

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 08001233100020090022601

Actora: Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. ELECTRICARIBE

Demandada: Contraloría General de la República

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de fecha 2 de marzo de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

La sociedad actora por conducto de apoderado judicial, interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 CCA,

contra la Contraloría General de la República, con el fin de que se reconozcan las siguientes:

1.1. Pretensiones:

-Que se declare la nulidad de la **Resolución N° 01386 del 24 de octubre de 2007**, *“Por la cual se fija la tarifa de control fiscal para la vigencia fiscal de 2007 a la Electrificadora del Caribe 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 00261 del 13 de marzo de 2008**, *“Por medio de la cual se decide el Recurso de Reposición y en Subsidio de Apelación contra la Resolución Ordinaria N° 01386 del 24 de octubre de 2007 que fija la tarifa de control fiscal, vigencia 2007, a la Electrificadora del Caribe 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 00798 de agosto 6 de 2008**, *“Por medio de la cual se decide el Recurso de Apelación interpuesto por ELECTRICARIBE S.A. contra la Resolución Ordinaria N° 01386 de 24 de octubre de 2007 que fija tarifa de control fiscal para la vigencia 2007”*, expedida por la Vicecontraloría General de la República.

-Que se declare la nulidad de la **Resolución 01385 de octubre 24 de 2007**, *“Por la cual se fija la tarifa de control fiscal para la vigencia fiscal de 2007 a la Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. E.S.P.”*.

-Que se declare la nulidad de la **Resolución N° 00262 de marzo 13 de 2008**, *“Por medio de la cual se decide el Recurso de Reposición y en Subsidio de Apelación contra la Resolución Ordinaria N° 01385 del 24 de octubre de 2007 que fija la tarifa de control fiscal, vigencia 2007, a la Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. E.S.P.”.*

-Que se declare la nulidad de la **Resolución N° 00799 de agosto 6 de 2008**, *“Por medio de la cual se decide el Recurso de Apelación interpuesto por ELECTRIFICADORA DE LA COSTA ATLANTICA S.A. E.S.P.- ELECTROCOSTA S.A. E.S.P., contra la Resolución Ordinaria 01385 de 24 de octubre de 2007 que fija la tarifa de control fiscal para la vigencia 2007”.*

-Que como consecuencia de la prosperidad de cualquiera de las peticiones anteriores, se restablezca el derecho de la sociedad ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., mediante sentencia que declare que no está obligada a pagar la tarifa de control fiscal fijada en el artículo 1° de la parte resolutive de la Resolución Ordinaria N° 01386 del 24 de octubre de 2007, confirmada por las resoluciones 00261 del 13 de marzo y 00798 del 6 de agosto ambas de 2008.

-Que como consecuencia de la prosperidad de cualquiera de las peticiones anteriores, se restablezca el derecho de la sociedad ELECTROCOSTA S.A. E.S.P., mediante sentencia que declare que no está obligada a pagar la tarifa de control fiscal fijada en el artículo 1° de la parte resolutive de la Resolución Ordinaria N° 01385 del 24 de octubre de 2007, confirmada por las resoluciones 00262 del 13 de marzo y 00799 del 6 de agosto ambas de 2008.

-Que como consecuencia de la prosperidad de cualquiera de las pretensiones anteriores, solicita se restablezca el derecho de la sociedad demandante, mediante sentencia que ordene devolver y/o desembargar los recursos o bienes junto con los intereses de mora o indexación que hubiera realizado la actora.

1.2. Hechos:

Afirma el apoderado de la demandante que ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.¹, 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° 2274 otorgada en la Notaría 45 de Bogotá el 6 de julio de 1998.

Sostiene que la participación de particulares en el capital social de ELECTRICARIBE representa actualmente un porcentaje superior al 83% del capital suscrito y pagado, por lo que según el artículo 14.7 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.

Destaca que ELECTRICARIBE no administra ni maneja bienes de entidades públicas y que mediante Resolución Ordinaria N° 01386 del 25 de octubre de 2007, la Contraloría General de la República le fijó la tarifa de control fiscal para la vigencia 2007, en la suma de \$193.157.179,00, acto frente al cual la actora interpuso recurso de reposición y en subsidio

¹ Entre las sociedades ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. y ELECTROCOSTA S.A. E.S.P. se llevó a cabo fusión de absorción en virtud de la cual ELECTRICARIBE absorbió a ELECTROCOSTA, mediante Escritura Pública N° 3.049 del 31 de diciembre de 2007, otorgada en la Notaría Tercera de Barranquilla, tal y como lo acredita el certificado de existencia y representación legal 13212118 del 3 de marzo de 2009 expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla, visible a folios 26 a 37 del Cuaderno Principal

apelación, siendo confirmada la resolución 01386 mediante resoluciones 00261 del 13 de marzo y 00798 del 6 de agosto ambas de 2008.

Sostiene que mediante Resolución Ordinaria N° 01385 del 24 de octubre de 2007, la Contraloría General de la República fijó a ELECTROCOSTA la tarifa de control fiscal para la vigencia 2007, en la suma de \$178.929.02,00, resolución que fue objeto de los recursos de reposición y de apelación confirmados mediante resoluciones 00262 del 13 de marzo y 00799 del 6 de agosto ambas de 2008.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación:

Los actos administrativos acusados vulneran las siguientes normativas: los artículos 29, 209 y 267 de la Constitución Política; 98 Código de Comercio; 3 y 84 CCA; 14 numeral 7, 17, 19 numeral 15, 27 numerales 4 y 7, 32, 50 y 186 de la Ley 142 de 1994; 76 de la Ley 143 de 1994; 2 y 3 de la Ley 42 de 1993; 4° de la Ley 106 de 1993 y 4° del Decreto 267 de 2000.

En criterio del apoderado de la actora, ELECTRICARIBE no es sujeto de control fiscal debido a que es una empresa de servicios públicos domiciliarios privada, no administra ni maneja bienes de la nación y no ejerce una función pública, motivo por el cual no está obligada al pago de la tarifa de control fiscal.

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.

Aduce que en el tema específico del control fiscal en empresas de servicios públicos constituidas o que cuenten con aportes oficiales, el artículo 27 numeral 4 de la Ley 142 de 1994, estableció unas reglas especiales para su interpretación, pero que con la expedición de la Ley 689 de 2001, se modificó el artículo 50 de la Ley 142, reiterando el principio de los límites al control fiscal en las empresas de servicios públicos privadas, disposición legal que fue objeto de revisión por la Corte Constitucional mediante sentencias C-1191 de 2000, C-290 del 2002 y C-396 de 2002.

Insiste el apoderado judicial que la actora no es sujeto de control fiscal porque no hace parte del sistema de integración de la rama ejecutiva del poder público; no administra ni maneja recursos públicos y tiene una participación estatal minoritaria, cuyo titular es la Nación, de modo que sobre estos aportes se debería limitar la vigilancia de la Contraloría.

Reiteró que en la medida en que el patrimonio de la actora es propio, independiente y de naturaleza privada, no se está en la situación planteada en los artículos 27-4 y 50 de la Ley 142 de 1994, por lo que ELECTRICARIBE al no administrar ni manejar bienes de la Nación, no es susceptible de control fiscal a pesar de reconocer que el Estado pueda tener algunas acciones en la sociedad, requisito indispensable para la imposición de la tarifa fiscal.

Otro argumento de la demanda consiste en que ELECTRICARIBE no hace parte de la rama ejecutiva del poder público, de acuerdo con apartes que cita de fallos expedidos por esta Corporación² según los cuales, las empresas de servicios públicos de naturaleza privada como la actora, no forman parte de la administración pública, por ende no pueden ser objeto de control fiscal y menos del pago de la tarifa por dicho control.

² Cita apartes de la sentencia de la Sección Tercera del 3 de diciembre d 2008 radicado 20070007000 exp. 34.745 M.P. Mauricio Fajardo Gómez

De otra parte, afirma el apoderado de la demandante que el servicio público de energía eléctrica que presta ELECTRICARIBE, no constituye propiamente una función pública, por cuanto ambos conceptos son distintos, motivo por el cual considera que por el hecho de que la actora sea un particular que presta el servicio de energía eléctrica no implica *per se*, que esté cumpliendo una función pública.

El otro cargo de la demanda consistió en la violación al debido proceso por motivación insuficiente en la expedición de las resoluciones 01385 y 1386 ambas del 24 de octubre de 2007, mediante las cuales la Contraloría General de la República fijó la tarifa fiscal de control fiscal para la vigencia 2007, como quiera que estos actos no señalaron los fundamentos y las razones por las cuales tanto ELECTRICARIBE como ELECTROCOSTA cuando existía, eran objeto de control fiscal omisión que es suficiente para considerar que los actos estuvieron deficientemente motivados, circunstancia que viola el derecho de defensa de la actora.

En suma para el apoderado de la demandante, los actos acusados no indicaron de forma específica, clara y concreta la causa de la obligación fiscal, como tampoco explicaron de qué forma determinó el valor que debían cancelar en la suma de \$193.157.179 y \$178.929.023. Lo anterior, por cuanto las resoluciones demandadas no determinaron cuánto era el monto de la participación de la Nación tanto en ELECTRICARIBE como en ELECTROCOSTA, dato indispensable para señalar la tarifa fiscal, omisión que genera la violación del derecho de defensa.

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA:

La Contraloría General de la República a través de apoderada judicial, presentó escrito³ en el que se opuso a las pretensiones de la demanda por lo que solicitó se denegaran las súplicas de la demandada.

Afirmó que el marco normativo que sirvió de fundamento legal para la expedición de los actos administrativos demandados, está en los artículos 267 de la Constitución Política que señala que corresponde a la Contraloría General de la República adelantar el control fiscal; la Ley 42 de 1993 *“Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”*; el artículo 2° de la 106 de 1993 que establece en favor de la Contraloría General de la República la obligación de cobrar la tarifa de control fiscal a los órganos y entidades fiscalizadas; y en el Decreto 267 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”*.

Aclaró que el control fiscal no nace de la clase, modalidad o estructura que posea 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 la Nación para su manejo y/o administración, refiriéndose a la naturaleza jurídica interna de la actividad desarrollada y no en relación con el órgano que realiza la actividad o produce el acto.

Señaló que según la definición de gestión fiscal del artículo 3° de la Ley 610 de 200, queda claro que el alcance de la competencia de la Contraloría General de la República en materia de control fiscal de dineros y bienes de la Nación, es amplio, pues le corresponde vigilar la correcta utilización de dichos recursos a través de las múltiples etapas de su ejecución.

³ Obra a folios 224 al 241 del Cuaderno Principal

Del mismo modo, la apoderada de la Contraloría manifestó que no puede perderse de vista que el cobro de la tarifa fiscal en los términos del artículo 4° de la Ley 106 de 1993, no implica el cobro de una tasa, contribución o tributo pues según jurisprudencia de la Corte Constitucional, corresponde a un tributo especial, derivado de la facultad impositiva del Estado, según el numeral 12 del artículo 150 y el 338 de la Carta Política.

Luego se refirió al tema del régimen jurídico de las Empresas de Servicios Públicos ESP, afirmando que la Ley 142 de 1994 introdujo normas especiales relativas al tipo o forma de las empresas dedicadas a este cometido y las reglas sobre los aportes de las entidades públicas, particularmente el artículo 19 **idem** se refiere al tema del pago de las acciones en las que los socios en este caso las entidades públicas, pagan sus acciones transfiriendo a las ESP los bienes aportados.

A su vez destacó que el artículo 14 **ibidem** clasificó las ESP como oficiales, mixtas y privadas según el porcentaje que en su capital posean la Nación o las entidades territoriales o las descentralizadas de aquella o de éstas.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante providencia del 2 de marzo de 2011 el Tribunal Administrativo del Atlántico denegó las pretensiones de la demanda, al considerar que la entidad demandante sí es sujeto de control fiscal y por ende está sometida al pago de la respectiva tarifa.

La anterior decisión teniendo de presente el artículo 4° de la Ley 106 de 1993 que estableció el cobro de la tarifa fiscal en cabeza de la Contraloría General de la República; la Ley 330 de 1996 que en el artículo 13 extendió el pago de la cuota de control fiscal a los departamentos, entidades descentralizadas y a los sujetos que son objeto de control fiscal por parte de las contralorías departamentales, según el artículo 2° de la Ley 42 de 1993.

Destacó que el artículo 50 de la Ley 142 de 1994, de forma expresa señaló que 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.

Señaló que en el caso concreto la Electrificadora del Caribe S.A. es una empresa de servicios públicos domiciliarios constituida con ocasión del proceso de vinculación de capital al sector eléctrico de la Costa Atlántica y que con fundamento en la prueba obrante a folios 251 a 254 del expediente, la composición accionaria de la Compañía al cierre del año fiscal 2007 fue de la siguiente participación: accionistas privados 86.00%; accionistas públicos 10.11% y accionistas mixtos 3.89%.

Afirmó el a quo que la Corte Constitucional mediante sentencias C-1148 del 31 de octubre de 2001 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y C-655 del 5 de agosto de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil, dejó sentado que ningún ente puede abrogarse el derecho de no ser fiscalizado cuando tenga que ver directa o indirectamente con los ingresos públicos o bienes de la comunidad y que, en el caso de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación, el cálculo de la tarifa de control fiscal se hace con el monto de tales fondos y no con los que le corresponda al ente particular pues frente a estos, la Contraloría no ejerce fiscalización.

El Tribunal Administrativo del Atlántico mencionó que en el caso de ELECTRICARIBE, en la medida que maneja fondos o bienes cuya titularidad le corresponde en un porcentaje al Estado, es objeto de control fiscal por parte de la Contraloría General de la República por lo que está sujeta también a la cuota de vigilancia fiscal, tal y como lo ordenaron los actos demandados.

De otra parte, el Tribunal no acogió el cargo relativo a la falta o insuficiente motivación de que adolecen las resoluciones demandadas, porque en el sentir de la parte actora no se motivó el origen de la obligación imputada a ELECTRICARIBE, ni el monto y forma de determinación de la misma.

Lo anterior, al considerar que la Contraloría en los actos acusados y más específicamente en las resoluciones que decidieron los recursos interpuestos, si efectuó una reseña acerca de los fundamentos constitucionales y legales que originaron la decisión de haber fijado la tarifa de control fiscal para el año 2007, así como también se refirió al alcance de la vigilancia de la gestión fiscal ejercida por el ente de control y la tarifa de control fiscal, por lo que encontró suficientemente motivados los actos, para lo cual transcribe algunos apartes de una de las resoluciones demandadas.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La sociedad actora interpuso y sustentó recurso de apelación⁴, mediante el cual solicitó la revocatoria de la providencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

⁴ Figura a folios 298 a 315 del Cuaderno Principal

Afirmó que el tribunal de primera instancia interpretó, analizó y desarrolló de forma equivocada el cargo relativo a la falsa motivación que se alegó en la demanda, al no resolverlo realmente, ya que el fallador no tuvo en cuenta como objeto de análisis, la violación al debido proceso en la expedición de las resoluciones 01385 y 01386 sino que se refirió fue a las resoluciones que resolvieron los recursos interpuestos.

Considera que por lo anterior, el fallo apelado llegó a la conclusión de que ninguna de las dos omisiones incurridas en la motivación de las resoluciones 01385 y 01386 configuraba violación al debido proceso de la actora, decisión a la que llegó sin que en el cuerpo de la sentencia apareciera un análisis propio que se refiriera al contenido de estos actos y en el que se explicara por qué sí estaban debidamente motivados los actos.

La motivación insuficiente la hace consistir el apelante en el hecho de que las anteriores resoluciones, en la medida en que fijaron la tarifa de control fiscal que tenía que pagar ELECTRICARIBE, debían contener en su texto o en documentos anexos, la explicación clara y completa acerca de la forma en que se hizo la liquidación, mencionando qué fórmula se aplicó, sobre qué base gravable, con fundamento en qué ingresos y por qué causa, tal y como se requiere para cualquier acto de liquidación de tributo, pues no se puede perder de presente que la naturaleza jurídica de la tarifa de control fiscal responde a la de un tributo, tal y como lo sostuvo la Corte Constitucional en Sentencia C-1148 de octubre 31 de 2001.

Censuró que la Contraloría al expedir las resoluciones 01385 y 01386 de 2007 que determinaron la tarifa de control fiscal, no manifestó por qué causa

la actora era sujeto de control fiscal a pesar de que transcribió los doce casos de los sujetos de vigilancia y control fiscal que señala el artículo 4° del Decreto 267 de 2000, pero no explicó exactamente cuál de todos ellos era la causal en la cual se encuadra la actora, omisión que genera la violación al derecho de defensa de esta sociedad.

Otro argumento de controversia consistió en que en los actos demandados de nulidad, la Contraloría no explicó de qué forma arribó al valor que deben pagar ELECTRICARIBE y ELECTROCOSTA, sino que se limitó a señalarlo. Por tanto critica que los actos por manera alguna expusieron de qué forma se interrelacionaban los valores que señaló y como influían en el valor de los montos del tributo, tampoco se les liquidó la tarifa respectiva, no se indicó cómo se determinó la proporción de la suma con la que la actora y electrocosta debían contribuir al total del presupuesto de la Contraloría. Advierte que en la resolución que resolvió el recurso de reposición, la Contraloría sí explicó acerca de la forma de liquidación de la tarifa, lo que no desdibuja la insuficiente motivación de los actos iniciales demandados, ni subsana la causal de nulidad esgrimida.

El segundo tema desarrollado en la apelación alude a que la actora, no está sometida al control fiscal sino que este control sólo se ejerce sobre el aporte a capital que hizo la Nación a esta sociedad, pero no sobre la sociedad en sí misma. Afianza esta afirmación diciendo que a pesar de la participación que la Nación tiene del 13% en el capital de ELECTRICARIBE, esta situación no convierte a la sociedad en persona jurídica independiente que es, en sujeto de control fiscal, sino que en tal caso el objeto del control vendría a ser sobre el aporte de la Nación en esta sociedad, pero no en la sociedad en sí misma, según lo dispone el artículo 50 de la Ley 142 de 1994.

Según el censor, este argumento no fue tenido en cuenta por el a quo pues en el fallo apelado sólo se limitó a afirmar que ELECTRICARIBE sí es sujeto de control fiscal y por ende está sometida al pago de la tarifa fiscal. Destaca que la actora en su condición de empresa de servicios públicos privada administra bienes propios, es decir, bienes y activos que han sido adquiridos, aportados por sus accionistas o utilizados con autorización de terceros y no bienes de la Nación, supuesto normativo consignado en el artículo 27 de la Ley 142 de 1994 que estableció las reglas especiales sobre la participación de entidades públicas en las empresas de servicios públicos, artículo que debe interpretarse armónicamente con el 50 **idem**, que fue modificado por la Ley 689 de 2001 y revisado por la Corte Constitucional mediante sentencias C-1191 de 2000, C-290 de 2002 y C-396 de 2002.

A juicio del apelante no se puede perder de presente que el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, establece que las únicas empresas de servicios públicos que integran la rama ejecutiva del poder público en el sector descentralizado por servicios son las empresas de servicios públicos oficiales, es decir, aquellas donde la Nación o las entidades territoriales, o las descentralizadas de aquellas, son titulares del 100% del capital social.

Por tanto considera que la actora, no se encuentra dentro de la clasificación contenida en la Ley 489 de 1998 y por ende, no puede ser objeto pasivo de control fiscal en los términos del artículo 2° de la Ley 42 de 1993.

Otro de los argumentos de la apelación consiste en que a juicio de la actora, resultó equivocada la consideración del a quo según la cual, ELECTRICARIBE es sujeto de control fiscal porque se encuentra in cursa en

la situación planteada en el numeral 12 del artículo 4° del Decreto 267 de 2000 que dice: *“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 al considerar el censor que la sociedad actora no administra ni maneja bienes de la Nación, pues una cosa es que el Estado tenga unas acciones de ELECTRICARIBE y otra distinta es que ese sólo hecho signifique, que la sociedad administra bienes públicos. Insiste en que la única participación que el Estado tiene en la actora, está representada en unas acciones, en virtud de las cuales éste 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.

De allí que según el recurrente, la Contraloría se debe limitar a vigilar la conducta de los accionistas o socios estatales, quienes son los que administran bienes estatales representados en unas acciones de ELECTRICARIBE, los cuales sí son sujetos de control fiscal, mas no debe vigilar a la sociedad actora.

Finalmente insiste que ELECTRICARIBE no hace parte de la administración pública, por ser una empresa de servicios públicos de naturaleza privada. De igual forma destaca que el servicio público de energía eléctrica que presta la actora no constituye función pública, diferenciando dos conceptos distintos como son el de servicio público y el de función pública y que por el hecho de que la actora sea un particular que presta el servicio público domiciliario de energía eléctrica no implica *per se* que esté cumpliendo una función pública.

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 conclusión⁵, 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 así sea en pequeño porcentaje según el artículo 28 de la Ley 42 de 1993 y el artículo 4° de la Ley 106 de 1993.

Estimó que el cobro de la tarifa de control fiscal como tal, si está bien determinado en los actos administrativos demandados que fijaron los elementos de la misma, como lo son el hecho generador y la base gravable. Así mismo, señaló que la naturaleza de las entidades o la actividad que desarrollan, no constituye justificante que impida o excluya el ejercicio del control fiscal, pues el fundamento de la vigilancia fiscal no es otro que verificar el manejo de bienes o recursos estatales, resultando por tanto intrascendente la naturaleza o el régimen al cual se encuentre sometida la actora, pues basta con que maneje bienes públicos para que pase a ser sujeto de control fiscal y por ende, obligada al pago de la tarifa.

⁵ Obra a folios 8 al 13 del Cuaderno de Segunda Instancia

Por su parte la empresa demandante reiteró los fundamentos de inconformidad esgrimidos in extenso en el recurso de apelación⁶.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Los Actos Administrativos demandados

Dada la extensión de los seis actos administrativos objeto de nulidad, sólo se transcribirán las resoluciones 01386 y 01385 de 2007.

“CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

RESOLUCION ORDINARIA N° 01386

OCTUBRE 24 DE 2007

*Por la cual se fija la tarifa de control fiscal para la vigencia fiscal de 2007 a la
Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P.*

EL DIRECTOR 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

CONSIDERANDO:

⁶ Mediante memorial visible a folios 14 al 22 de la misma encuadernación

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 al 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° 1110 de diciembre 27 de 2006, “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 \$182.195.102.620.

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 0.00192921.

Que el valor 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 2007 a la siguiente entidad, en las cuantías que a continuación se detallan:

NOMBRE DE LA ENTIDAD	APORTES DE LA NACION	RECURSOS PROPIOS	VALOR TOTAL
Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P.	\$0	\$193.157.179	\$193.157.179

(...)

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

Dada en Bogotá D.C. a los 24 días del mes de octubre de 2007

LUIS FERNANDO AYALA PABON

Director Oficina de Planeación"

No se hace la transcripción de las resoluciones 00261 del 13 de marzo de 2008 y 00798 del 6 de agosto de 2008, por cuanto al resolver los recursos de reposición y apelación interpuestos por ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., confirmaron la Resolución 01386 del 24 de octubre de 2007 reiterando los argumentos expuestos en esta resolución.

“CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

RESOLUCION ORDINARIA N° 01385

OCTUBRE 24 DE 2007

*Por la cual se fija la tarifa de control fiscal para la vigencia fiscal de 2007 a la
Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. E.S.P.*

EL DIRECTOR 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

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 \$94.440.468.869.625.

Que la Ley N° 1110 de diciembre 27 de 2006, “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 \$182.195.102.620.

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 0.00192921.

Que el valor 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 2007 a la siguiente entidad, en las cuantías que a continuación se detallan:

NOMBRE DE LA ENTIDAD	APORTES DE LA NACION	RECURSOS PROPIOS	VALOR TOTAL
Electrificadora de la Costa Atlántica S.A. E.S.P.	\$0	\$178.929.023	\$178.929.023

(...)

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

Dada en Bogotá D.C. a los 24 días del mes de octubre de 2007

LUIS FERNANDO AYALA PABON

Director Oficina de Planeación”

No se hace la transcripción de las resoluciones 00262 del 13 de marzo de 2008 y 00799 del 6 de agosto de 2008, por cuanto al resolver los recursos de reposición y apelación interpuestos por ELECTROCOSTA S.A.E.S.P., confirmaron la Resolución 01385 del 24 de octubre de 2007 reiterando los argumentos expuestos en esta resolución.

6.2. Estudio del recurso de apelación

De acuerdo con el extenso contenido del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la sociedad actora que absorbió a ELECTROCOSTA S.A. E.S.P., observa la Sala que son en concreto tres los argumentos de inconformidad frente al fallo apelado, los cuales constituyen el planteamiento del debate jurídico a resolver.

6.2.1. Insuficiente motivación de las resoluciones N° 01385 y 01386 ambas del 24 de octubre de 2007, lo cual implica la violación al debido proceso de ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.

Afirma el apelante que la sentencia objeto de impugnación, carece de un análisis serio pues no expuso las razones por las cuales la Contraloría General de la República no violó el debido proceso de la actora con ocasión de la expedición de las resoluciones 01385 y 01386 de 2007, al considerar que este asunto fue dilucidado en las resoluciones que resolvieron los recursos de reposición y apelación interpuestos contra estos actos, hecho que se traduce en la insuficiente motivación de los actos enjuiciados y por ende en la configuración de la causal de nulidad.

Lo anterior, por cuanto en el sentir del recurrente no es válido afirmar como lo hizo el a quo, que en la medida en que los recursos de reposición y apelación interpuestos contra las resoluciones 01385 y 01386 de 2007 sí fueron motivados de forma suficiente, se subsanó tal irregularidad ya que según el censor, la falta de motivación de los actos se predica de aquellos que fueron inicialmente expedidos y no de los que resolvieron los recursos interpuestos contra aquellos.

Para dilucidar este punto, resulta necesario tener en cuenta el marco legal con fundamento en el cual, el Director de la Oficina de Planeación de la Contraloría General de la República, expidió los actos acusados. De acuerdo con el epígrafe de las resoluciones N° 01385 y 01386 ambas del 24 de octubre de 2007, esa dependencia invocó al fijar la tarifa de control fiscal que tenían que pagar ELECTRO COSTA S.A. E.S.P. Y ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. respectivamente para la vigencia fiscal de 2007, las facultades legales conferidas en el artículo 4° de la Ley 106 de 1993 y en la Resolución Orgánica 05488 de mayo 20 de 2003, que disponen lo siguiente:

“LEY 106 DE 1993
(diciembre 30)

Por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se determina la organización y funcionamiento de la auditoría externa, se organiza el Fondo de Bienestar Social, se determina el sistema de personal, se desarrolla la carrera administrativa especial y se dictan otras disposiciones.

(...)

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

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

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

El valor total del recaudo por este concepto no podrá superar por ningún motivo el valor total de los gastos de funcionamiento de la Contraloría General de la República.” (subrayas fuera de texto)

El texto de la Resolución Orgánica 05488 de mayo 20 de 2003, es el siguiente:

“RESOLUCION ORGANICA 05488 DE 2003

(mayo 20)

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Por medio de la cual el Contralor General de la República delega la función de fijar la tarifa de control fiscal a los organismos o entidades vigiladas.

EL CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA,

con fundamento en las facultades constitucionales y legales, y en especial las que le confieren el artículo 4o de la Ley 106 de 1993, el artículo 26 del Decreto-ley 267 de 2000, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 209 de la Constitución Política establece que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones;

Que de conformidad con el artículo 211 de la Carta Constitucional dispone: "La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades";

Que el inciso 4o del artículo 267 de la Constitución Política establece: "La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal...";

Que el artículo 26 del Decreto-ley 267 de 2000 establece la facultad que tiene el Contralor General de la República de delegar mediante acto administrativo competencias de carácter administrativo en los funcionarios de nivel directivo de la entidad;

Que el numeral 2 del artículo 29 del Decreto-ley 267 de 2000, establece que las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de la delegación no pueden ser delegadas;

Que el numeral 10 del artículo 9o del Decreto-ley 267 de 2000, señala la Delegación como uno de los criterios en que se fundamenta y desarrolla la organización de la Contraloría General de la República;

Que conforme con lo ordenado en el inciso 2o del artículo 4o de la Ley 106 de 1993, la Contraloría General de la República cobrará una tarifa de control fiscal a los organismos y entidades fiscalizadas;

De igual forma el inciso 3o del artículo 4o de la Ley antes citada dispone: "La tarifa de control fiscal será fijada individualmente para cada organismo o entidad vigilada mediante resolución del Contralor General de la República";

Que la Corte Constitucional en Sentencia C-1550 del 21 de noviembre de 2000, M. Ponente, Fabio Morón Díaz, declaró inexecutable el artículo 8o del Decreto-ley 267 de 2000, que trataba sobre la autonomía presupuestal al referirse a la tarifa de control fiscal consideró que el artículo 4o de la Ley 106 de 1993, continuaba vigente;

Que en virtud de lo dispuesto en los numerales 1 y 9 del artículo 48 del Decreto-ley 267 de 2000, la Oficina de Planeación es la dependencia competente para evaluar la información relacionada con los sujetos de control, con la planeación y con el ejercicio del presupuesto de la Contraloría General de la República;

Que en consideración a lo anteriormente expuesto, el Contralor General de la República,

RESUELVE:

ARTÍCULO 1o. Delegar en el Director de la Oficina de Planeación de la Contraloría General de la República, la función de fijar individualmente para cada organismo o entidad vigilada el valor de la tarifa de control fiscal de conformidad con lo ordenado en el artículo 4o de la Ley 106 de 1993.

PARÁGRAFO 1o. La tarifa de control fiscal deberá fijarse por medio de resolución debidamente motivada contra la cual procederá el recurso de reposición ante el Director de la Oficina de Planeación y apelación ante el Despacho del Vicecontralor General de la República, en los términos de los artículos 50 y 51 del Código Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO 2o. En virtud de la delegación, la resolución que fije la tarifa de control fiscal a cada organismo o entidad vigilada con sede en la ciudad de Bogotá, será notificada por la Oficina de Planeación y las Entidades cuya sede se encuentre en ciudades distintas a Bogotá, se notificarán a través de los Gerentes Departamentales respectivos. Para el ejercicio de esta competencia la Oficina Jurídica prestará todo el apoyo jurídico que se requiera.

PARÁGRAFO 2o. La Oficina de Planeación remitirá fotocopia de la resolución que fije la tarifa de control fiscal a cada organismo o entidad vigilada a la Dirección del Tesoro Nacional, a la Dirección General del Presupuesto Nacional y a la Contaduría General de la Nación.

ARTÍCULO 3o. El Director de la Oficina de Planeación conocerá y resolverá todas las reclamaciones y derechos de petición que se instauren en relación con las tarifas de control fiscal que se fijen.

La presente resolución rige a partir de la fecha de publicación en el Diario Oficial.

PUBLÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá, D. C., a 20 de mayo de 2003.

El Contralor General de la República,

ANTONIO HERNÁNDEZ GAMARRA” (subrayas del Despacho)

De acuerdo con las disposiciones legales transcritas, observa la Sala que corresponde a la Contraloría General de la República por conducto de la Oficina de Planeación -para lo cual se expidió el acto de delegación del Contralor consignado en la Resolución Orgánica 05488 de

2003-, fijar mediante acto administrativo, la tarifa de control fiscal que le cobra a los organismos y entidades fiscalizadas, para lo cual deberá aplicar la fórmula que señala el inciso 2° del artículo 4° de la Ley 106 de 1993.

Se debe llamar la atención en el sentido de que según el marco legal analizado, las resoluciones que fijan la tarifa fiscal, no deben cumplir más requisitos o exigencias que los señalados en el artículo 4° de la Ley 106 de 1993, contrario a lo estimado por el apelante.

Una vez revisado el contenido de las resoluciones 01385 y 01386 ambas de 2007, se observa que, contrario a lo manifestado por el apelante, sí cumplieron los presupuestos exigidos en el artículo 4° de la Ley 106 de 1993, como quiera que en los mencionados actos se tuvo en cuenta lo siguiente: el valor por concepto de ejecución presupuestal de gastos en la vigencia fiscal 2006 de todos los organismos y entidades vigilados por la Contraloría General; en ambos actos se dijo que la Ley 1110 de 2006 decretó el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones vigencia 2006, que apropió para gastos de funcionamiento del ente de control la suma de \$182.195.102.620 y, que el valor del factor resultante de la fórmula de dividir el presupuesto de gastos de funcionamiento de la Contraloría por la sumatoria de los presupuestos de gastos de los organismos y entidades vigilados, era de 0.00192921.

Por tanto, no es compartido el argumento de inconformidad manifestado por el apelante, por cuanto la Sala observa que los actos administrativos que fijaron la tarifa de control fiscal contenidos en las resoluciones 01385 y 01386 de 2007, se encuentran suficientemente motivados, en la medida en que la suma de dinero que les fue señalada a ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. y a ELECTROCOSTA S.A. E.S.P. por este concepto, es el factor resultante de la fórmula de dividir el presupuesto de funcionamiento de la Contraloría, sobre la sumatoria

del valor de los presupuestos de todos los órganos y entidades vigilados, frente al valor del presupuesto, en este caso de ELECTRICARIBE y ELECTROCOSTA.

De allí que no se evidencia la insuficiente motivación de los actos acusados cuyo efecto, a juicio del apelante, genera la violación al debido proceso de la demandante, ya que incluso la Contraloría en las resoluciones demandadas le puso de presente tanto a ELECTRICARIBE como a ELECTROCOSTA, que contra los actos que le fijaron la tarifa de control fiscal, procedía el recurso de reposición ante el Despacho del Director de la Oficina de Planeación y el de apelación ante el Despacho del Vicecontralor General de la República en los términos del CCA, recursos de los cuales hizo uso la sociedad actora y ELECTROCOSTA por conducto de apoderado judicial, siendo resueltos mediante resoluciones que confirmaron las que fueron recurridas quedando así agotada la vía gubernativa, además que todos estos actos fueron objeto de demanda ante esta jurisdicción.

Por tanto, la Sala no comparte la afirmación del a quo según la cual, en los actos que resolvieron los recursos contra las resoluciones 01385 y 01386 de 2007 fue que la Contraloría vino a motivar la tarifa fiscal que les impuso a ELECTROCOSTA y ELECTRICARIBE, por cuanto como ya se puso de presente, tales resoluciones se ajustaron a la fórmula prevista en el artículo 4° de la Ley 106 de 1993, por lo que sí motivaron la decisión de fijar la tarifa fiscal objeto de cuestionamiento.

En todo caso no se puede desconocer, que mediante resoluciones 00261 y 00262 ambas del 13 de marzo de 2008, así como las resoluciones 798 y 799 ambas del 6 de agosto de 2008, mediante las cuales se resolvieron los recursos de reposición y apelación respectivamente interpuestos contra las resoluciones 01385 y 01386 del 24 de octubre de 2007, efectuaron un estudio más detallado sobre el marco legal y constitucional del control fiscal para llegar a

la conclusión de que la actora sí era sujeto pasivo del mismo y por ende del pago de la tarifa fiscal.

Es preciso recordar que el artículo 4° de la Ley 106 de 1993 fue objeto de revisión por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1148 del 31 de octubre de 2001 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, que al declarar la exequibilidad de los incisos 2°, 3° y 4° **ídem**, determinó lo siguiente:

“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.

(...)

4.8 En cuanto a la fórmula concreta establecida en los incisos acusados del artículo 4 de la Ley 106 de 1993, que consiste en que los recursos de la Contraloría se calculen en función de los presupuestos de los entes fiscalizados, resulta una fórmula proporcionada y razonable, que, en sí misma, tampoco viola la Carta, y no hay ningún precepto constitucional que prohíba adoptar esta clase de cálculos.

Esto no quiere decir que la fórmula ideada por el legislador no pueda sustituirse o cambiarse por otra, si así se decide en otra ley, pero siempre sin menoscabo alguno de la autonomía de ese organismo de control. Lo que la Corte señala es que si el legislador consideró que, en aras de la autonomía presupuestal de la Contraloría, en la labor fiscalizadora que realiza ante la administración y ante los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación, esta labor se garantiza con la menor intervención de la Contraloría en el proceso de elaboración y aprobación del presupuesto, la fórmula establecida en la disposición acusada, a pesar de ser distinta a las de otros entes que ejercen funciones públicas, como manifestación de poder del Estado, este sólo hecho no viola la Constitución". (subrayas fuera de texto)

Con fundamento en los anteriores comentarios y en la cita jurisprudencial transcrita, pierde piso legal la afirmación del recurrente en el sentido de que las resoluciones 01385 y 01386 de 2007 al fijar la tarifa fiscal a la actora y a ELECTROCOSTA S.A. E.S.P., debían contener y estar soportadas con documentos anexos que justificaran la sustentación y explicación completa acerca de la forma como se liquidó la tarifa y como se aplicó sobre la base gravable, con fundamento en qué ingresos y por qué causa, como quiera que el artículo 4° de la Ley 106 de 1993 no exige el soporte documental que echa de menos el apelante.

De otra parte, afirma también el recurrente que los actos enjuiciados no determinaron por qué causa ELECTRICARIBE era sujeto de control fiscal y por ende del pago de la tarifa por dicho control, pues no bastaba con afirmar que tal obligación devenía de que la actora estaba en la situación prevista en el numeral 12 del artículo 4° del Decreto 267 de 2000, omisión que generó la violación al derecho de defensa de esta sociedad.

También censura que los actos demandados, por manera alguna expusieron de qué forma se interrelacionaban los valores que señalaron y cómo influían en el valor de los montos del tributo, tampoco se les liquidó la tarifa

respectiva ni se indicó cómo se determinó la proporción de la suma con la que la actora y Electrocosta, debían contribuir al total del presupuesto de la Contraloría.

La Sala no está de acuerdo con esta afirmación de la impugnación, por cuanto el apoderado de la actora perdió de vista que la tarifa de control fiscal, es un tributo especial de allí que sólo estaba sometida para su liquidación, a la fórmula señalada en el inciso 2º del artículo 4º de la Ley 106 de 1993, que ya se transcribió en precedencia.

Sobre la naturaleza de la tarifa de control fiscal como un tributo especial, resulta oportuno transcribir el siguiente aparte de la Sentencia C-1148 de 2001 M.P. Alfredo Beltrán Sierra:

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

Dadas las anteriores consideraciones, queda descartada la supuesta falta de motivación de los actos acusados, por lo que tampoco se evidencia la violación al debido proceso de la sociedad actora, endilgada en la apelación.

6.2.2. ELECTRICARIBE no estaba sometida a control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, por cuanto tal control recaería sobre el aporte a capital que hizo la Nación, pero no sobre la sociedad en sí misma.

A juicio del apelante, el fallo impugnado se equivocó al señalar de manera ligera que la actora era sujeto de vigilancia fiscal por parte de la Contraloría General de la República, por cuanto el hecho de que tuviera en la composición accionaria del capital de la empresa actora, participación de dineros de la Nación aproximadamente en un 13%, ello no convertía a la actora en sujeto de control fiscal, *“sino que en tal caso el objeto del control fiscal es el aporte de la Nación en esta sociedad, pero no la sociedad misma, tal y como lo dispone el artículo 50 de la Ley 142 de 1994”*.

Efectivamente a folio 250 del cuaderno principal, obra la certificación expedida por el revisor fiscal Pricewaterhousecoopers de fecha 2 de septiembre de 2010, mediante la cual da cuenta que según el libro de registro de accionistas, la composición accionaria de la Compañía Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P., al cierre del año fiscal 2007, fue como se detalla a continuación:

“2. De acuerdo con el punto anterior los porcentajes de participación de los accionistas públicos, privados y mixtos son:

NATURALEZA DEL ACCIONISTA	PORCENTAJE DE PARTICIPACION (%)
Accionistas Privados	86.00
Accionistas Públicos	10.11
Accionistas Mixtos	<u>3.89</u>

Con fundamento en la prueba anterior, no cabe duda que efectivamente la actora sí tiene en su capital la participación de accionistas públicos en un 10.11%, lo que la ubica dentro de las denominadas empresas 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 dice 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)

Tampoco se puede pasar por alto el contenido del artículo 2º de la Ley 42 de 1993 *“Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”*, que dispone lo siguiente:

“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)

Con fundamento en las anteriores disposiciones legales, queda claro que tanto las entidades del sector público como los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, están sometidas a vigilancia fiscal por parte de la Contraloría General de la República.

De otra parte, es válido afirmar que como lo hizo el apelante al reconocer la procedencia del control fiscal pero sólo respecto de los aportes estatales en el capital accionario de ELECTRICARIBE, tal y como así lo ha reconocido abundante jurisprudencia de esta Sección. Basta con transcribir los siguientes apartes de la Sentencia del 6 de diciembre de 2007 radicado 25000-23-27-000-2002-00291-01 M.P. Marco Antonio Velilla Moreno, en la que determinó lo siguiente:

“(...) esta Corporación precisó, y ahora lo reitera, que la Ley 142 de 1994 en su artículo 27.4, dispone que los aportes oficiales en las empresas de servicios públicos, los derechos que ellos confieren sobre el resto del patrimonio y los dividendos que puedan corresponderles, son bienes de la Nación, de las entidades territoriales, o de las entidades descentralizadas, y por ello 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 respectiva”.
(subrayas del Despacho)

Dado lo anteriormente expuesto, se revocará parcialmente el fallo del a quo en el sentido de que la tarifa de control fiscal sólo se cobrará sobre el 10.11%, es decir, sobre el aporte estatal en el capital accionario de ELECTRICARIBE.

6.2.3. Desconocimiento de la naturaleza jurídica de ELECTRICARIBE y de la naturaleza de la actividad que ejerce.

Considera el apoderado de la actora que el fallo recurrido desconoció la naturaleza jurídica de Electricaribe S.A. E.S.P., por cuanto no tuvo en cuenta que la actora no maneja ni administra bienes de la Nación, no hace parte de la administración pública y el servicio público de energía que presta, no constituye función pública.

En cuanto al hecho de que la actora no maneja ni administra bienes de la Nación, la Sala comparte la afirmación de la apoderada de la Contraloría en la contestación de la demanda según la cual, el control fiscal no surge de la clase, modalidad o estructura que posea 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 la Nación para su manejo y/o administración.

De tal suerte, que no es posible como lo pretende la apelación, anteponer las disposiciones normativas trazadas en la Ley 142 de 1994 *“por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios”*, al considerar que por el hecho de que la actora es una empresa de servicios públicos privada, no está sometida a vigilancia fiscal por parte de la Contraloría General de la República.

Acerca de la afirmación del apelante en cuanto a que la actora no maneja bienes públicos, la Sala reitera los considerandos expuestos en la Sentencia del 10 de abril de 2014 radicado 25000-23-27-000-2008-00064-01 M.P. María Claudia Rojas Lasso, en los que se desarrolló con detenimiento el anterior argumento de inconformidad, en los siguientes términos:

“(...) 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.

(...)

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 administran 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.

(...)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”.

Reforzando este punto de disenso, no puede perderse de vista el contenido del artículo 27 numeral 4° de la Ley 142 de 1994, que establece lo siguiente:

“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).

Respecto del análisis de esta disposición legal, en la misma sentencia de abril 10 de 2014 que se está reiterando, la Sala determinó lo siguiente:

“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 registrarán 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”.

De otra parte, respecto del argumento de censura según el cual, la actora no estaba sometida a control fiscal por cuanto no hace parte de la rama ejecutiva de la administración pública, la Sala reitera también los considerandos del fallo del pasado 10 de abril de 2014, en el que sobre el particular, se dijo lo siguiente:

“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 7° 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”.

Finalmente en cuanto al argumento de inconformidad según el cual, la sociedad actora a pesar de prestar un servicio público éste no constituye función pública, la Sala acoge el siguiente planteamiento expuesto por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-167 de 1995 M.P. en la que determinó lo siguiente:

“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”

En cuanto a la prestación de los servicios públicos por parte de particulares, cuya gestión fiscal es pasible de vigilancia por el ente de Control, consideró este mismo fallo lo siguiente:

“La Corte reitera la posibilidad de que los servicios públicos pueden ser prestados por particulares como una forma de hacer efectiva la descentralización por colaboración. Ello hace preciso que sobre la gestión fiscal que involucra la prestación de tal servicio, recaiga la vigilancia por parte de la Contraloría, para asegurar que la administración del registro mercantil sea llevada con sujeción a las disposiciones legales”.

De acuerdo con las anteriores citas jurisprudenciales, la Sala revocará parcialmente el fallo apelado en cuanto a reconocer que el control fiscal y por consiguiente la tarifa fiscal, sólo puede recaer sobre el 10.11% es decir, sobre el aporte estatal en el capital accionario de ELECTRICARIBE.

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. REVÓCASE PARCIALMENTE la sentencia proferida el 2 de marzo de 2011 por el Tribunal Administrativo del Atlántico y en su lugar, **DECLÁRASE LA NULIDAD** de las resoluciones N° 01386 del 24 de octubre de 2007 y 00261 del 13 de marzo de 2008, en cuanto establecen la tarifa de control fiscal más allá del aporte público.

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