

CGR/OJ- 189 -2019
80112 –
Bogotá, D.C.

Contraloría General de la República :: SGD 20-12-2019 14:39
Al Contestar Cite Este No.: 2019EE0160929 Fol:5 Anex:0 FA:0
ORIGEN 80112 OFICINA JURÍDICA / JULIAN MAURICIO RUIZ RODRIGUEZ
DESTINO RODRIGO MEJIA NOVOA / CONFECAMARA
ASUNTO CONCEPTO JURIDICO CÁMARAS DE COMERCIO, AFILIADOS, CERTIFICADOS.
OBS

2019EE0160929



Doctor
RODRIGO MEJIA NOVOA
Secretario General
CONFECAMARAS
Avenida Calle 26 No. 57-83 Torre 7. Piso 15
Bogotá, D.C.

Referencia: Respuesta al radicado No. 2019ER0131907
Tema: CÁMARAS DE COMERCIO/ AFILIADOS/ CERTIFICADOS/
GRATUIDAD

Respetado doctor Mejía:

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República –CGR- recibió la comunicación citada en la referencia¹, la cual procedemos a responder a continuación:

1. Antecedente

Señala en su comunicación que la Gerencia Departamental Colegiada de Guaviare, adelantó una auditoría financiera a la Cámara de Comercio de ese Departamento, en la cual se levantó un hallazgo con incidencia fiscal.

Al respecto, indicó esa Gerencia que analizado el auxiliar de caja de la muestra seleccionada, se pudo observar que los afiliados haciendo uso del derecho consagrado en el numeral 4° del artículo 15 de la Ley 1727 de 2014, solicitaron a la Cámara de Comercio de san José del Guaviare certificaciones, las cuales ascendieron a \$1.198.600, sin que la entidad hiciera traslado de este valor por concepto de la actividad registral a la cuenta de recursos públicos.

Señala que en la etapa del proceso auditor correspondiente a traslado de observaciones, la misma fue controvertida por la Cámara de Comercio de San

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Art. 14, numeral 2º, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015: "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 (30) días siguientes a su recepción."

José del Guaviare, con base en lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 15 de la Ley 1727 de 2014, el cual consagra el derecho al que tienen los afiliados a las Cámaras de Comercio de obtener de manera gratuita los certificados de existencia y representación legal hasta la concurrencia del valor de su cuota anual de afiliación.

Sobre la afiliación a las Cámaras de Comercio, precisa que sus afiliados son empresarios inscritos en el Registro Mercantil que con el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 12 y 13 de la Ley 1727 de 2014, adquieren una vinculación especial que implica ser titular de derechos y deberes establecidos en la misma ley, entre ellos, el del artículo 15, numeral 4°.

En igual forma, hace alusión al artículo 79 del Código de Comercio, modificado por la Ley 1727 de 2014, el cual establece que las Cámaras de Comercio estarán gobernadas por los comerciantes inscritos en el registro mercantil que tengan la calidad de afiliados.

Sobre la estructura tarifaria del Registro Mercantil menciona que está reglada en el Decreto 1074 de 2015, norma que en el artículo 2.2.2.46.1.6., determina que los certificados expedidos por las Cámaras de Comercio, en desarrollo de su función pública de llevar el registro mercantil, tendrán los siguientes valores, independientemente del número de hojas de que conste. 1. Matrícula mercantil 0.35% S.M.M.L.V. 2. Existencia y representación legal, inscripción de documentos y otros 0.70% S.M.M.L.V. 3. Certificados especiales 0.70% S.M.M.L.V.

Menciona además que los ingresos provenientes de la función registral son ingresos ordinarios de las Cámaras de Comercio como lo dispone el artículo 93 del Código de Comercio y son de origen público como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Finalmente, después de un recuento normativo sobre las tarifas de las Cámaras de Comercio, señala que la solicitud del certificado de existencia y representación legal por parte de un afiliado a la Cámara de Comercio no causa la obligación de pagar el monto de la tasa contributiva prevista en el reglamento.

En este contexto, consulta:

Sobre la aplicación del beneficio contenido en el numeral 4° del artículo 15 de la Ley 1727 de 2014.

2. Alcance del concepto y competencia de la Oficina Jurídica

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución², ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas “sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General”³, así como las formuladas por las contralorías territoriales “respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General”⁴ y las presentadas por la ciudadanía respecto de “la consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República”⁵.

En este orden, mediante su expedición se busca “orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal”⁶ y “asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten”⁷.

Finalmente se aclara que no todos los conceptos de esta Oficina Jurídica implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República, porque de conformidad con el Artículo 43, numeral 16⁸ del Decreto Ley 267 de 2000, esta calidad solo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

3. Precedente doctrinal de la Oficina Jurídica

La Oficina jurídica no se ha pronunciado sobre el tema objeto de consulta.

4. Consideraciones jurídicas

4.1. Problema jurídico

² Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011.

³ art. 43, numeral 4 del Decreto ley 267 de 2000.

⁴ art. 43, numeral 5 del Decreto ley 267 de 2000.

⁵ art. 43, numeral 12 del Decreto ley 267 de 2000.

⁶ art. 43, numeral 11 del Decreto ley 267 de 2000.

⁷ art. 43, numeral 14 del Decreto ley 267 de 2000.

⁸ art. 43. oficina jurídica. son funciones de la oficina jurídica: (...) 16. coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la contraloría general de la república en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.

¿La expedición en forma gratuita del certificado de existencia y representación legal por parte de las Cámaras de Comercio a sus afiliados constituye daño al patrimonio público?

Sea lo primero señalar que no considera este Despacho entrar a realizar ningún análisis o pronunciamiento sobre todos los aspectos que plantea en su extenso escrito, sino que se remitirá a determinar de manera general lo relacionado con el hallazgo con connotación fiscal. Lo anterior, en razón a que una vez el hallazgo con connotación fiscal es trasladado, la dependencia competente para pronunciarse es la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva.

4.2. Recursos de las Cámaras de Comercio. Fundamento legal

El artículo 78 del Código de Comercio señala que las cámaras de comercio son instituciones de orden legal con personería jurídica, creadas por el Gobierno Nacional, de oficio o a petición de los comerciantes del territorio donde hayan de operar. Dichas entidades serán representadas por sus respectivos presidentes.

El Código de Comercio en el artículo 86 inciso 3°, autoriza a las Cámaras de Comercio, entre otras facultades para llevar el Registro Mercantil y certificar sobre los actos y documentos en el inscritos por esta actividad y sus conexas, además de otras funciones atribuidas en otros ordenamientos, estas instituciones, perciben ingresos con carácter de tasas y por tanto los mismos, son de naturaleza pública.

En este orden, con fundamento en lo dispuesto en esta disposición legal, las Cámaras de Comercio, expiden, entre otros certificados, el de existencia y representación legal.

A su vez, el artículo 93 del mismo ordenamiento señala que cada Cámara de Comercio tendrá como ingresos ordinarios, el producto de los derechos autorizados por ley para las inscripciones y certificados, las cuotas anuales que el reglamento señale para los comerciantes afiliados e inscritos, y los que produzcan sus propios bienes y servicios.

Por su parte, la Ley 6° de 1992, establece en el artículo 124, modificado por el artículo 145 de la Ley 1955 de 2019, que el Gobierno Nacional fijará el monto de las tarifas que deban sufragarse en favor de las Cámaras de Comercio por concepto de las matrículas, sus renovaciones, cancelaciones e inscripciones de los actos, libros y documentos que la ley determine efectuar en el registro mercantil, así como el valor de los certificados que dichas entidades expidan en ejercicio de sus funciones.

Para el señalamiento de los derechos relacionados con la obligación de la matrícula mercantil y su renovación, el Gobierno nacional establecerá tarifas diferenciales en función del monto de los activos o de los ingresos de actividades ordinarias del comerciante o del establecimiento de comercio, según sea el caso, con base en el criterio más favorable para la formalización de las empresas. Las cuotas anuales que

el reglamento de las Cámaras de Comercio señale para los comerciantes afiliados son de naturaleza voluntaria. Los derechos relacionados con la obligación de la matrícula mercantil y su renovación en el caso de personas naturales que realicen una actividad comercial, serán establecidos en función del monto de los activos o de los ingresos relacionados con el desarrollo de su actividad comercial.

Nótese que la norma faculta a las Cámaras de Comercio para cobrar una tarifa por las matrículas y sus renovaciones y los documentos que la ley determine en el registro mercantil, y de igual manera el valor de los certificados que dichas entidades expidan en ejercicio de sus funciones.

4.2.1. Calidad de afiliados a las Cámaras de Comercio. Derechos

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 92 del Código de Comercio, modificado por el artículo 12 de la Ley 1727 de 2014, podrán ser afiliados a una Cámara de Comercio, las personas naturales o jurídicas que así lo soliciten, tengan como mínimo dos (2) años consecutivos de matriculados en cualquier Cámara de Comercio, hayan ejercido durante este plazo la actividad mercantil, hayan cumplido en forma permanente sus obligaciones derivadas de la calidad de comerciante, incluida la renovación oportuna de la matrícula mercantil en cada periodo. El afiliado para mantener su condición deberá continuar cumpliendo los anteriores requisitos. Quien ostente la calidad de representante legal de las personas jurídicas deberá cumplir los mismos requisitos previstos para los afiliados, salvo el de ser comerciante.

Tal como lo dispone esta disposición legal, tienen la calidad de afiliados quienes lleven mínimo dos (2) años consecutivos de matriculados en una Cámara de Comercio y hayan ejercido la actividad mercantil durante esos dos (2) años.

En cuanto a los derechos de los afiliados el artículo 15 del mismo ordenamiento, determina que éstos tendrán derecho a elegir y ser elegidos miembros de la Junta Directiva de la Cámara de Comercio, bajo las condiciones y los requisitos que determinen la ley y las normas reglamentarias, a dar como referencia a la correspondiente Cámara de Comercio, acceder gratuitamente a las publicaciones que determine la Cámara de Comercio y a obtener gratuitamente las certificaciones derivadas de su registro mercantil, sin exceder del monto de su cuota de afiliación.

Conforme a lo dispuesto en esta normativa, los comerciantes que cumplan sus deberes de inscripción y demás obligaciones mercantiles, pueden solicitar y obtener la afiliación a las Cámaras de Comercio, en las condiciones establecidas en el artículo 12 de la Ley 1727 de 2014 y en tal caso, gozan de los derechos de que trata el artículo 15 de la misma norma.

En consecuencia, las Cámaras de Comercio, deberán efectuar la verificación relacionada con el cumplimiento de la obligación de estar afiliado a fin de determinar quiénes son acreedores de tales prerrogativas, lo contrario proceder a excluirlos de los mismos.

4.2.2. Pérdida de la Calidad de afiliado a la cámara de Comercio

El artículo 14 de la Ley 1727 de 2014, establece que se perderá la calidad de afiliado, por solicitud escrita del afiliado, no pagar oportunamente la cuota de afiliación o su renovación, la pérdida de la calidad de comerciante, el incumplimiento de cualquiera de los requisitos y deberes establecidos para conservar la calidad de afiliado, encontrarse en proceso de liquidación, cambio de domicilio principal a otra jurisdicción y por orden de autoridad competente.

Tal como lo señala los artículos 12 numeral 3 y 14 numeral 4 de la Ley 1727 de 2014, entre otras razones, se pierde la calidad de afiliado a la Cámara de Comercio por no ejercer el comercio durante los 2 últimos años y corresponde al Comité de Afiliación decidir sobre la desafiliación de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de esta misma normativa, en el Decreto 1074 de 2015.

En estas condiciones, para conceder cualquier beneficio de los que señala el ordenamiento legal antes indicado, las Cámaras de Comercio deben comprobar que el afiliado cumple con todos los requisitos para tal efecto.

5. La responsabilidad fiscal.- Elementos que la configuran

De acuerdo con lo establecido en la Ley 610 de 2000 y la jurisprudencia de las Corte Constitucional y el Consejo de Estado, la responsabilidad fiscal tiene carácter resarcitorio.

El artículo 4° de esta misma norma determina que la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

A su vez, el artículo 5° señala que la responsabilidad fiscal se estructura sobre tres elementos: a) un daño patrimonial al Estado; b) una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y; c) un nexo causal entre el daño y la conducta. Sólo en el evento de que se reúnan estos tres elementos puede endilgarse responsabilidad fiscal a una persona.

Tomando en cuenta la definición que trae el artículo 3° de la Ley 610 de 2000, permite indicar que se configura el ejercicio de gestión fiscal, cuando existe manejo de fondos y bienes del Estado, lo cual implica la titularidad administrativa o dispositiva de los mismos, materializada mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, inversión y gasto, entre otros, o comprenden actividades de ordenación, control, dirección y coordinación del gasto.

Es importante determinar el aspecto de la gestión fiscal, toda vez que en el presente caso se trata de particulares que ejercen funciones públicas. Indica el

Consejo de Estado después de referirse a los artículos 116, 123, 210 y 267 y 131 de la Constitución Política, que “De las normas superiores transcritas, en armonía con lo dispuesto en los artículos 150, numeral 23, y 121 de la Constitución, se puede inferir una primera regla general en esta materia, consistente en que los particulares pueden ejercer determinadas funciones públicas (no todas ni un grupo indeterminado de ellas) cuando así se los autorice expresamente la ley y en las condiciones que esta señale. De los mismos preceptos pareciera desprenderse una segunda regla general, a saber: que la ley solo puede autorizar a los particulares el cumplimiento de funciones públicas de manera temporal, ocasional o transitoria. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la Constitución Política, directamente, o la ley, con sujeción a aquella, pueden facultar a los particulares para cumplir ciertas funciones públicas de modo permanente, como ocurre con el servicio cíclico notarial y la función fedataria, asignados por la Constitución (artículo 131) a los notarios, que son particulares, según la jurisprudencia, y también con la función del registro mercantil, atribuida por la ley (Código de Comercio) a las cámaras de comercio.”⁹

En este orden, no resulta extraño que un particular realice gestión fiscal, pues dentro del universo de tareas del Estado susceptibles de ser desempeñadas por personas que no tienen con él un vínculo laboral, se encuentran aquellas en las que para su ejercicio se requiere tener capacidad decisoria frente a los fondos o bienes públicos o tener asignadas funciones de ordenación, control, dirección y coordinación. En este orden de ideas, es preciso tener en cuenta las condiciones, los requisitos y los procedimientos que para el ejercicio de funciones administrativas por particulares, han previsto los artículos 110 y 111 de la Ley 489 de 1998.

Luego para iniciar el proceso de responsabilidad fiscal en contra de un particular, se requiere que las funciones que desempeña y que constituyen gestión fiscal, estén explícita y específicamente estipuladas en la ley.

Ha señalado la Corte Constitucional que“(…) el ente fiscal deberá precisar rigurosamente el grado de competencia o capacidad que asiste al servidor público o al particular en torno a una específica expresión de la gestión fiscal, descartándose de plano cualquier relación tácita, implícita o analógica que por su misma fuerza rompa con el principio de la tipicidad de la infracción. (...)”¹⁰

Otro de los elementos de la responsabilidad fiscal y el primero que debe determinarse, es el daño patrimonial al Estado, o sea, que recursos públicos se encuentren afectados por el acaecimiento de una conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal.

6. Expedición en forma gratuita del certificado de existencia y representación legal a los afiliados a las Cámaras de Comercio. Daño al patrimonio público

⁹ Concepto Sala de Consulta y Servicio Civil. C.E. 2405 de 2019 Consejo de Estado. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas Bogotá, D.C., cinco (5) de febrero de dos mil diecinueve (2019) Radicación interna: 2405 Número único: 110010306000201800233-00

¹⁰ C- 840 de 2001.

Como se dijo en el capicite anterior, para que proceda la acción fiscal deben darse todos los requisitos que la Ley 610 de 2000 determina para tal fin y lo primero que debe tenerse en cuenta es que se trate del manejo de recursos públicos, es decir de actos de gestión fiscal.

En el caso específico de la consulta, no cabe ninguna duda que los recursos son públicos, toda vez que provienen del ejercicio de las funciones públicas que realizan las Cámaras de Comercio, de acuerdo con las facultades otorgadas legalmente.

Determinado lo anterior, se debe analizar si existe un daño contra estos recursos públicos, en otras palabras si existe daño patrimonial al Estado. Para ello veamos la definición que trae la Ley 610 de 2000.

Establece el artículo 6° de la Ley 610 de 2000 que se entiende por daño menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.

En este contexto, cabe preguntarse, si el no cobro de la tarifa del certificado de existencia y representación legal a los afiliados a las Cámaras de Comercio, genera daño al patrimonio público, en principio, la respuesta es negativa, si se tiene en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 15 de la Ley 1727 de 2014.

En este orden, hay que realizar un examen adicional, y es que se debe verificar aquí, si se cumplieron los requisitos para expedir los certificados, de acuerdo con todo lo dispuesto en la Ley 1727 de 2014, o por el contrario, se pretermitió la normatividad otorgando tal beneficio a quienes no eran jurídicamente hábiles, si estos no se cumplieron, se generaría un daño al Estado y es procedente la acción fiscal.

Es por todo lo anterior, que el ingreso, la destinación y utilización de los recursos públicos debe responder a los parámetros y criterios establecidos en la ley, pues aquí no opera la libre decisión para reconocer derechos o beneficios superiores o diferentes, o atribuirles efectos que no están señalados en las normas, como si lo podría hacer un particular con sus recursos propios o privados.

Así las cosas, y habida cuenta que este Despacho no tiene competencia para pronunciarse sobre el caso puntual, pues ello es del resorte del funcionario

competente, no es procedente, señalar en forma tajante que en el caso en estudio no existe daño al patrimonio público y en consecuencia no es jurídicamente la acción fiscal, pues debe demostrarse que la Cámara de Comercio actuó acatando todos los ordenamientos legales que le permiten expedir el citado certificado en forma gratuita.

7. Conclusiones

7.1. La expedición en forma gratuita del certificado de existencia y representación legal por parte de las Cámaras de Comercio a sus afiliados, en principio, no constituye un daño al patrimonio público, pues ello es viable de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 15 de la Ley 1727 de 2014. Corresponde al operador jurídico en la acción de control fiscal que corresponda, verificar el cumplimiento por parte de las cámaras de Comercio, de todos los requisitos que impliquen el cumplimiento de los requisitos legales.

Cordialmente,



JULIAN MAURICIO RUIZ RODRIGUEZ
Director Oficina Jurídica

Proyectó. Lucenith Muñoz A.
N.R. TRD. 2019ER0131907
RD 80112-033 Conceptos Jurídicos.