



CONSEJO DE ESTADO

**SALA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO**

SECCIÓN CUARTA

CONSEJERO PONENTE: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Bogotá D.C., doce (12) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 25000-23-37-000-2013-01461-01
(23614)**

Actor: BANCO DE LA REPÚBLICA

Demandado: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Temas: Tarifa control fiscal vigencia 2012. Base gravable para el Banco de la República en cumplimiento de sus actividades como gestor fiscal.

Sentencia de segunda instancia

Procede la Sección a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la Sentencia de 4 de octubre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta – Subsección “A”, que dispuso:

PRIMERO: DECLÁRASE LA NULIDAD PARCIAL de las Resoluciones Nos. 0071 del 27 de noviembre de 2012, 0005 del 11 de febrero de 2013 y 0027 del 27 de junio de 2013, proferidas

las dos primeras por el Director de la Oficina de Planeación, y la última por el Vicecontralor de la Contraloría General de la República, por medio de las cuales se fijó el valor de la Tarifa de Control Fiscal para la vigencia fiscal 2012, al BANCO DE LA REPÚBLICA, en cuanto determinaron el valor a pagar en la suma de \$782.349.295, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho:

A) **FIJASE** la tarifa de control fiscal para la vigencia 2012 a cargo del Banco de la República, en la suma de **DIECINUEVE MILLONES SESENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS (19.066.374)**.

B) **ORDENASE** a la Contraloría General de la República devolver al Banco de la República, la suma de **NOVECIENTOS VEINTICUATRO MILLONES OCHOCIENTOS DOS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y OCHO PESES m/cte. (\$924.802.878)**, con los intereses correspondientes conforme al artículo 192 del C.P.A.C.A.

TERCERO: No se condena en costas por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia”

ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1 Pretensiones

Las pretensiones de la demanda interpuesta en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho son las siguientes¹:

“**PRIMERO:** Que se declaren nulos los siguientes actos administrativos por haber sido expedidos con violación a las normas nacionales legales y constitucionales a las que debieron sujetarse:

a) Resolución No. 0071 del 27 de noviembre de 2012 del Director de la Oficina de Planeación de la Contraloría General de la

¹ Folio 3.

- República, "Por la cual se fija el valor de la Tarifa de Control Fiscal para la vigencia fiscal 2012, a BANCO DE LA REPÚBLICA.
- b) Resolución No. 0005 del 11 de febrero de 2013 del Director de la Oficina de Planeación de la Contraloría General de la República, "Por medio de la cual se decide el Recurso de Reposición y en subsidio apelación interpuesto contra la Resolución Ordinaria No. 0071 del 27 de noviembre de 2012- "Por la cual se fija el valor de la Tarifa de Control Fiscal para la vigencia fiscal 2012, al BANCO DE LA REPÚBLICA"; y,
 - c) Resolución No. 0027 del 27 de junio de 2013 del Vicecontralor General de la República "Por medio de la cual se decide el Recurso de Apelación contra la Resolución Ordinaria 071 de 27 de noviembre de 2012, Tarifa de Control Fiscal para la vigencia 2012 interpuesto por el BANCO DE LA REPÚBLICA".

SEGUNDA: Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la Contraloría General de la República liquidar la Tarifa de Control Fiscal al Banco de la República por la vigencia de 2012, teniendo como base gravable aplicable exclusivamente los recursos del presupuesto de la Entidad destinados a actuaciones de gestión fiscal, en la forma como lo determinó la Corte Constitucional en sentencia C-529 de 1993, teniendo en cuenta el valor de los recursos presupuestales destinados a administrar fondos de la Nación y otras entidades públicas por el año 2012.

Lo anterior, debido a que adicionalmente y a diferencia de años anteriores, donde la Contraloría General de la República tomaba como base gravable para efectos de la determinación de la tarifa de Control Fiscal de esta Entidad, los montos sobre los cuales el Banco de la República actuaba como agente fiscal del Gobierno, de acuerdo con la información suministrada por la entidad, en esta oportunidad la Contraloría tuvo en cuenta la información rendida a través del Sistema de Rendición de la Cuenta e Informes – "SIRECI", conforme a instrucciones de la misma Contraloría.

TERCERO: Que a título de restablecimiento del derecho se condene a la Contraloría General de la República a que efectúe la devolución integral del saldo a favor del BANCO DE LA REPÚBLICA que resulte del mayor valor pagado a la Contraloría General de la República el día 27 de agosto de 2013, con relación a aquel que en estricto sentido le correspondía a la Entidad por la Tarifa de Control Fiscal liquidada de conformidad con lo señalado en el numeral anterior.

CUARTO: Que a título de restablecimiento del derecho se condene a la Contraloría General de la República a pagar sobre las sumas a restituir por concepto de devolución del Saldo a favor descrito en la pretensión anterior, el interés corriente por el período transcurrido entre la fecha en que se pagó la Tarifa y la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.

Pretensión subsidiaria: Si el H. Tribunal considera improcedente esta pretensión, entonces solicito que se condene a la Contraloría General de la República a pagar la actualización de las sumas a restituir, adicionadas con un interés técnico del seis (6%), calculado para el período transcurrido entre la fecha de pago de la tarifa y la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.

QUINTA: Que con relación a la suma que el fallo determine deban pagarse en virtud de las pretensiones anteriormente reseñadas, se condene a la Contraloría General de la República a pagar intereses de mora a partir de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso y hasta la fecha en que se realice el pago completo de manera efectiva.

SEXTO: Que se condene en costas a la entidad demandada.

1.2 Hechos relevantes para el asunto

1.2.1 Mediante Resolución No. 0071 de 27 de noviembre de 2012, el Director de la Oficina de Planeación de la Contraloría General de la República fijó el valor de la tarifa de control fiscal para la vigencia fiscal 2012 por la suma de \$782.349.295 a cargo del Banco de la República.

En esta resolución se expuso que el Banco de la República contaba con un presupuesto en la vigencia 2011 de \$474.639.417.470, sobre la cual se efectuó un descuento de \$747.038.570, equivalente a la tarifa de control fiscal de la vigencia 2011. Esto generó como base para liquidar la tarifa de \$473.892.378.900 a la que se le aplicó el factor de liquidación de 0.00165090 (fls 16 a 19).

1.2.2 El Banco de la República interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, en el que expuso, principalmente, que el Banco es un sujeto pasivo de carácter especial y, por ende, como base gravable para aplicar la tarifa de control fiscal, sólo deben tomarse los rubros del presupuesto que dicha entidad destinó en esa vigencia para las labores de administración de los recursos de la Nación y de otras entidades públicas como agente fiscal.

1.2.3 El recurso de reposición se resolvió desfavorablemente mediante Resolución No. 0005 del 11 de febrero de 2013. En este

acto se manifestó que teniendo en cuenta la naturaleza jurídica y las características especiales del Banco de la República para liquidar la tarifa de control fiscal se tomó como presupuesto ejecutado los siguientes rubros²: (i) Egresos Corporativos (gastos de personal y gastos generales), (ii) otros egresos (impuestos, seguros, contribuciones y afiliaciones, gastos culturales, y becas estudiantes dif a empleados) y el presupuesto de pensionados. De igual forma, se tomó la ejecución presupuestal de los programas de inversión.

Los anteriores rubros corresponden, en concepto del órgano de control, a gastos de funcionamiento e inversión y no se relacionan con el ejercicio de la política monetaria que ejerce el Banco.

1.2.4 El vicecontralor general resolvió el recurso de apelación por medio de la Resolución No. 0027 del 27 de junio de 2013.

En esta decisión se expuso que la parte del presupuesto que se tuvo como base gravable corresponde a lo ordenado por la Ley, debido a que tiene relación con las actividades en las cuales el Banco realiza gestión fiscal y no con su política monetaria.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante citó como normas violadas los artículos 150 numerales 11 y 12, 338, 371 y 372 de la Constitución Política, 3, 46 y 48 de la Ley 31 de 1992, 1 de los Decretos 1093 de 1995 y 1326 de 1995, 3, 71 y 74 del Decreto 2520 de 1993 (Estatuto del Banco de la República), 2 de la Ley 42 de 1993, 4 de la Ley 106 de 1993, y 4 numeral 7 del Decreto Ley 267 de 2000.

1.3.1 Luego de un recuento normativo y jurisprudencial – Sentencia C-529 de 1993 – sobre la naturaleza del Banco de la República, su autonomía y régimen especial, expuso que la posición asumida por la entidad demandada desconoce que la actividad de gestión fiscal del Banco no involucra el 100% de su presupuesto ni de sus funciones. Por el contrario, el Banco sólo actúa como agente fiscal del Gobierno, cuando existe un encargo contractual.

² Esta información corresponde al registro de ejecución presupuestal del Banco de la República a diciembre de 2011.

Si bien en los actos pareciera que la Contraloría manifiesta conocer el límite de la gestión fiscal del Banco, al momento de liquidar la tarifa desconoce lo expresamente reconocido en la parte considerativa.

Esto por cuanto en la base gravable se incluyó el 100% del presupuesto del Banco para el año 2011 (\$473.892.378.900), cuando en realidad sólo el 2.59% que corresponde a la suma de \$12.273.452.218 fue destinado a las actividades de gestión fiscal.

Se tiene entonces, que el órgano de control tuvo como base gravable el presupuesto destinado para las funciones ordinarias del Banco, las cuales no pueden ser consideradas objeto de control fiscal.

Concluyó que lo pretendido por el Banco no es que se le declare exento del pago de la tarifa de control fiscal, sino que se le reconozca su régimen legal especial y, en consecuencia, sólo se ejerza el control sobre las actividades de gestión fiscal con el fin de liquidar la mencionada tarifa.

1.3.2 Indicó que de conformidad con la Ley 106 de 1993, la Contraloría sólo está facultada para establecer la tarifa que debe aplicarse para la liquidación del tributo, mientras que la base gravable está consagrada expresamente por la Ley y la Constitución. Para el caso del Banco de la República esta base consiste en el presupuesto destinado para las labores o actividades de gestión fiscal.

Estos recursos se desagregan del presupuesto corporativo en cifras comprobables y separables. Esta desagregación no se rige por el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, dado que el Banco cuenta con un régimen legal especial y un sistema contable, financiero y presupuestal propio.

Además, dichos recursos tienen como origen una relación contractual, tal y como lo reconoce la Corte Constitucional en la Sentencia C-529 de 1993, que surgen de la administración fiduciaria de títulos de deuda pública interna (Títulos de Tesorería TES, Bonos de valor Constante, Títulos de Reducción de Deuda, Bonos Agrarios y otros de menor cuantía), FAEP, títulos Fogafin, Títulos de Desarrollo Agropecuaria y otros títulos.

Sin embargo, la Contraloría tomó como base gravable la totalidad del presupuesto, según la información suministrada por el Banco en el Sistema de Rendición de la Cuenta e Informes – “SIRECT”

1.3.3 La Contraloría señaló, en los actos demandados, que por tratarse de una entidad de derecho público los recursos del Banco también son públicos. No obstante, el control fiscal que se ejerce contra el Banco de la República obedece a que sus recursos no forman parte del Presupuesto General de la Nación por lo que no recibe transferencias del mismo.

Se tiene entonces, que el presupuesto del Banco no administra ni dispone, en principio, de recursos fiscales, sólo se da esta condición cuando los recursos le son confiados en razón de contratos celebrados con la Nación u otras entidades públicas.

1.3.4 La tarifa de control fiscal debió liquidarse así: de los recursos destinados para las actividades de gestión fiscal para el año 2011 (\$12.296.117.491) se debe descontar la suma referida de esta tarifa para vigencia 2011 (\$22.665.273) generando una base gravable de \$12.273.452.218 que multiplicada por el factor correspondiente, esto es

0.001650900, da como resultado una tarifa de \$20.262.242 y no los \$782.349.295 que cobró la Contraloría.

1.3.5 Indicó que la Sección Cuarta del Consejo de Estado en Sentencia del 23 de septiembre de 2010, radicado No. 2007-00049, hizo mención a las bases de gravables especiales para esta Contribución especial, específicamente para el caso de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a las Comisiones de Regulación a los entes prestadores de estos servicios.

1.3.6 Con la reforma de la demanda, la parte demandante presentó gráficos y cuadros en los que se determina la estructura presupuestal del Banco de la República y el modelo de costos por actividades utilizado por mandato legal.

Lo anterior, con el fin de demostrar cuales son las actividades que ejerce como agente fiscal y el presupuesto destinado para las mismas.

2. Oposición

La Contraloría General de la República se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que los actos demandados están ajustados a la Constitución Política y las normas vigentes.

2.1 Indicó que el Banco de la República posee un porcentaje de participación de recursos públicos del 100%, de lo que se desprende que maneja bienes o fondos públicos y, por ende, es sujeto de control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, en los términos de los artículos 2 y 3 de la Resolución No. 6289 del 8 de marzo de 2011, modificada por la Resolución No 6445 de 2012.

Así las cosas, el control fiscal no tiene relación con la clase, modalidad o estructura del ente fiscalizado, sino de la existencia de dineros públicos en su capital social o que haya entregada la Nación para su administración, sin importar si hacen parte o no del Presupuesto General de la Nación o se rijan o no por el Estatuto Orgánico del Presupuesto.

2.2 Señaló que el gerente ejecutivo del Banco de la República remitió la información de la que se obtuvo la base gravable para el cálculo de la tarifa de control fiscal, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica y las características especiales del sujeto de control.

Los rubros que componen la base gravable para el Banco corresponden a gastos de funcionamiento e inversión, de los que se desprende que no se incluyó ninguno relacionado con la política monetaria que ejerce el Banco.

Si bien el sujeto de control menciona que la base gravable se debe limitar a los costos prorrateados del servicio de administración de títulos, esto no es posible comoquiera que la base debe corresponder al presupuesto ejecutado como lo consagra la Ley, es decir, funcionamiento (en el cual

están los egresos corporativos, otros gastos corporativos, presupuesto de pensionados) e inversión.

Es por esto que no se tuvo en cuenta la información presentada en el recurso dado que no tiene una estructura de presupuesto que separe los gastos imputables a la actividad cuasifiscal y lo que corresponde a la política monetaria.

2.3 Manifestó que la vigilancia de la gestión fiscal ejercida por la Contraloría obedece a lo dispuesto en el artículo 267 de la Constitución, así como los lineamientos establecidos en las Sentencias C-167 de 1995, C-499 de 1998, C-529 de 1993, C-1176 de 2004 y C-374 de 1995. En estas providencias se resalta la cláusula general de competencia de esa entidad frente a los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la nación, sin consagrar excepción alguna.

2.4 Hizo un recuento normativo de los elementos del tributo especial de la tarifa de control fiscal, de los principios que rigen en materia tributaria, y de la naturaleza del Banco de la República, así como un recuento jurisprudencial del concepto de gestión fiscal.

3. Sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Cuarta - Subsección "A", mediante Sentencia del 4 de octubre de 2017, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

En primer lugar, hizo un estudio de las providencias proferidas por la Corte Constitucional sobre el tema, especialmente la Sentencia C-529 de 1993, y concluyó que el control fiscal ejercido por la Contraloría General de la República al Banco de la República sólo puede llevarse a cabo cuando éste último administre recursos de la Nación o de otras entidades públicas o cuando ejecute actos o cumpla actividades de gestión fiscal.

Adicionalmente, las funciones de gestión fiscal del Banco recaen principalmente sobre los contratos que el Gobierno Nacional y las demás entidades públicas, en los términos del artículo 13 de la Ley 31 de 1992.

Sumado a lo anterior, en el Decreto 267 del 22 de febrero de 2000, se establece que sólo se ejercerá control fiscal cuando cumpla actividades de gestión fiscal o administre recursos y en la medida que lo haga.

En segundo lugar, analizó el caso concreto y señaló que la Contraloría tomó como total del presupuesto del Banco la suma de \$474.639.417.470, que corresponde a egresos corporativos (gastos de personal, gastos generales, impuestos, seguros, contribuciones y afiliaciones, gastos culturales, becas estudiantiles dif a empleados), presupuesto de pensionados, así como la ejecución presupuestal de los

programas de inversión. A este monto se le aplicó el factor de 0.00165090, lo que generó una tarifa de control fiscal de \$782.349.295.

No obstante, estos rubros no hacen parte de las actividades de gestión fiscal en los términos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado³.

Es por lo anterior que consideró que la tarifa fiscal debía liquidarse sólo con los gastos incurridos en el ejercicio de la función de agente fiscal, pues se ajustan al manejo o administración de títulos y fondos del gobierno, y sobre la cual el ente demandado no presentó alguna objeción al no controvertir la información.

Así las cosas, la tarifa de control fiscal quedó liquidada en la suma de \$19.066.374, lo que genera la devolución de lo pagado en exceso debidamente actualizado, es decir \$924.802.878, suma sobre la cual se cobrarán intereses moratorios hasta su pago.

4. Recurso de apelación

³ Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 2 de agosto de 2017, radicado No. 25000-23-27-000-2012-00377-01 (20919) C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.

La Contraloría General de la República interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, haciendo énfasis en el control fiscal que ejerce dicho órgano así como el manejo de recursos públicos por parte del Banco de la República, cuyo patrimonio pertenece en 100% al Estado.

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

La parte demandante insistió en las razones expuestas durante todo el proceso. Enfatizó en que en una acción de tutela donde se cuestiona una providencia judicial de la Sección Cuarta del Consejo de Estado por un tema similar al que ahora se cuestiona, se expuso que para el caso del Banco de la República, la Contraloría desconoció que tanto la Constitución como la Ley ordenan que el control fiscal que debe ejercer sobre el banco debe limitarse a la gestión fiscal que éste último realice.

Solicitó que se tenga como referencia las dos sentencias proferidas por el Consejo de Estado en las que declaró la nulidad parcial de las liquidaciones de la tarifa fiscal correspondiente a las vigencias 2010 y 2011⁴.

La parte demandada reiteró lo expuesto en el recurso de apelación. Así mismo, expuso que la providencia citada por el Tribunal no puede considerarse como precedente dado que obedece a otra vigencia fiscal.

Señaló que la información suministrada por el Banco desconoce las directrices dadas por la Contraloría y no se tiene certeza de que fueron estos los gastos y no otros los que se ejecutaron en virtud de la gestión fiscal. Del mismo modo, el Banco acogió una metodología contable que no corresponde a la información oficial suministrada al ente de control y no contiene los soportes que den cuenta de su distribución o prorratio.

Expuso que las sentencias de la Corte constitucional del año 1993 no son las únicas que se han proferido sobre el tema y que se

⁴ Citó las sentencias proferidas en los procesos identificados con los números internos 21791 y 20919.

desconoce que la ejecución de presupuesta implica el ejercicio de gestión fiscal.

6. Concepto del Ministerio Público

Solicitó se confirme la sentencia de primera instancia. Indicó que el Consejo de Estado en anteriores ocasiones, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional, han señalado que el control fiscal para el Banco de la República es limitado a dos asuntos: la administración de recursos de la Nación u otros entes públicos y la ejecución de actos o funciones de gestión fiscal.

Así las cosas, la base gravable debe componerse por la información suministrada por el Banco en relación con su gestión fiscal 2011, la cual no fue desvirtuada por la parte demandada.

CONSIDERACIONES

1. Cuestión previa

Antes de resolver el asunto de fondo, se precisa que mediante oficio del 18 de enero del año en curso, la Consejera de Estado Stella Jeannette Carvajal Basto manifestó encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 141 del CGP⁵, porque conoció en instancia anterior de este proceso como Magistrada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En consecuencia, solicitó que se acepte el impedimento y se le separe del conocimiento del asunto de la referencia.

En consideración a las razones expuestas por la Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto para declararse impedida y con fundamento en el numeral 2 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del CPACA⁶, la Sala, encuentra

⁵ "Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente".

⁶ "Los magistrados y jueces deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos señalados en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil [actual Código General del Proceso] y, además, en los siguientes eventos: [...]"

fundada la solicitud de impedimento, motivo por el cual, la acepta y, en consecuencia, se le separa del conocimiento del presente proceso.

2. Problema jurídico

En los términos del recurso de apelación y la sentencia de primera instancia, le corresponde a la Sección determinar si la tarifa de control fiscal liquidada al Banco de la República tuvo en consideración el régimen especial de esta entidad, o si era procedente la modificación de la base gravable.

3. Control fiscal

La Constitución Política de 1991 en su artículo 267 le otorgó a la Contraloría General de la República la función de vigilancia de la gestión fiscal que adelante la administración y los particulares que manejen recursos de la Nación.

En desarrollo de este mandato constitucional se expidió la Ley 42 de 1993, que en su artículo 4⁷ define el control fiscal como una función pública que busca vigilar el manejo de fondos o bienes del Estado, bien sea por la misma administración, por los particulares o entidades en todos los órdenes y niveles. Del mismo modo, en su artículo 2⁸ consagró los sujetos pasivos del control fiscal, de los cuales resalta la sala al Banco de la República.

Adicionalmente, en la Ley 106 de 1993, artículo 4, se señaló que por el ejercicio de la función del control fiscal habrá un cobro de una Tarifa de Control Fiscal a los sujetos fiscalizados. Esta tarifa es equivalente a la de aplicar un factor *resultante de la fórmula de dividir el presupuesto de funcionamiento de la Contraloría sobre la*

⁷ **ARTÍCULO 4o.** El control fiscal es una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles (...)

⁸ **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 y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de 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 lo relacionado con éstos y el Banco de la República. (...)

sumatoria del valor de los presupuestos de los organismos y entidades vigiladas, al valor de los presupuestos de cada organismo o entidad vigilada.

4. Vigilancia y control fiscal al Banco de la República

4.1 Sobre la gestión fiscal adelantada por el Banco de la República, así como la vigilancia que se ejerce sobre esta entidad, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-529 de 1993, en la cual se estudió la exequibilidad de los artículos 2, 42 y 108 de la mencionada Ley 42 de 1993, en los siguientes términos:

“11.5 Siempre que se celebre el respectivo contrato con el Gobierno o las demás entidades públicas, el Banco de la República puede actuar como banquero y agente

fiscal del Gobierno y, en los términos de la Ley 31 de 1992, artículo 13, desempeñar las siguientes funciones: "a) A solicitud del Gobierno, actuar como agente fiscal en la contratación de créditos externos e internos y en aquellas operaciones que sean compatibles con las finalidades del Banco; b) Otorgar créditos o garantías a favor del Estado en las condiciones previstas en el artículo 373 de la Constitución Política; c) Recibir en depósito fondos de la Nación y de las entidades públicas. La Junta Directiva señalará los casos y las condiciones en que el Banco podrá efectuar estas operaciones; d) Servir como agente del Gobierno en la edición, colocación y administración en el mercado de los títulos de deuda pública; e) Prestar al Gobierno Nacional y otras entidades públicas que la Junta determine, la asistencia en asuntos afines a la naturaleza y funciones del Banco".

11.6 Las funciones descritas del Banco de la República giran alrededor de la moneda, las reservas y el crédito.

La moneda legal es la expresión misma de un signo monetario al que la ley le asigna el carácter de único medio de pago de curso legal con poder liberatorio inmediato (Ley 31 de 1992 art. 8º). La moneda que emite el Banco de la República no representa obligación alguna a cargo del tesoro y no es, por lo tanto, recurso fiscal.

El crédito cuya regulación se confía al Banco de la República no es tampoco recurso fiscal. Se trata de una función indispensable de la economía que permite, en términos generales, la financiación de los déficits que registran temporalmente ciertas unidades económicas, los cuales tienden a enjugarse con base en los superávits que arrojan las restantes. El Banco de la República interviene en el mercado del crédito estableciendo su marco regulatorio en aspectos tan vitales como la fijación de encajes y la adopción de políticas en materia de las tasas de interés. De otra parte, en los casos

previstos en la Constitución, excepcionalmente el Banco de la República puede abrir cupos de crédito e intermediar líneas de crédito externas (CP art. 373). Por lo visto la regulación del crédito no tiene como referente recursos fiscales sino el ahorro público y no obra, en consecuencia, sobre los ingresos recaudados por el estado y sus utilidades.

La función del Banco de la República como agente fiscal del gobierno tampoco trasluce una competencia fiscal originaria. Por el contrario, sus actuaciones en este campo requieren necesariamente de la previa celebración de los contratos con el gobierno nacional y las demás entidades públicas. Las obligaciones que contrae el banco son las que se convienen en dichos contratos y en ellos se deben consagrar los métodos y mecanismos de control. Como función inmediatamente derivada de un título contractual, la gestión fiscal que pueda ejecutar el Banco de la República se sujetará a la vigilancia fiscal eventual y operativa por parte de la Contraloría General de la República que, en este caso, se restringe a la actividad y bienes objeto del respectivo contrato.

Finalmente, la función del Banco de la República como eje del sistema financiero - banquero y prestamista de última instancia - se encuentra relacionada con la concesión directa de crédito a las entidades financieras en los casos previstos en la ley. No siendo asimilable el crédito a bien o recurso fiscal, no es posible otorgarle a ésta función carácter fiscal.

11.7 La gestión fiscal se asienta en el principio de legalidad y en los modernos criterios de eficiencia, eficacia y economía, las que a su turno se vinculan con la idea de racionalidad, cumplimiento de las metas propuestas y ahorro en el manejo y administración de los recursos fiscales. La legitimidad del recaudo y del gasto público no es ajena a los mencionados principios. Ello explica que la finalidad de la vigilancia fiscal consista básicamente en la verificación de su cumplimiento.

(...)

A la luz de las consideraciones anteriores es evidente que someter el Banco de la República al control fiscal total que ejerce la Contraloría General de la República contraría el texto y el espíritu de las normas constitucionales. Adicionalmente, desconoce los límites de la materia fiscal y desvirtúa los propios de la monetaria, crediticia y cambiaria, amén de que el principio de eficiencia y economía dejan de observarse al pretender sumar al sistema de control especialmente estructurado para el Banco de la República otro que no es idóneo para los fines que persigue y que en todo caso resultará redundante (CP art. 209).

En consecuencia, se declarará la exequibilidad de la frase "y el Banco de la República" que aparece en el artículo 2º de la Ley 42 de 1993, así como su parágrafo y las demás expresiones demandadas, en cuanto se refieren al Banco de la República, pero en el entendido que respecto de éste y de las funciones que la Constitución Política le atribuye en el artículo 371 el control

se circunscribirá a los actos de gestión fiscal que realice y en la medida en que lo haga.».

Este criterio fue reiterado por el tribunal constitucional en las Sentencias C-566 de 2000 y C-827 de 2001.

4.2 De conformidad con estas pautas, la Sección⁹ ha resaltado que el control fiscal al Banco de la Republica es eventual, toda vez que solo proceden en dos eventos. El primero consiste en la administración de recursos de la Nación o de otras entidades públicas y el segundo en la ejecución de actos o el cumplimiento de actividades de gestión fiscal y en la medida en que lo haga.

De igual forma, la Corte resaltó que esta gestión fiscal por parte del Banco recae, especialmente, sobre las obligaciones adquiridas en la celebración de contratos con el Gobierno Nacional y las entidades públicas, en los términos del artículo 13 de la Ley 31 de 1992¹⁰.

Así las cosas, la Contraloría ejerce un control fiscal el cual es excepcional. Lo anterior, sin perjuicio del control administrativo que ejerce el Presidente de la República, el cual es permanente y recae sobre todas las actividades del Banco.

4.3 Así mismo, en el Decreto 267 de 2000, se señalan los sujetos de vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría, entre los que se encuentra el Banco de la República.

Así lo consagra el artículo 4:

“Artículo 4. Sujetos de vigilancia y control fiscal. Son sujetos de vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría General de la República:

⁹ Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencias del 2 de agosto y 25 de octubre de 2017, radicados No. 25000-23-27-000-2012-00377-01 (20919) y 25000-23-27-000-2012-00137-01 (21791) C.P Stella Jeannette Carvajal Basto y Milton Chaves García, respectivamente

¹⁰ Artículo 13. Funciones. El Banco de la República podrá desempeñar las siguientes funciones en relación con el Gobierno:

a) A solicitud del Gobierno, actuar como agente fiscal en la contratación de créditos externos e internos y en aquellas operaciones que sean compatibles con las finalidades del Banco (...)

(...)

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”

Es por lo anterior, que la Sala, en oportunidades anteriores¹¹, concluyó que *el control fiscal que corresponde ejercer a la Contraloría General de la República sobre el Banco de la República no recae, como si ocurre con otros sujetos, sobre toda su actividad, sino que ha sido restringido a precisas actuaciones dada la naturaleza especial y funciones que le corresponden y que le han sido asignadas por la Ley. En esa medida, la tarifa de control fiscal también es expresa y especial para el Banco de la República, diferente al resto de los demás entes”.*

5. Caso concreto

5.1 En los actos demandados, específicamente en la Resolución No. 0005 del 11 de febrero de 2013, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición, se expuso que se liquidó la tarifa de control fiscal para el Banco de la República, partiendo del siguiente presupuesto de la entidad vigilada:

ITEM	Valor ejecutado
1.TOTAL EJECUCIÓN PARA TARIFA	\$474.639.417.470,00
1.1 TOTAL EJECUCIÓN FUNCIONAMIENTO	\$402.472.417.470,00
1.1.1 EGRESOS CORPORATIVOS TOTAL	\$297.926.606.009,00
egresos corporativos	\$273.106.447.552,00
gastos de personal	\$221.870.790.587,00
gastos generales	\$51.235.656.965,00
otros egresos corporativos	\$24.820.158.457,00
impuestos	\$6.781.072.065,00
seguros	\$6.051.203.711,00

¹¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencias del 2 de agosto y 25 de octubre de 2017, radicados No. 25000-23-27-000-2012-00377-01 (20919) y 25000-23-27-000-2012-00137-01 (21791) C.P Stella Jeannette Carvajal Basto y Milton Chaves García, respectivamente

contribuciones y afiliaciones	\$3.020.060.391,00
gastos culturales	\$7.562.672.572,00
Becas a estudiantes dif a empleados	\$1.405.149.718,00
1.1.2 presupuesto de pensionados	\$104.545.811.461,00
1.2 TOTAL EJECUCIÓN PPTO INVERSIÓN	\$72.167.000.000,00

En ese mismo acto se manifestó que si bien el Banco de la República suministró una información que corresponde a un costo prorrateado del servicio de administración de Títulos de tesorería TES y DCV, así como de FAEP, títulos de FOGAFIN, de Desarrollo Agropecuario, estos datos *no pueden ser asimilados al presupuesto del Banco para darle cabida al criterio utilizado por el artículo 4º de la Ley 106 de 1993 para desarrollar la fórmula que liquida la Tarifa de Control Fiscal*. A lo anterior debe sumarse el hecho que para el ente de control no se puede establecer sin lugar a dudas que dicha información corresponda únicamente a las funciones adelantadas por el Banco como agente fiscal.

5.2 Revisado el régimen presupuestal del Banco de la República

publicado en la página web de la entidad, se observa que los rubros implementadas por la Contraloría para calcular la base del tributo se han definido en los siguientes términos¹²:

- **Presupuesto Corporativo:** Comprende los ingresos y egresos de la Entidad relacionados con su existencia como persona jurídica, con excepción de los que se reflejan en el presupuesto monetario.
- **Presupuesto de Inversión e inventarios:** Comprende la estimación de los recursos necesarios para la adquisición y reposición de bienes muebles e inmuebles que la Entidad requiera para el cumplimiento de sus funciones, conceptos que, por su naturaleza, forman parte de los activos no monetarios en los estados financieros.

Este presupuesto corporativo contiene, más específicamente, *los ingresos y egresos del Banco diferentes a los incorporados en los presupuestos monetario y de especies monetarias. Los ingresos corporativos incorporan, entre otros, las comisiones por servicios bancarios, los servicios fiduciarios e ingresos del área cultural. Los egresos corporativos incluyen los gastos de personal, los gastos*

¹² <http://www.banrep.gov.co/es/marco-legal-planeacion-y-presupuesto>

*generales, otros gastos corporativos y los gastos de pensionados*¹³.

5.3 Así las cosas, tal y como lo reconoce la misma Contraloría, al liquidar la tarifa de control fiscal para el Banco de la República se imputaron a la base gravable la totalidad de los gastos ejecutados en los presupuestos corporativos y de inversión, los cuales como se expuso anteriormente, no tienen relación con las actividades de gestión de esta entidad.

Se recuerda que de conformidad con los precedentes de la Corte Constitucional y de esta Corporación, citados en los numerales anteriores, para la determinación de la Tarifa de Control Fiscal sólo puede analizarse el presupuesto implementado para las actividades de gestión fiscal.

5.4 En este caso, se observa que desde la interposición de los recursos en sede administrativa, el Banco de la República informó los gastos en los que incurrió para el ejercicio de la función fiscal en la vigencia fiscal 2011 y que constituyen la base gravable de la Tarifa para la vigencia 2012.

Estos gastos son¹⁴:

Servicios administrados por el Banco	Costos por la administración Año 2011 (pesos)
Títulos de Tesorería TES y DCV	7.317.122.652
Administración del FAEP	2.721.891.290
Títulos FOGAFIN	6.918.479
Títulos de Desarrollo Agropecuario	195.504.977
Otros títulos – Gobierno Nacional	1.125.458.449
Administración FRECH	929.221.644
TOTALES	12.296.117.491

¹³ <http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/paginas/regimen-presupuestal.pdf>

¹⁴ Ver folio 25

Si bien, la Contraloría General del República indica que no hay seguridad sobre si tal información corresponde a los gastos, lo cierto es que no explica las razones que lo llevan a esa presunta incertidumbre ni mucho menos indica que parte de dichos rubros no pueden tomarse como ejecución de actividades de gestión fiscal.

5.5 Es por lo anterior que la Sala comparte la providencia apelada que liquidó la Tarifa de Control Fiscal teniendo como base gravables los valores del numeral 5.4. No obstante, no se comparte el cálculo realizado por el Tribunal respecto al valor de la tarifa de control año 2011. Nótese que por dicho concepto se señaló un valor de \$747.038.570:

DESCRIPCIÓN	LIQUIDACIÓN CGR	LIQUIDACIÓN TRIBUNAL	
Total costos	\$474.639.417.470	\$12.296.117.491	
Valor tarifa de control año 2011	\$747.038.570	\$747.038.570	
Base gravable	\$473.892.378.900	\$11.549.078.921	
Índice tarifa de control fiscal año 2012	0,0016509	0,0016509	SUMA PAGADA EN EXCESO
Total a pagar	\$782.349.295	\$19.066.374	\$763.282.554

Sin embargo, en la providencia del 02 de agosto de 2017, la cual fue citada por el mismo Tribunal, esta Sala estableció que la tarifa de control fiscal para el Banco de la República para el año 2011 era de \$21.545.474.

Así las cosas, la liquidación quedará en los siguientes términos:

DESCRIPCIÓN	LIQUIDACIÓN CGR	LIQUIDACIÓN TRIBUNAL	LIQUIDACIÓN CONSEJO ESTADO	
Total costos	\$474.639.417.470	\$12.296.117.491	\$12.296.117.491	
Valor tarifa de control año 2011	\$747.038.570	\$747.038.570	\$21.545.474	
Base gravable	\$473.892.378.900	\$11.549.078.921	\$12.274.572.017	
Índice tarifa de control fiscal año	0,0016509	0,0016509	0,0016509	SUMA PAGADA EN EXCESO

2012				
Total a pagar	\$782.349.295	\$19.066.374	\$20.264.090	\$762.085.205

Del mismo modo, si bien hay lugar a indexar el valor pagado en exceso, dicha indexación deberá realizarse a la fecha de ejecutoria de esta providencia y no a la sentencia del Tribunal. Sobre esa suma de dinero se ordenará el pago de intereses moratorios. En consecuencia, se modificará el numeral 2 literales a y b de la sentencia del 4 de octubre de 2017, de manera que el ajuste se hará atendiendo la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor ajustado (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el mayor valor pagado por el contribuyente - \$762.085.205 - por el número que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial, esto es, el vigente al momento de cada pago.

Asimismo, respecto de la suma actualizada proceden intereses moratorios, en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.

6 Sobre la condena en costas

No habrá lugar a condena en costas (gastos o expensas del proceso y agencias del derecho) porque en el expediente no se probó su causación, como lo exige el numeral 8 del artículo 365 del CGP, aplicable al caso concreto por expresa remisión del artículo 188 del CPACA.

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

FALLA

1. Declarar fundado el impedimento manifestado por la doctora Stella Jeannette Carvajal Basto.

2. Modificar la providencia del 4 de octubre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta – Subsección “A”, en relación con el numeral 2 literales a y b, los cual quedarás así:

“SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho:

A) FIJAR la tarifa de control fiscal para la vigencia 2012 a cargo del Baco de la República, en la suma de VEINTE MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL NOVENTA PESOS (\$20.264.090)

B) ORDENAR a la Contraloría General de la República devolver al Banco de la República, la suma de SETECIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES OCHENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS CINCO PESOS (\$762.085.205) ajustada conforme con lo dispuesto en la parte motiva. Dicha suma devengará intereses de mora en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.

3. Confirmar los demás aspectos de la sentencia de primera instancia

4. Sin condena en costas en esta instancia

5. Reconocer personería jurídica al abogado Oscar Gerardo Arias Escamilla como apoderado de la parte demandada, en los términos del poder obrante a folio 383 del cuaderno principal.

6. Devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha

**JULIO ROBERTO PIZA
RODRÍGUEZ**

Presidente de la Sección

MILTON CHAVES GARCÍA

**JORGE OCTAVIO RAMÍREZ
RAMÍREZ**