



OFICINA JURIDICA J10.034.2007.

MEMORANDO INTERNO

Devolver Copia Firmada

Bogotá D. C.,

OJ110-

PARA: Doctor **ALVARO ELOY AYALA PEREZ**
Director de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva

DE: **CIRO ALBERTO VALDERRAMA**
Director Oficina Jurídica

REFERENCIA: **N.U.R.: 212-3-1857**
Solicitud Concepto Ley 1066 de 2006.

Apreciado Doctor Ayala:

La dirección jurídica, en respuesta a la solicitud de la referencia, procede a emitir un nuevo concepto jurídico, no sin antes realizar las siguientes precisiones jurídicas:

FUNCIÓN PÚBLICA COMO GÉNERO – FUNCIÓN ADMINISTRATIVA COMO ESPECIE:

La función pública, fue definida inicialmente por la Corte Constitucional, como un conjunto de tareas asignadas al Estado, con el fin de desarrollar las funciones establecidas a nivel constitucional, y reglamentadas legalmente, de manera tal que se lograra, la materialización de los fines recogidos en el artículo segundo y siguientes de la Carta. Señalaba en ese entonces, el Tribunal Constitucional lo siguiente:

"2.1. La función pública, implica el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus

Ayala
21-06-07
8:40 AM

[Signature]
21/06/07

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 1066 DE 2006:

La Ley 1066 de 2006, "Por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública y se dictan otras disposiciones", en su artículo primero, atribuye, a los servidores públicos encargados de realizar recaudo de obligaciones a favor del Tesoro Público, la aplicación de los principios de agilidad, eficacia, eficiencia, y oportunidad, en desarrollo de la gestión encomendada y de las funciones atribuidas a su cargo. Gestión que tiene como objetivo primordial, la obtención de liquidez para aquél, de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 209 superior.

Así las cosas, la ley 1066, se sustenta, en los principios inherentes a la función administrativa, especie funcional, ubicada, tal y como lo vimos anteriormente, dentro del género función pública. Es decir, el legislador, en una manifestación de la voluntad legislativa de aplicar la ley de manera global, dentro de la estructura general del Estado Colombiano, enfila la aplicación de la misma, a las funciones de carácter administrativo, cuando encuadra sus límites, dentro de los objetivos de dicha especie funcional.

Podría sin embargo, pensarse que la intención prima de aquél, fue dirigida a aplicar la ley dentro del género de la función pública. No obstante, la evidente literalidad del artículo primero de la Ley 1066, reduce su ámbito de aplicación a las actividades que se sustentan en el fundamento constitucional contenido en el artículo citado, es decir en aquellas actividades que se manifiestan como resultado de las especies funcionales administrativas.

Ahora bien, es posible que de la literalidad descrita, no pueda derivarse una aplicación exclusiva por quienes sustentan su actividad en el artículo 209 superior, sin embargo, la misma Ley, en el artículo quinto, determina taxativamente su ámbito de aplicación, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 5o. FACULTAD DE COBRO COACTIVO Y PROCEDIMIENTO PARA LAS ENTIDADES PÚBLICAS. Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el *ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario. (...)"*

Es así como, el artículo transcrito, advierte unos condicionamientos de carácter subjetivo y objetivo, determinados como elementos inherentes a los sujetos que recaudan rentas o caudales públicos.

encuentran ubicados dentro de la distribución del estado moderno. Para la Corte, ese reconocimiento, promueve aún más el mecanismo de pesos y contrapesos inicialmente establecido en la ya mencionada estructura clásica.

La estructura tradicional de la división de poderes, integrada al reconocimiento de órganos autónomos, asumió como objetivo fundamental, y así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, el otorgar una mayor eficiencia a las herramientas que desarrollan los fines estatales, en tanto los controles ejercidos, obligan a que las actividades administrativas activas, o de ejecución, de las políticas gubernamentales, se desplieguen de acuerdo con los planes y programas señalados para tales fines.

De lo anterior se colige que, la autonomía atribuida por mandato constitucional, se manifiesta, tanto a nivel orgánico como funcional, en tanto su ubicación está por fuera de la rama ejecutiva del poder público, y la actividad adelantada por dichos órganos, no puede encuadrarse, en su mayoría, como función administrativa. Es decir, la Constitución, diferenció la actividad administrativa, de la rama ejecutiva, de las funciones de control o electorales, ejercidas por aquellos órganos autónomos. Lo cual se puede evidenciar, en relación con los órganos de control fiscal, de lo reglado en el artículo 267, inciso cuarto, de la Constitución de 1991, que estipula lo siguiente:

"ARTICULO 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

(...)

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. (...)"(Subrayado y negrillas fuera del texto).

La Norma Fundamental, desde un principio hizo una clara diferenciación entre las funciones públicas, y aquellas de carácter netamente administrativo, evidenciando la existencia concurrente en algunos casos, como el de la Contraloría General de la República, de la aplicación de funciones administrativas, y de otra especie, por parte de un mismo órgano, señalando el ámbito de aplicación, y la naturaleza de cada una de aquellas.

Al respecto dijo la Corte, en sentencia precitada:

"(...) la Carta otorga no sólo autonomía orgánica sino también unas funciones propias y específicas a las contralorías (CP arts 113, 119, 267 y 268), por lo cual es claro que estos órganos de control no hacen parte de la Rama Ejecutiva ni desarrollan, como actividad, principal tareas administrativas, como las que

utilizaran de manera indistinta los términos de "funciones administrativas" y de "funciones públicas", como si de una misma figura jurídica se tratara.

No puede afirmarse que la Corte Constitucional haya caído, en dicha ambigüedad, no obstante, abstenerse de desarrollar una doctrina constitucional que permitiese individualizar tales conceptos, fue elemento condicionante de la confusión conceptual por parte de los operadores jurídicos, quienes, tanto al interior del Estado, como desde la academia, hicieron uso indiscriminado del concepto de "funciones públicas", sin precisar su ubicación dentro de la estructura finalista del Estado.

Desafortunadamente, operadores jurídicos institucionales, continúan recayendo en la imprecisión conceptual de ese entonces, tal como lo veremos mas adelante, respecto de la aplicación de la Ley 1066 de 2006.

En el año de 1998, la Honorable Corte Constitucional, en un examen de constitucionalidad, precisamente sobre algunos apartes de la Ley 42 de 1993 "Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen", afirmó lo siguiente:

"3- La Corte coincide con la actora y algunos de los intervinientes en que la Constitución se distancia de ciertas visiones jurídicas, según las cuales, en el Estado sólo existen tres ramas (legislativa, ejecutiva y judicial) con funciones nítidamente separadas. La Carta mantiene el principio de separación de poderes (CP art. 113) pero le confiere una naturaleza más compleja, en un doble sentido. De un lado, admite que existen órganos autónomos cuyas funciones no pueden ni deben ser encajadas dentro de la división clásica en tres ramas del poder, como los órganos de control y la organización electoral. Y, de otro lado, la Carta no sólo admite sino que promueve la existencia de controles recíprocos entre las distintas ramas y órganos autónomos, por medio del clásico mecanismo de pesos y contrapesos, como bien lo resalta uno de los intervinientes.(...)"³(Subrayado y negrillas fuera del texto).

Para la Corte, era claro entonces, que la intención del Constituyente, se hizo manifiesta en el artículo 113 de la Carta Política, al reiterar la existencia de una separación orgánica de poderes, de acuerdo a la estructura clásica, establecida en el derecho francés de finales del Siglo XVII y principios del XVIII, estructura que fue acogida de manera expresa por las legislaciones de América latina. Sin embargo, dicha separación orgánica, se ve complementada, y de una manera más evidente, a partir de la Constitución de 1991, en virtud del reconocimiento que hace el Constituyente, en cuanto a la existencia de órganos autónomos que no hacen parte integral de la estructura clásica, y que sin embargo, se

³ Sentencia C-189/98 Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Santa Fe de Bogotá, seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998).

órganos que integran las ramas del poder público, sino también aquellos de naturaleza autónoma e independiente.

Las funciones públicas, son aquellas que desempeñan todos los órganos del estado, entendidas como un género conceptual, dentro del cual se ubican, definidas e individualizadas en especie, aquellas funciones que de manera específica desarrollan los órganos de que trata el artículo 113 superior, en cumplimiento de los fines esenciales del estado.

En la sentencia precitada, insiste la Corte:

"Cabe recordar, así mismo, que la Constitución califica expresamente como "funciones públicas" la administración de justicia (art. 228 C.P.) y el control fiscal (art. 267 C.P.), en tanto que el artículo 209 se refiere a la "función administrativa" (art. 209 C.P.) especie dentro del género función pública.

Ahora bien, como ya ha señalado esta Corporación, las actividades de los servidores públicos, propias de su cargo o destino, son por esencia y definición funciones públicas, pues están dirigidas a contribuir al logro oportuno y eficaz de los cometidos a cargo del Estado.⁸ (Subrayado y negrillas fuera del texto).

La Corte constitucional, considera adecuado expresar de forma evidente, el espíritu del Constituyente de 1991, al instituir los conceptos de función pública, fiscalizadora, y administrativa. El máximo Tribunal, despliega su potestad interpretativa, al encuadrar la función administrativa, dentro de la función pública, en una relación especie-género, fundada a nivel constitucional, y desarrollada a través de los preceptos legales que reglamentan las funciones atribuibles a cada uno de los órganos que hacen parte de la distribución sistemática del Estado Colombiano.

Como conclusión a este punto, y aplicando la interpretación realizada por el Juez Constitucional, podemos afirmar que, dentro del género denominado funciones públicas, existen unas especies funcionales, atribuibles de manera concreta a ciertos órganos que hacen parte de la estructura del estado, en tanto la actividad propia de estos, puede denominarse de manera general como función pública, y de manera específica, como función administrativa, fiscalizadora y/o electoral, según sea el caso, sin que puedan incluirse las dos últimas dentro del ámbito funcional de la primera, en tanto las tres ostentan la misma calidad de especies funcionales, al interior del género mencionado.

⁸ Sentencia C 037 de 2003. Magistrado Ponente: Dr. ALVARO TAFUR GALVIS. Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil tres (2003).

diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines.¹

En principio, la Honorable Corte Constitucional, en un desarrollo sistemático de los fines esenciales del Estado, se refería a la función pública, como el género a través del cual se materializaban aquellos, sin hacer distinción o diferenciación funcional, en cuanto a las especies que conformaban aquél.

En el año de 1996, el fundamento constitucional de las funciones públicas, encontraba, para el Tribunal Constitucional, su sustento medular en los principios que señala el artículo 209 de la carta fundamental, al hacer referencia a la función administrativa, en los siguientes términos:

"ARTICULO 209. 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.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley."(Subrayado y negrillas fuera del texto).

En ese orden de ideas, afirmaba la Corte lo siguiente:

"La función pública, por lo tanto, se dirige a la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad, en sus diferentes órdenes y, por consiguiente, se exige de ella que se desarrolle con arreglo a unos principios mínimos que garanticen la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad (art. 209 C.P.), que permitan asegurar su correcto y eficiente funcionamiento y generar la legitimidad y buena imagen de sus actuaciones ante la comunidad."(Subrayado y negrillas fuera del texto).

Adecuaba entonces, el Juez Constitucional, los principios de la función administrativa a la estructura de las funciones públicas, de tal manera que se generaba una confusión argumentativa, en tanto la utilización de unos elementos esenciales de un concepto (considerado hoy en día por el mismo Tribunal, como la especie), dentro de la construcción conceptual de su género, daba lugar a que la doctrina, y en general a que los operadores jurídicos,

¹ Sentencia C 631 DE 1996 Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

² Ibidem.

la teoría de los servicios públicos. Por ese motivo, el Tribunal Constitucional, considera pertinente, realizar dicha diferenciación sistémica, adecuando el género y las especies, que integran la estructura funcional del estado Colombiano, al ámbito conceptual utilizado por los operadores jurídicos.

En ese orden de ideas, y apelando a la necesidad de individualizar y ubicar tales conceptos, dentro de dicha estructura, afirmó la Corte Constitucional, lo siguiente:

*"Si bien en un sentido amplio podría considerarse como función pública todo lo que atañe al Estado, cabe precisar que la Constitución distingue claramente los conceptos de función pública y de servicio público y les asigna contenidos y ámbitos normativos diferentes que impiden asimilar dichas nociones, lo que implica específicamente que no se pueda confundir el ejercicio de función públicas, con la prestación de servicios públicos, supuestos a los que alude de manera separada el artículo 150 numeral 23 de la Constitución que asigna al Legislador competencia para expedir las leyes llamadas a regir una y otra materia."*⁶ (Subrayado y negrillas fuera del texto).

Para el Juez Constitucional, es clara la distinción que la Carta realiza de los conceptos de función pública, y servicio público, en tanto sus ámbitos normativos y de aplicación distan de ser susceptibles de confusión conceptual alguna, y se encuentran registrados en preceptos fundamentales bastante desiguales. La Corte consideró desde un principio, evidente la disimilitud esencial entre aquellos, razón por la cual, su intención fue dirigida de manera mas concreta a la distinción fundamental entre funciones públicas, administrativas, y fiscalizadoras.

Así las cosas, sostuvo la Corte en el año 2003:

"La Constitución hace referencia a las expresiones "función pública" y "funciones públicas" de manera específica en el capítulo II del título V sobre la organización del Estado, en el que se establecen los principios que rigen el cumplimiento de "funciones públicas" por los servidores públicos." (Subrayado y negrillas fuera del texto).

Se manifiesta, con el aparte transcrito, que el máximo Tribunal Constitucional, consideraba esencial, definir el ámbito de aplicación del concepto mencionado, como elemento funcional de la organización y estructura estatal. Es decir, la Corte lo sitúa de forma transversal, franqueando toda la estructura del estado, dentro de la cual se ubican, como ya lo hemos señalado, no únicamente los

⁶ Sentencia C 037 de 2003. Magistrado Ponente: Dr. ALVARO TAFUR GALVIS. Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil tres (2003).

⁷ Ibidem.

adelantan la administración central y las administraciones seccionales. (...)⁴ (Subrayado y negrillas fuera del texto).

Era entonces ya evidente, para la Honorable Corte, que la aplicación de los conceptos de función fiscalizadora, función pública, y funciones administrativas, debía asumirse de manera técnica, evitando la confusión de los mismos al momento de individualizar el ámbito de ejercicio de los órganos que hacían parte de la estructura integral del estado. Reiteró la Corte:

*"Por ello, tal y como esta Corporación ya lo había señalado, la Constitución quiso "distinguir nítidamente la función propiamente administrativa del Ejecutivo de la función fiscalizadora de la Contraloría, pues consideró que la confusión de tales funciones comportaba efectos perjudiciales para la marcha del Estado". Esto se desprende con nitidez no sólo del texto constitucional, que explicita que la tarea propia de estas entidades es la vigilancia y el control fiscal de la administración (CP arts 119 y 267) sino, además, del examen de los debates constituyentes, en donde claramente se señaló que "no se debe confundir la función fiscalizadora con la función administrativo o gubernativa, pues son de naturaleza totalmente distinta y se ejerce por actos también diferentes".*⁵

La explícita diferenciación entre función fiscalizadora y función administrativa, nace de la voluntad del Constituyente de 1991, quien señala el contraste entre una y otra, no únicamente a nivel subjetivo, sino también, en la expresión objetiva, es decir en la materialización de las voluntades a través de actos administrativos.

Tenemos entonces que la confusión en el manejo de los conceptos mencionados, no puede excusarse en un pronunciamiento tardío de la Corte Constitucional, toda vez, que la individualización conceptual tuvo su origen en los debates constituyentes. Sin embargo, y aunque desde las discusiones previas a la Constitución de 1991, se había sentado un precedente diferenciador, el máximo Tribunal Constitucional insistió en individualizar la naturaleza jurídica de aquellos, haciendo énfasis en la ubicación conceptual que de género y especie, ostentaba cada uno.

Advirtió la Corte, que la voluntad del Constituyente, al señalar la existencia de unos órganos autónomos e independientes a la estructura clásica de las ramas del poder público, exigía *per se*, una individualización de su naturaleza, y una identificación correlativa, de las funciones a ellos atribuidas por la Carta Fundamental, y desarrolladas a través de la legislación, entendida en sentido material, logrando así el criterio diferenciador deseado, frente a las funciones administrativas, al concepto de funciones públicas como género, y aún frente a

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

Es así como se hace necesario evidenciar la trascendencia de cada uno de dichos condicionamientos, con el fin de fijar el ámbito de aplicación con respecto a los órganos de control fiscal, y en particular con relación a la Auditoría General de la República.

El artículo quinto, inicia su desarrollo preceptivo, con una afirmación, que vista de manera aislada, resulta dirigida al universo orgánico que compone la estructura del Estado Colombiano.

Señala el mencionado artículo:

"Las entidades públicas (...)"

Es decir, el legislador, en su proposición inicial, circunscribe su aplicación, al ámbito de la actividad pública, como manifestación funcional de las entidades del Estado. Es claro entonces, que el artículo quinto exige originariamente, para su aplicación, la existencia de dos elementos calificadores del sujeto sobre el cual recae la conducta, en tanto debe tratarse de una persona jurídica de naturaleza pública.

Continúa el legislador, precisando los límites subjetivos de la norma, en los siguientes términos:

"(...) que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano"

El mismo artículo, limita el aspecto subjetivo, al restringir la actividad de la persona jurídica de derecho público, al desarrollo de actividades y funciones administrativas, entendidas éstas, como especies dentro del género funcional de carácter público, o a la prestación de servicios por parte del estado. Nos referimos a una limitación de carácter subjetivo, y no a una circunscripción objetiva, en tanto los requisitos mencionados, son elementos calificadores del sujeto, y no del objeto conductual de la norma.

Continúa el precepto:

"(...) y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, (...)"

A partir de la conjunción [Y], el legislador revela el aspecto objetivo de la norma, estableciendo la conducta en virtud de la cual deberá la persona jurídica calificada, aplicar el verbo rector que otorgará procedimientos especiales al despliegue de aquélla.

La conjunción [Y], posee la siguiente estructura gramatical, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española:

"Y. (Del lat. et.) conj. copulat. Cuyo oficio es unir palabras o cláusulas en concepto afirmativo. (...)"⁹

Por su parte, el mismo diccionario, define [*conjunción*], en los siguientes términos:

"CONJUNCIÓN. (...) || 4. Gram. Parte invariable de la oración, que denota la relación que existe entre dos oraciones o entre miembros o vocablos de una de ellas, juntándolos o enlazándolos siempre gramaticalmente, aunque a veces signifique contrariedad o separación de sentido entre unos y otros. (...)"¹⁰

Tenemos entonces, que la conjunción [Y], de carácter copulativo en este caso, establece el enlace gramatical existente entre la conducta objeto de modificación por parte del legislador, y las personas jurídicas calificadas, que deben aplicar materialmente la misma.

Así de las cosas, la conjunción copulativa, yuxtapone las calidades especiales del sujeto, a la obligación de recaudar dineros públicos, en tanto dicha obligación, debe originarse en el **ejercicio permanente de las funciones administrativas o de la prestación de servicios del estado.**

De lo anterior se deduce, que existen dos condicionantes definitivos, en la aplicación de la norma, por un lado, el recaudo de dineros públicos, y por otro, que dicho recaudo sea producto de un ejercicio permanente de funciones administrativas o de la prestación de servicios del estado.

Prosigue el artículo quinto, en los siguientes términos:

"(...) del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, (...)"

En el fragmento transcrito, se ajusta el ámbito expuesto anteriormente desde la perspectiva funcional, a la orbita orgánica del sujeto, señalando que aquél, calificado en razón del ejercicio permanente de funciones administrativas, o de la prestación de servicios del estado, puede encontrarse ubicado en cualquiera de los niveles señalados en la norma, y aún mas, por fuera de la estructura orgánica de la rama ejecutiva.

Para el legislador, el aspecto esencial, que define el ámbito de aplicación de la ley 1066 de 2006, se encuentra puntualizado por la calidad de permanencia en el ejercicio de funciones administrativas, o en la prestación de servicios del

⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Vigésima primera edición. Editorial ESPASA. Madrid 1992.

¹⁰ Ibidem.

estado, mas que por la ubicación del sujeto dentro de la estructura orgánica del estado colombiano.

La ubicación por fuera de la estructura de la rama ejecutiva del nivel central o descentralizado, no es óbice para la aplicación de esta norma, en tanto el recaudo de dineros públicos sea consecuencia del ejercicio permanente de las funciones y servicios señalados.

Finaliza el primer inciso del artículo quinto, de la siguiente manera:

"(...) tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario."

El legislador otorga así, de manera imperativa, la potestad de ejercer la jurisdicción coactiva, cuando los elementos calificadores funcional y orgánicamente, de la conducta descrita, se sintetizan en los presupuestos normativos. Y adicionalmente, especifica que dicha potestad será aplicable, a través de los procedimientos señalados para la misma en el Estatuto Tributario, decreto 624 de 1989.

LA NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD DE LA AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA:

La Auditoría General de la República ejerce, como función misional, la vigilancia de la gestión fiscal de los organismos de control fiscal, tal como lo señala el artículo 05 del Decreto 272 de 2000:

"ARTICULO 5. FUNCIÓN. Ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de los organismos de control señalados en el artículo segundo, conforme a los procedimientos, sistemas y principios establecidos en la Constitución, para lo cual el Auditor General fijará las políticas, prescribirá los métodos y la forma de rendir cuentas y determinará los criterios que deberán aplicarse para la evaluación financiera, de gestión y de resultados, entre otros, de conformidad con lo que para el efecto dispone este Decreto." (Subrayado y negrillas fuera del texto).

Encuentra este organismo, un ámbito de competencia definido por su función fiscalizadora, sobre los entes de control fiscal, es decir, sobre la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, y las municipales y distritales. Esta función de control, manifiesta su sustento inicial, tal y como lo ha entendido la Honorable Corte Constitucional, en la voluntad del constituyente primario, de exigir diligencia, responsabilidad y rectitud a los entes de control fiscal.

Señaló al respecto la Corte, lo siguiente:

"Debe entenderse, que al autorizar la norma sub examine a la Auditoría General para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de las contralorías municipales y distritales, lo hace con el fin de darle desarrollo al inciso segundo del artículo 274 constitucional, y dentro de esta perspectiva, no resulta aquélla reprochable, dada la circunstancia de que cumple apropiadamente con la voluntad del Constituyente en el sentido que, por disposición legal, sea la Auditoría General la entidad encargada de ejercer el control fiscal sobre los organismos que ejercen esta función a nivel territorial.

Y ello debe ser así, si se escruta el espíritu del mencionado artículo 274, porque de su tenor se infiere que el Constituyente se propuso establecer una especie de control fiscal de segundo nivel, que se ejerce, no sólo sobre las entidades nacionales o territoriales que manejan fondos o recursos públicos, cuya responsabilidad es de las contralorías, sino sobre el manejo de bienes y recursos por estas entidades, pues como lo advirtió la Corte en la sentencia C-499/98, ellas también requieren de aportes y de bienes del Estado para su funcionamiento y, como cualquier otro organismo público, deben obrar con diligencia, responsabilidad y probidad en dicho manejo."⁴¹ (Subrayado y negrillas fuera del texto).

Tenemos entonces, que la función misional ejercida por la Auditoría es de naturaleza fiscalizadora, es decir hace parte de la estructura pública funcional, e integra el ámbito de funciones del estado Colombiano, articuladamente con otras especies funcionales, como las administrativas y electorales.

Por otra parte, el recaudo de dineros públicos, por parte de esta Entidad, resulta precisamente de la aplicación misional de su función fiscalizadora, en tanto de ella derivan los mecanismos adecuados, y los títulos ejecutivos necesarios, para ejercer dicho recaudo.

Teniendo en cuenta que el recaudo mencionado, es producto de la función misional, y no del ejercicio de funciones administrativas, o de la prestación de servicios del estado, sin importar si la Entidad las ejerce, la remisión procedimental que señala la Ley 1066 de 2006, al Estatuto Tributario, resulta inaplicable a la Auditoría General de la República, razón por la cual debe continuarse aplicando, en materia de jurisdicción coactiva, las disposiciones contenidas en la Ley 42 de 1993, y en sus remisiones normativas.

⁴¹ Sentencia C-1339 de 2000. M.P. Doctor Antonio Barrera Carbonell.

El presente concepto, al tenor del artículo 25 del código Contencioso Administrativo, no compromete la responsabilidad de la Auditoría General de la República, ni es de obligatorio cumplimiento.

Cordialmente,



CIRO ALBERTO VALDERRAMA MANTILLA
Director Oficina Jurídica

MJV

CC:

AUDITORA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

AUDITOR DELEGADO PARA LA VIGILANCIA DE LA GESTIÓN FISCAL.

AUDITOR AUXILIAR.

¹Sentencia C-100 de 1996. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No 6
²Cf Hernando Herrera et al. "Informe Ponencia sobre Estructura del Estado" en Gaceta Constitucional No 59, p 10.



MEMORANDO INTERNO

Bogotá, D.C., Mayo 17 de 2007
212

PARA: Dr. CIRO ALBERTO VALDERRAMA MANTILLA. Director
Oficina Jurídica.

DE: ALVARO ELOY AYALA PEREZ Director de Responsabilidad
Fiscal y Jurisdicción Coactiva

REFERENCIA: Aplicación de la ley 1066 de 2006 y el Decreto 4473 del 15 de
diciembre de 2006 al Proceso de Jurisdicción Coactiva.

Respetado doctor Valderrama:

No se oculta a su buen criterio jurídico, la necesidad de conocer, interpretar y emplear la normatividad colombiana vigente y a su vez diseñar e implementar la reglamentación interna correspondiente a fin de buscar una unidad de criterio para su utilización y cumplimiento.

Es por esto que me dirijo a usted a fin de solicitarle concepto sobre la aplicación de la ley 1066 de 2006 y su Decreto Reglamentario No. 4473 del 15 de diciembre de 2006, en los procesos de cobro por jurisdicción coactiva que adelanta este órgano de control.

Sobra advertir que su despacho ya se pronunció sobre la aplicabilidad de estas normas a los procesos de cobro por jurisdicción coactiva adelantados por esta dirección en el siguiente sentido:

"Podemos concluir entonces, que el procedimiento de que trata la ley 1066 de 2006, y su remisión al estatuto tributario, resulta imposible para los entes de control, sean estos de primer nivel, como las contralorías, o de segundo nivel, como la Auditoría General de la República."

De otra parte el director de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República mediante concepto No. 80112-2007IE132 del 5 de enero de 2007 opinó que la ley 1066 de 2006 y su Decreto Reglamentario No. 4473 del 15 de diciembre de 2006 son aplicables a los procesos de cobro por jurisdicción coactiva que adelanta el citado ente de control.

CRA
13466-39
2-5

17/05/07
12:24

DR. MATEO
17-05-07
Rueda
17507.

Por lo anterior y con el debido respeto, solicito a usted un concepto al respecto por cuanto en este despacho se vienen adelantando procesos de jurisdicción coactiva de acuerdo a los postulados de la ley 42 de 1993 y la Resolución Ordinaria No. 026 de 2001.

Para su conocimiento y fines pertinentes, remito copia del Decreto 4473 de 2006 y del concepto expedido por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República del 5 de enero de 2007.

En espera de su respuesta.

Cordial saludo,



ALVARO ELOY AYALA PÉREZ

Director de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva

Anexo: Lo enunciado en 14 folios

GESTIÓN PARA CREER EN LO PÚBLICO

DECRETO 4473 DE 2006

(diciembre 15)

Diario Oficial No. 46.483 de 15 de diciembre de 2006

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Por el cual se reglamenta la Ley 1066 de 2006.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el párrafo 2o del artículo 2o de la Ley 1066 de 2006,

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. REGLAMENTO INTERNO DEL RECAUDO DE CARTERA. El reglamento interno previsto en el numeral 1 del artículo 2o de la Ley 1066 de 2006, deberá ser expedido a través de normatividad de carácter general, en el orden nacional y territorial por los representantes legales de cada entidad.

ARTÍCULO 2o. CONTENIDO MÍNIMO DEL REGLAMENTO INTERNO DEL RECAUDO DE CARTERA. El Reglamento Interno del Recaudo de Cartera a que hace referencia el artículo 1o del presente decreto deberá contener como mínimo los siguientes aspectos:

1. Funcionario competente para adelantar el trámite de recaudo de cartera en la etapa persuasiva y coactiva, de acuerdo con la estructura funcional interna de la entidad.
2. Establecimiento de las etapas del recaudo de cartera, persuasiva y coactiva.
3. Determinación de los criterios para la clasificación de la cartera sujeta al procedimiento de cobro coactivo, en términos relativos a la cuantía, antigüedad, naturaleza de la obligación y condiciones particulares del deudor entre otras.

ARTÍCULO 3o. FACILIDADES PARA EL PAGO DE LAS OBLIGACIONES A FAVOR DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS. Las entidades públicas definirán en su reglamento de cartera los criterios para el otorgamiento de las facilidades o acuerdos de pago que deberán considerar como mínimo los siguientes aspectos:

1. Establecimiento del tipo de garantías que se exigirán, que serán las establecidas en el Código Civil, Código de Comercio y Estatuto Tributario Nacional.
2. Condiciones para el otorgamiento de plazos para el pago, determinación de plazos posibles y de los criterios específicos para su otorgamiento, que en ningún

caso superarán los cinco (5) años.

3. Obligatoriedad del establecimiento de cláusulas aceleratorias en caso de incumplimiento.

ARTÍCULO 4o. GARANTÍAS A FAVOR DE LA ENTIDAD PÚBLICA. Las entidades públicas deberán incluir en su Reglamento Interno de Recaudo de Cartera los parámetros con base en los cuales se exigirán las garantías, de acuerdo con los siguientes criterios:

1. Monto de la obligación.
2. Tipo de acreencia.
3. Criterios objetivos para calificar la capacidad de pago de los deudores.

PARÁGRAFO 1o. Las garantías que se constituyan a favor de la respectiva entidad, deben otorgarse de conformidad con las disposiciones legales y que deben cubrir suficientemente tanto el valor de la obligación principal como el de los intereses y sanciones en los casos a que haya lugar.

PARÁGRAFO 2o. Los costos que represente el otorgamiento de la garantía para la suscripción de la facilidad de pago, deben ser cubiertos por el deudor o el tercero que suscriba el acuerdo en su nombre.

PARÁGRAFO 3o. La regulación en el reglamento interno de cartera de cada entidad, para la procedencia de la facilidad de pago con garantía personal, debe tener como límite máximo el monto de la obligación establecido en el artículo **814** del Estatuto Tributario Nacional.

PARÁGRAFO 4o. La regulación en el reglamento interno de cartera de cada entidad, para la procedencia de la facilidad de pago sin garantías, debe satisfacer los supuestos establecidos en el artículo **814** del Estatuto Tributario Nacional.

ARTÍCULO 5o. PROCEDIMIENTO APLICABLE. Las entidades objeto de la Ley **1066** de 2006 aplicarán en su integridad, para ejercer el cobro coactivo, el procedimiento establecido por el Estatuto Tributario Nacional o el de las normas a que este Estatuto remita.

ARTÍCULO 6o. PLAZO. Dentro de los 2 meses siguientes a la vigencia del presente decreto, las entidades de que trata el artículo **1o** de este decreto, deberán expedir su propio Reglamento Interno de Recaudo de Cartera en los términos aquí señalados.

Sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir el jefe o representante legal de la entidad en el caso de no expedición del reglamento de cartera en el plazo antes señalado, los procedimientos administrativos de cobro coactivo y el otorgamiento de facilidades de pago, se adelantarán conforme a lo previsto en el

Estatuto Tributario Nacional.

ARTÍCULO 7o. DETERMINACIÓN DE LA TASA DE INTERÉS. Las obligaciones diferentes a impuestos, tasas y contribuciones fiscales y parafiscales continuarán aplicando las tasas de interés especiales previstas en el ordenamiento nacional.

ARTÍCULO 8o. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. El presente decreto rige a partir de su publicación y deroga los artículos 7o, 8o y 9o del Decreto 1240 de 1979; el Decreto 2126, del 28 de julio de 1983 y demás disposiciones que le sean contrarias.

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. C., a 15 de diciembre de 2006.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,
ALBERTO CARRASQUILLA BARRERA.