicas derivadas de tal naturaleza jurídica, dispuestas expresamente por la Constitución.

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." (subrayas y negritas fuera de texto)

De acuerdo con la anterior cita jurisprudencial, pierde peso el argumento de la apelante según el cual, la sociedad actora estaba excluida del control fiscal por el hecho de que estaba sometida al régimen de derecho privado según el artículo 32

de la Ley 142 de 1994, pues al dejar en claro que se encuentra ubicada dentro de la administración pública en la rama ejecutiva por tratarse de una entidad descentralizada por servicios, sí estaba sometida a la vigilancia fiscal por parte de la Contraloría General de la República, en los términos del artículo 267 de la Constitución Política.

El contenido del artículo 32 de la Ley 142 de 1994 establece lo siguiente:

“Artículo 32. Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce. Declarado Exequible Sentencia Corte Constitucional 066 de 1997

Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares”.¹³ (subrayas fuera de texto)

De acuerdo con esta disposición legal, la Sala concluye que por el hecho de que la actora pueda estar sometida a las normas del derecho privado, no por ello está excluida del control fiscal como lo interpreta la apelante.

Lo anterior, por cuanto tal interpretación pasa por alto que el mismo artículo 32 de la Ley 142 de 1994, es enfático en contemplar que el régimen de derecho privado se aplica **sin perjuicio de lo dispuesto en la Carta Política o en lo que la propia Ley disponga expresamente lo contrario, como es el tema del control fiscal, que reconoce legislaciones especiales como se entrará a estudiar en seguida.**

¹³ Los incisos primero y segundo de esta disposición legal fueron objeto de revisión constitucional por la Corte, que mediante Sentencia C-066 de febrero 11 de 1997, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz

El artículo 2° de la Ley 42 de 1993 “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”, dispone:

“ARTÍCULO 2o. Son sujetos de control fiscal los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en los relacionado con estos y el Banco de la República. Se entiende por administración nacional, para efectos de la presente ley, las entidades enumeradas en este artículo” (subrayas del Despacho)

Más que ilustrativo resulta el siguiente aparte jurisprudencial en el que la Corte Constitucional mediante Sentencia C-167 del 20 de abril de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz, concluyó:

“Para la Corte, la función fiscalizadora ejercida por la Contraloría General de la República propende por un objetivo, el control de gestión, para verificar el manejo adecuado de los recursos públicos sean ellos administrados por organismos públicos o privados, en efecto, la especialización fiscalizadora que demarca la Constitución Política es una función pública que abarca incluso a todos los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación. Fue precisamente el constituyente quien quiso que ninguna rama del poder público, entidad, institución, etc., incluyendo a la misma Contraloría General de la República, quedara sin control fiscal de gestión. Entonces ningún ente, por soberano o privado que sea, puede abrogarse el derecho de no ser fiscalizado cuando tenga que ver directa o indirectamente con los ingresos públicos o bienes de la comunidad; en consecuencia, la Constitución vigente crea los organismos de control independientes (art. 263) para todos los que manejen fondos públicos y recursos del Estado, incluyendo a los particulares.

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”.

Resulta evidente, de acuerdo con el aparte jurisprudencial transcrito resaltado con negrita que es acogido por esta misma Sala, que el aspecto trascendental y que marca la pauta para la procedencia del control de la gestión fiscal adelantado por la Contraloría, es que la persona jurídica sujeto de fiscalización tenga en su composición accionaria participación estatal, indistintamente de si se trata de una persona pública o privada y del porcentaje de dicha participación.

Posteriormente pero de forma armónica con el contenido del artículo 2° de la Ley 42 de 1993, se expidió el Decreto Ley 267 de Febrero 22 de 2000 *“Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones “*, que en su artículo 4° dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 4. SUJETOS DE VIGILANCIA Y CONTROL FISCAL Son sujetos de vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría General de la República:

1. Los órganos que integran las Ramas Legislativa y Judicial del Poder Público;
2. Los órganos que integran el Ministerio Público y sus entidades adscritas;
3. Los órganos que integran la organización electoral y sus entidades adscritas o vinculadas;
4. La Comisión Nacional de Televisión y sus entidades adscritas o vinculadas;
5. Las corporaciones autónomas regionales o de desarrollo sostenible;
6. Las universidades estatales autónomas que administren bienes y recursos nacionales, o que tenga origen en la nación;
7. El Banco de la República cuando administre recursos de la Nación, ejecute actos o cumpla actividades de gestión fiscal y en la medida en que lo haga;
8. Los demás organismos públicos creados o autorizados por la Constitución con régimen de autonomía;
9. Las entidades u organismos que integran la Rama Ejecutiva del Poder Público tanto del sector central como del descentralizado por servicios, del orden nacional, conforme a lo previsto en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998.
10. Las demás entidades públicas y territoriales que administren bienes o recursos nacionales o que tengan origen en la Nación;
11. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones mixtas cuando quiera que administren recursos de la Nación;

12. Los particulares que cumplan funciones públicas, respecto de los bienes públicos que obtengan o administren o cuando manejen bienes o recursos de la Nación. (negritas fuera de texto)

Coincide la Sala con la interpretación dada por el a quo al numeral 12 del artículo 4° del Decreto 267 de 2000 transcrito, en el sentido de que esta disposición contempla distintos supuestos de hecho en los que los particulares son sujeto de vigilancia y control fiscal: i) el primero cuando los particulares cumplen funciones públicas; ii) segundo cuando los particulares obtienen o administren bienes públicos y iii) el tercero se refiere a cuando los particulares manejan bienes o recursos de la Nación.

La Sala considera que en el caso de ELECTROCOSTA S.A. EPS, al tener en su composición accionaria un porcentaje de participación del sector público, está incurso en la situación prevista en el tercer supuesto normativo del numeral 12, del artículo 4° del Decreto 267 de 2000, disposición que ratifica que las personas jurídicas de derecho privado no están excluidas del control fiscal por parte del ente de control, por cuanto más que la connotación de la persona jurídica en pública o privada, lo que interesa es que la Contraloría General de la República tiene la competencia constitucional y legal para ejercer la vigilancia fiscal respecto de una empresa de servicios públicos domiciliarios privada -como lo es la actora-, independientemente de que su objeto social esté en principio sometido a una legislación especial como lo es la de la Ley 142 de 1994, que regula los servicios públicos domiciliarios.

Ahora bien, respecto de qué se entiende por bienes o recursos de la Nación que sería el interrogante a despejar, no puede pasarse por alto como lo hace la apelante, que el legislador previó en el artículo 27 de la Ley 142 de 1994, unas reglas especiales para determinar en qué eventos se puede hablar de participación de las entidades públicas en las empresas de servicios públicos domiciliarios, sin tener en consideración que esta participación sea mayoritariamente pública o privada.

El artículo 27 numeral 4° de la Ley 142 de 1994 determina:

“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.

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.” (subrayas fuera de texto).

De acuerdo con el anterior precepto legal, son dos los aspectos importantes a destacar: el primero, es que los recursos de la Nación son aquellos que aportan propiamente la Nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo y el segundo, la Sala interpreta que la expresión “a cualquier título” alude a que no importa el porcentaje del aporte, así sea que el aporte del sector público sea muy inferior frente al privado como acontece en el **sub lite**, ELECTROCOSTA S.A. ESP no estaba excluida del control fiscal como lo reclama la demandante.

En punto a descartar la supuesta prevalencia del régimen de derecho privado de las empresas de servicios públicos como es el caso de la actora, pertinente resulta traer a colación que el artículo 27 numeral 7 de la Ley 142 de 1994 dispone: “*Los aportes efectuados por la nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo a las empresas de servicios públicos, se regirán en un todo por las normas del derecho privado*”, fue objeto de revisión por la Corte Constitucional, que al declarar su exequibilidad, sostuvo lo siguiente:

“(…)

Entonces, no tiene razón el demandante, cuando concluye que el fin de la norma acusada es alejar del control fiscal los recursos públicos trasladados a las empresas de servicios públicos domiciliarios, pues claramente el numeral 4° de la misma los pone bajo la vigilancia de la Contraloría General de la República, de las contralorías departamentales y de las municipales, mientras tales empresas no ejerzan dicho control por intermedio de empresas colombianas de carácter privado, elegidas por concurso público de méritos y previo concepto del Consejo de Estado o de los Tribunales Administrativos. Incluso pudo remitirse, antes de deducir semejante cosa, a una norma que regule materias similares; para el caso, la ley 42 de 1994, relativa a la organización del control fiscal financiero de los recursos estatales, en cuyos artículos 2 y 4 es claro que se extiende a *"los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas o cualquier tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos"* y es *"ejercido en forma posterior y selectiva por la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales y municipales, los auditores, las auditorías y las revisorías fiscales de las empresas públicas municipales"*. Esto último es subrayado, además, por el artículo 50 de la ley 142 de 1994, que obliga a las empresas privadas contratadas por las de servicios públicos domiciliarios para la vigilancia de su gestión fiscal, a incluir el ejercicio de un control financiero, de legalidad y de resultados que, indudablemente, debe seguir los parámetros de la ley 42 antes citada.

(...)

En consecuencia, la gestión de las empresas de servicios públicos domiciliarios no escapa al control fiscal de las entidades constitucionalmente competentes para ejercerlo y tampoco a la vista ciudadana, en razón de lo cual no contraría la Carta Política". (subrayas fuera de texto) (Sentencia C-066 del 11 de febrero de 1997, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz)

Consecuente con los supuestos fácticos y jurídicos consignados en la anterior disposición, el artículo 50 de la Ley 142 de 1994 que fue modificado por el artículo 5° de la Ley 689 de 2001, establece:

“ARTÍCULO 50. CONTROL FISCAL EN LAS EMPRESAS DE SERVICIOS

PÚBLICOS DOMICILIARIOS CON PARTICIPACIÓN DEL ESTADO.

Dentro de los tres (3) meses siguientes a la expedición de la presente ley, el Contralor General de la República expedirá el reglamento general sobre el sistema único de control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado, al cual deben someterse las contralorías departamentales, distritales y municipales. El incumplimiento a la sujeción a este reglamento será causal de mala conducta para los contralores departamentales, distritales y municipales. 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. Para el cumplimiento de dicha función, la Contraloría competente tendrá acceso exclusivamente a los documentos que al final de cada ejercicio la empresa coloca a disposición del accionista en los términos del Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes.

Por razones de eficiencia, el Contralor General de la República podrá acumular en su despacho las funciones de las otras contralorías, de forma prevalente, mediante acto administrativo motivado, expedido con sujeción estricta a los alcances que concede el presente artículo y la ley de control fiscal en aquellos eventos en los que al menos uno de los socios o accionistas sea de los que están sujetos a su control".
(subrayas fuera de texto)

Es preciso señalar que mediante Sentencia C-396 de 2002, la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad de los apartes subrayados del artículo 5° de la Ley 689 de 2001, resolvió estarse a lo resuelto en la Sentencia C-290 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández que declaró exequible lo relativo a que el control fiscal de la Contraloría sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios -como lo es ELECTROCOSTA SA. ESP-, sólo se ejercerá sobre los aportes y los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado, dada su condición o calidad de accionista. Por tanto la Sala colige que dicha fiscalización está limitada pero no por ello se puede desconocer la facultad del órgano de control de cobrar la respectiva tarifa fiscal.

Tal y como ya se advirtió en precedencia, de acuerdo con la certificación del revisor fiscal de ELECTROCOSTA S.A., los presupuestos a que aluden los artículos analizados de la Ley 142 de 1994 y 689 de 2001 se cumplen, como quiera que está claro que el Estado si tiene participación accionaria en la empresa demandante, ya que los aportes públicos en la composición accionaria provienen: del Patrimonio Autónomo Fiduciaria La Previsora S.A Electrificadora de Bolívar;

del Patrimonio Autónomo Fiduciaria La Previsora S.A. Electrificadora de Córdoba; del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; de Ecopetrol; de la Empresa de Energía Eléctrica de Magangué; de la Electrificadora de Sucre y de otros entes públicos¹⁴.

En punto a este tema, no es compartida la afirmación de la apelante según la cual la sociedad actora no es sujeto pasible de control fiscal por el hecho de que no administra, ni invierte, ni recauda fondos públicos pues lo que no se puede desconocer es que ELECTROCOSTA S.A. como ya se dijo, sí tiene participación estatal al recibir dineros públicos y en esta medida, está sujeta a la vigilancia fiscal. Por tanto no interesa el verbo rector que pretenda utilizar la apelante para negar la presencia de dineros públicos en la empresa de servicios públicos domiciliarios, pues lo cierto es que en la medida en que en su haber social haya presencia de recursos de la Nación, por esta razón está sometida al control fiscal.

Del mismo modo no es cierto ni mucho menos es compartida por la Sala la afirmación de la recurrente, en el sentido de que fue desatinada la referencia efectuada por el a quo a las citas jurisprudenciales de las sentencias C-1148 de 2001, C-290 de 2002 y C-1176 de 2004, por cuanto precisamente a través de las citas que se han efectuado a lo largo de esta providencia, se ha puesto de presente que la actora sí estaba sometida a control fiscal.

Es así como, la Sentencia C- 290 del 23 de abril de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, resulta determinante al señalar:

“Cabe resaltar, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que el control fiscal tiene por objeto la protección del patrimonio de la Nación, y por lo tanto recae sobre una entidad, bien pública, privada o mixta, cuando ella recaude, administre o invierta fondos públicos a fin de que se cumplan los objetivos señalados en la Constitución Política. Por ello, el elemento que permite establecer si una entidad o un organismo de carácter privado se encuentra sometido al control fiscal de las contralorías, lo constituye el hecho de haber recibido bienes o fondos de la Nación, según así quedó determinado por el constituyente”. (subrayas y negritas fuera de texto)

¹⁴ Certificación del Revisor Fiscal de Electrocosta S.A. E.S.P. que figura a folio 27 C.1.

Tampoco le asiste la razón a la apelante cuando afirmó que la actora no ejercía función pública por lo que no era objeto de control fiscal, con fundamento en lo sostenido por la Corte Constitucional en el siguiente fallo:

“Para los efectos de la función administrativa, las personas jurídicas privadas deben actuar teniendo en cuenta las finalidades señaladas en el ordenamiento jurídico y utilizando explícitamente los medios autorizados, tales como las normas administrativas; por tanto, los recursos económicos provenientes del ejercicio de las funciones públicas, tienen el carácter de fondos públicos y, por ende, están sujetos a controles específicos, entre otros el que ejerce la Contraloría General de la República a través del control fiscal de los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación” (Sentencia .C-167 de 1995).

De acuerdo con el enfoque dado a la demanda reiterado luego en el recurso de apelación por la apoderada de ELECTROCOSTA S.A., la Sala concluye que de acuerdo con el porcentaje de participación del capital público en esta empresa, estaba sujeta al control fiscal por el ente de control a nivel nacional sobre los bienes y aportes que constituyen dicho porcentaje en el capital social de la actora, como quiera que el control fiscal se ejerce sin tener en consideración la naturaleza jurídica de la empresa, sino que está enfocado hacia la vigilancia sobre el adecuado manejo de la gestión fiscal respecto de dichos bienes y aportes públicos.

En suma, se puede afirmar que en tratándose del control fiscal, la naturaleza jurídica de la persona de derecho público o privada de una empresa de servicios públicos domiciliarios regulada bajo la Ley 142 de 1994, cede paso frente a la circunstancia de la presencia de dineros públicos así sea en mínimo porcentaje.

Siendo entonces ELECTROCOSTA S.A. E.S.P., una empresa de servicios públicos domiciliarios privada, por el hecho de tener en su haber societario dineros del Estado, es sujeto pasivo de control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, motivo por el cual estaba sometida al pago de la tarifa de control fiscal que le fue fijada en los actos administrativos demandados.

Es acogido por la pertinencia con el tema en estudio, el siguiente aparte jurisprudencial proferido por esta misma Sala:

“Concluyó la Sala en la mencionada sentencia de 6 de diciembre de 2007 que si las empresas de servicios públicos domiciliarios son sujeto pasivo del control fiscal, no existe razón lógica valedera que impida considerar que también lo son del pago de la cuota de auditaje; y que el hecho de que la Ley 142 de 1994, hubiera previsto una auditoria externa, ello no supone el desplazamiento del control fiscal por parte de las Contralorías. (Sentencia del 14 de diciembre de 2009, Magistrado Ponente Doctor Marco Antonio Velilla Moreno Expediente núm. 2000 – 04109).

Vistas las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la sentencia apelada tal y como se dispondrá en la parte resolutive de este fallo.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. CONFIRMASE la sentencia proferida el 20 de agosto de 2009 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección A.

Segundo. En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

GUILLERMO VARGAS AYALA
PRESIDENTE

MARIA ELIZABETH GARCIA
GONZALEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA
MORENO