



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA

Bogotá, D.C., (5) de marzo dos mil ocho (2008)

Radicación No. 1.882

Número Único No 11001-03-06-000-2008-00014-00

Referencia: Ejercicio de Jurisdicción Coactiva por la Contraloría General de la República y la Auditoría General de la República. Aplicación de la Ley 1066 de 2006.

El Ministerio del Interior y de Justicia consulta a esta Sala si el procedimiento que se debe seguir por parte de los organismos de control fiscal para el ejercicio de la función de cobro coactivo de las obligaciones a su favor es el previsto en el Código de Procedimiento Civil -por remisión del artículo 90 de la Ley 42 de 1993-, o el establecido en el Estatuto Tributario, conforme lo previó recientemente el artículo 5º de la Ley 1066 de 2006, que establece lo siguiente:

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.

Para explicar el origen de su consulta el Ministerio hace referencia a las siguientes consideraciones:

1. Que en el ejercicio de la función de cobro coactivo por parte de la Contraloría General de la República y de la Auditoría General de la República se han presentado dos interpretaciones distintas en relación con la aplicación o no del artículo 5 de la Ley 1066 de 2006 a esas entidades:

1.1 La Contraloría General de la República¹ considera que el artículo 5º de la Ley 1066 de 2006 se aplica a esa entidad, porque expresamente se refiere a las entidades que ejercen funciones administrativas y a los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política; por tanto, el procedimiento que rige para el ejercicio de la función de jurisdicción coactiva es el previsto en el Estatuto Tributario (artículo 5º de la Ley 1066 de 2006) y no el

¹ Concepto 80112 de 2007 de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República que se adjunta por el Ministerio consultante.

establecido en el Código de Procedimiento Civil como se preveía en el artículo 90 de la Ley 42 de 1993, que en ese sentido se entiende modificado.

1.2 La Auditoría General de la República² afirma por su parte que el artículo 5 de la Ley 1066 de 2006 se refiere exclusivamente a aquellas entidades que ejercen “funciones administrativas”, de forma que dicha ley no le sería aplicable en tanto que dicha Auditoría -como la Contraloría- no cumplen “funciones administrativas diferentes a las inherentes a su propia organización”; en consecuencia, considera que el procedimiento aplicable para el cobro coactivo de las obligaciones a su favor sigue siendo el previsto en el Código de Procedimiento Civil, en los términos del artículo 90 de la Ley 42 de 1993.

2. Que la Auditoría apoya su interpretación en la **Sentencia C-189 de 1998** a partir de la diferencia que en ella se hace entre función pública, función administrativa y función fiscal, lo que impediría la asimilación de la función de control fiscal con las funciones propias de otras ramas del poder público.

En función de los anteriores elementos el Ministerio del Interior y de Justicia hace la siguiente pregunta:

“¿Cuál de las dos normas citadas, a juicio de esa Honorable Sala, debe aplicar la Auditoría y la Contraloría General de la República en el trámite de los procesos de cobro coactivo: el artículo 90 de la Ley 42 de 1993 y, por consiguiente, por remisión el Código de Procedimiento Civil o, por el contrario, el artículo 5º de la Ley 1066 de 2006, en cuanto ésta remite al estatuto tributario?”

CONSIDERACIONES

1. Planteamiento del problema

Se pregunta a la Sala cuál es el procedimiento de cobro coactivo que deben seguir la Contraloría General de la República³ y la Auditoría General de la República⁴ para el recaudo de las obligaciones a su favor, originadas en el ejercicio de la función de control fiscal que les atribuye la Constitución.

El problema surge porque mientras la Ley 42 de 1993 remite al Código de Procedimiento Civil⁵, el artículo 5º de la Ley 1066 de 2006 -norma posterior- lo hace al Estatuto Tributario.

Si bien para la Contraloría General de la República no existe duda de que esta última disposición le es aplicable, la Auditoría plantea un entendimiento distinto, pues a su juicio el artículo 5º de la Ley 1066 de 2006 sólo cubre a las entidades públicas -con o sin autonomía o régimen especial- que ejercen “funciones administrativas”; y como, según interpreta con base en la Sentencia C-189 de 1998, la función de control fiscal no puede ser considerada para ningún efecto

² Memorando Interno N.U.R. 212-3-1857 de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República que se allega con la consulta.

³ La Contraloría tiene jurisdicción coactiva de conformidad con el artículo 58 de la Ley 610 de 2001, que a su vez modificó el artículo 82 de la Ley 42 de 1993. Además, desde la Ley 6 de 1992 (art.112) se establecía expresamente que esa entidad tenía la facultad de cobrar sus obligaciones por jurisdicción coactiva.

⁴ De acuerdo con el numeral 11 del artículo 17 del Decreto 272 de 2000 al Auditor General le corresponde ejercer la función de jurisdicción coactiva en su entidad.

⁵ “ARTÍCULO 90. Para cobrar los créditos fiscales que nacen de los alcances líquidos contenidos en los títulos ejecutivos a que se refiere la presente Ley, se seguirá el proceso de jurisdicción coactiva señalado en el Código de Procedimiento Civil, salvo los aspectos especiales que aquí se regulan.”

como función administrativa, concluye que la Ley 1066 de 2006 no la cobija y que, en esa medida, el artículo 90 de la Ley 42 de 1993 continúa vigente en cuanto a la remisión al Código de Procedimiento Civil para el adelantamiento de los procesos de jurisdicción coactiva por parte de los organismos de control fiscal.

Para resolver el interrogante planteado la Sala procederá de la siguiente manera: (i) en primer lugar analizará la Sentencia C-189 de 1998 y mostrará cómo la interpretación de la Auditoría General de la República se encuentra desvirtuada en esa misma providencia; (ii) en segundo lugar, se hará referencia a la autonomía de la Contraloría y de la Auditoría como criterio que ratifica la aplicabilidad del artículo 5 de la Ley 1066 de 2006 a esas entidades.

1. El sentido de la Sentencia C-189 de 1998: la especialidad de la función de control fiscal no impide su consideración como función administrativa.

Inicialmente cabe recordar que en la Sentencia C-189 de 1998⁶ que sirve de base a los planteamientos de la Auditoría, la Corte Constitucional revisó una demanda contra los artículos 80 y 81 de la Ley 42 de 1993, los cuales califican de administrativos determinados actos de la Contraloría General de la República expedidos en los juicios de responsabilidad fiscal y señalan que los mismos se notificarán conforme al Código Contencioso Administrativo y estarán sujetos a las “acciones previstas en la ley”. A juicio del demandante, dichos artículos desconocían que conforme al artículo 267 de la Constitución Política la Contraloría General de la República no ejerce funciones administrativas “distintas a las inherentes a su propia organización” -lo que impedía calificar sus actos de administrativos-, además de que vulneraban su autonomía constitucional al permitir por esa vía la existencia de un control judicial sobre la Contraloría.

De esta providencia, la Auditoría General de la República tiene en cuenta los siguientes apartes para apoyar sus conclusiones:

“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. “

En tal contexto, la actora y los intervinientes tienen igualmente razón en insistir en que, conforme a esa nueva visión del principio de separación de poderes, 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 adelantan la administración central y las administraciones seccionales.

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”⁷. 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

⁶ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁷ Sentencia C-100 de 1996. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No 6

'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'⁸."

Sin embargo, estos párrafos sólo corresponden a la primera parte de la sentencia, en los que la Corte Constitucional apenas establece una visión general sobre la existencia de órganos autónomos encargados de las funciones de control y electoral, distintas de las ejercidas por las tres ramas del poder público (art. 113 C.P.).

En ese sentido, algunas consideraciones posteriores de la misma sentencia llevan a la Sala a una conclusión diferente a la propuesta por la Auditoría General de la República.

En efecto, la Corte señaló enseguida que si bien las contralorías no hacen parte de la rama ejecutiva, ni ejercen funciones de gobierno o de ejecución administrativa, salvo aquellas estrictamente referidas a su organización interna, no es contrario a la Constitución que la ley otorgue "naturaleza administrativa" a sus actuaciones, pues "es equívoco sostener que la distinción entre la función administrativa y las labores de control fiscal implica que la ley no puede atribuir naturaleza administrativa a las actuaciones de control desarrolladas por las contralorías".⁹ (subrayado fuera del texto).

Aclaró entonces la Corte que la diferenciación entre función administrativa y función fiscal es importante en dos ámbitos específicos que son importantes para efectos de esta consulta: (i) para evitar que se pueda entender que las contralorías están sujetas al poder de tutela administrativa del Ejecutivo; y, especialmente, (ii) para fijar una *cláusula límite* en el ejercicio de la función de control fiscal por parte de los órganos que la detentan, en el sentido que a través de ella **no se puede coadministrar a las entidades vigiladas**.

En ese contexto, la expresión "*no tendrá funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización*" (art. 267, inciso 4º C.P.) significa en relación con la Contraloría General de la República que "la única función propiamente de actuación administrativa que ejercen los contralores es la relativa a la organización interna de la entidad, como puede ser la ejecución del presupuesto y el nombramiento de funcionarios, por lo cual, al desarrollar la actividad de fiscalización, estos órganos de control deben evitar convertirse en coadministradores"¹⁰.

Por ello, la providencia en cita advierte sobre la debilidad del razonamiento hecho por el demandante a partir de una supuesta incompatibilidad entre la autonomía

⁸ Cf. Hernando Herrera et al. "Informe Ponencia sobre Estructura del Estado" en Gaceta Constitucional No 59, p. 10.

⁹ Cfr. Sentencia C-189 de 1998.

¹⁰ En la misma Sentencia C-189 de 1998 se dijo: "En efecto, un análisis sistemático de las disposiciones constitucionales y de los propios debates en la Asamblea muestra que la voluntad del Constituyente fue evitar ante todo la coadministración por los órganos de control, por lo cual quiso distinguir, sobre todo en materia de gasto, la función ejecutiva administrativa (ordenación del gasto) de la función de control (verificación de su legalidad y eficacia y eficiencia de gestión)." (ibídem). Sobre este aspecto, ya en sentencia C-176 de 1995 la Corte había señalado que "se termina con la coadministración que se ejercía mediante el control fiscal previo; se introducen en la marcha del Estado criterios de racionalidad, y se dispone el control de los fines u objetivos del poder público. (...) Esta función tiende a evitar que el control incida negativamente en la administración, de manera que los sujetos de este control dependan de autorizaciones previas a la ejecución de sus actos, igualmente es selectiva en cuanto que no deben ser objeto de control todas las actuaciones, sino aquellas que la Contraloría estime deben ser revisadas, sin que se congestione la actividad administrativa de los sujetos controlados." (se subraya). Igualmente, puede verse la Sentencia C-374 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

de la función fiscal y la naturaleza administrativa de las decisiones de los órganos de control, frente a lo cual indica¹¹:

“Así, el argumento de la actora puede ser resumido y formalizado de la siguiente manera:

Premisa 1: Las funciones de control y de administración son dos actividades diversas (CP arts 115 y 119).

Premisa 2: La Constitución quiso distinguir esas funciones y las atribuyó a órganos distintos (CP arts. 113, 115 y 119).

Premisa 3. La Carta restringió entonces las contralorías a la actividad específica de control, por lo cual limitó de manera expresa su acción administrativa exclusivamente a aquellos actos que se relacionan con su organización interna (CP . 267)

Conclusión: Por consiguiente, los actos de las contralorías, cuando adelantan sus funciones de control, no pueden ser definidos por la ley como administrativos, pues se estarían vulnerando las anteriores premisas constitucionales.

La Corte considera que las premisas del razonamiento son válidas pues tienen sustento en la propia Carta. Sin embargo, la conclusión no se desprende de ellas, ya que la inferencia, a pesar de su apariencia lógica, es equivocada pues se basa en una ambigüedad conceptual y semántica. Así, la actora identifica el sentido de la palabra “administrativo” en la conclusión y en las premisas, ya que presupone que la definición legal de un acto como administrativo convierte la actuación así definida en una forma de ejercicio de una función administrativa. Sin embargo, un análisis más detenido muestra que ello no es obligatoriamente así pues el sentido de la palabra en ambos casos es diverso. En las premisas, esa expresión hace referencia a que la autoridad desarrolle una función administrativa, mientras que en la conclusión, el efecto de que la ley atribuya naturaleza administrativa a un acto es permitir su impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por ende, la definición de un acto de control de una entidad como “administrativo” en manera alguna convierte la actuación de esa entidad en una actividad de “administración”, esto es, de ejecución administrativa o de desarrollo de una función administrativa. Así, desde tiempo atrás, la ley colombiana ha atribuido a la supervigilancia adelantada por la Procuraduría contra los funcionarios de la rama ejecutiva una naturaleza administrativa, por lo cual sus actos son impugnables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, ese hecho no implica que se confunda la función disciplinaria de la Procuraduría con las labores de ejecución administrativa desarrolladas por los miembros del Ejecutivo. En ese mismo orden de ideas, la atribución de carácter administrativo a una tarea de control de la Contraloría no convierte a esa entidad en un órgano de administración activa, puesto que tal definición tiene como único efecto permitir la impugnación de esa actuación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.” (se subraya).

En consecuencia, frente a la pregunta planteada por la Corte en la misma Sentencia C-189 de 1998, sobre si *¿significa entonces que los actos de la contraloría, por no ser producto de una ejecución administrativa, no pueden ser de naturaleza administrativa, sino de otro carácter?*, esa corporación responde negativamente con base en las siguientes razones:

14- Conforme a lo anterior, es claro que la Constitución no prohíbe que se atribuya naturaleza administrativa a los actos de control de las contralorías, siempre y cuando eso no se traduzca en una coadministración por parte de esas entidades, ni en una vulneración de la autonomía misma de los órganos de control.

(...) Por ende, el interrogante que surge es si, en los anteriores términos, la definición de los juicios fiscales como administrativos y su revisión por la jurisdicción de lo contencioso administrativo es admisible. Y para la Corte la respuesta es claramente afirmativa, por las siguientes razones.

En primer término, los procesos de responsabilidad fiscal tienen claro sustento constitucional. Así, la Carta señala que corresponde a la Contraloría proteger el buen manejo de los fondos

¹¹ En el caso de la consulta, el razonamiento de la Auditoría parte de supuestos casi idénticos a los que desvirtúa la Corte: (i) La Auditoría ejerce función fiscal y no administrativa según la Constitución y la Sentencia C-189 de 1998; (ii) el artículo 5º de la Ley 1066 de 2006 se refiere a las entidades del estado y órganos autónomos que ejercen función administrativa; (iii) En consecuencia, la Ley 1066 de 2006 no le es aplicable a la Auditoría porque ejerce función fiscal y no administrativa. Como se observa, este razonamiento es equivocado.

públicos, atribución que incluye la posibilidad de adelantar juicios fiscales como los previstos por la norma impugnada (CP art. 268 ord. 5º).
(...)

En segundo término, esta Corte ha señalado que la Contraloría, si bien es un órgano autónomo, no es autárquico y se encuentra sometido a controles y, en especial, al principio de legalidad. Por ende, es claro “que la regulación del proceso de responsabilidad fiscal corresponde al legislador, conforme a los arts. 6, 29, 121, 124, 150-23 de la Constitución”, por lo cual en principio nada se puede objetar a que el Congreso regule la naturaleza de estos procesos y les atribuya carácter administrativo.

Así, la Corte concluye que conforme a su “reiterado” criterio sobre la “naturaleza esencialmente administrativa de los procesos de responsabilidad fiscal,” las expresiones demandadas de los artículos 80 y 81 de la Ley 41 de 1992, en cuanto califican como administrativos los actos de las contralorías, no son contrarios a la Constitución Política, pues respetan la autonomía de estas entidades, a la vez que garantizan el control judicial de sus actuaciones.

Se observa entonces que la Sentencia C-189 de 1998 no le otorga carácter absoluto a la distinción entre funciones administrativas y de control fiscal como lo afirma la Auditoría General de la República. Esa diferenciación solamente adquiere relevancia en contextos específicos en los que, para evitar interferencias indebidas del Ejecutivo sobre los organismos de control y, especialmente, fenómenos de coadministración por parte de estos últimos sobre las entidades sujetas a su vigilancia, es necesario diferenciar **“la administración activa”** (que es inherente pero no exclusiva de la rama ejecutiva) de **“la administración pasiva” o de control** cuya tarea “no es ejecutar acciones administrativas sino verificar la legalidad y, en ciertos casos, la eficacia y eficiencia de gestión de la Administración activa”¹².

Conforme a lo anterior, para esta Sala es claro que la actividad de los organismos de control puede ser entendida como administrativa por el legislador en contextos generales que no afectan el núcleo central de su autonomía ni desvirtúan la prohibición constitucional de coadministración. En ese orden, no resulta incompatible el encuadramiento de los actos de control fiscal en la teoría general de los actos administrativos, ni su entendimiento desde la perspectiva general de las actividades administrativas del Estado¹³.

En síntesis, la Sala encuentra que no se puede concluir, como lo afirma la Auditoría, que el artículo 5 de la Ley 1066 de 2006 sea inaplicable a los organismos de control fiscal, bajo la consideración de que su función no tiene naturaleza administrativa.

2. Aplicación del artículo 5º de la Ley 1066 de 2006 a los órganos autónomos o con régimen especial derivado de la Constitución Política de 1991.

Ahora bien, además de lo ya expuesto, el artículo 5º de la Ley 1066 de 2006 extiende expresamente su ámbito de aplicación a los órganos autónomos o con régimen especial, lo que confirma la interpretación de la Contraloría General de la República sobre la aplicación de dicha ley a los órganos de control fiscal. En efecto, dicho artículo dispone:

“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

¹² Cfr. Sentencia C-189 de 1998.

¹³ Ibídem.

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.” (se subraya)

En este sentido, en relación con la autonomía de la Contraloría General de la República la jurisprudencia ha indicado:

“Como órganos autónomos e independientes, determinó el artículo 117 Superior los denominados “*de control*”, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, ésta última que tiene a su cargo *la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración*. (C.P. art.119). *Esta lógica de separación, independencia y autonomía otorgada a la Contraloría General de la República, anuncia por sí misma, la concepción que se consagra en la nueva Constitución del control fiscal.*

De acuerdo con lo previsto en el artículo 267 de la Constitución, le corresponde a la Contraloría General de la República ejercer la función pública de control fiscal, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la nación. Norma que igualmente ha determinado, que la Contraloría es una entidad de carácter técnico, que no tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización; y también, le otorga directamente la Constitución, autonomía administrativa y presupuestal, como un reflejo de la estructura orgánico-funcional básica del Estado.”¹⁴

Por tanto, respecto de la Contraloría no cabe duda que de conformidad con los artículos 119 y 273 de la Constitución, su naturaleza es, como se ha dicho, la de “un órgano autónomo de creación constitucional”.¹⁵ De ahí que, no haya lugar a equívocos sobre la sujeción de esa entidad al artículo 5º de la Ley 1066 de 2006.

Ahora bien, el artículo 274 de la Constitución establece que el control fiscal sobre la Contraloría General de la República será realizado por un auditor nombrado por dos años por el Consejo de Estado, quien ejercerá sus funciones en los términos en que lo señale la ley. Dicho mandato está desarrollado en el Decreto 272 de 2000, en el cual se establece que “la Auditoría General de la República es un organismo de vigilancia de la gestión fiscal, dotado de autonomía jurídica, administrativa, contractual y presupuestal, el cual está a cargo del Auditor de que trata el artículo 274 de la Constitución Política” (art.1).

En relación con esta Auditoría cabe señalar que aunque su regulación constitucional no tiene la misma intensidad que la prevista para la Contraloría, la Corte Constitucional le ha reconocido un régimen especial de autonomía, en el entendido que tanto esa entidad como la Contraloría General de la República ejercen una misma función (de control fiscal) y, por ende, deben contar con iguales presupuestos normativos y materiales para su ejercicio¹⁶.

Así, al estudiar la constitucionalidad del artículo 81 de la Ley 106 de 1994, según el cual la Auditoría era una “dependencia” de carácter técnico, “adscrita” al Despacho del Contralor General, la Corte señaló¹⁷:

“Aunque la norma constitucional no especifica en qué términos debe desarrollarse la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República por parte del

¹⁴ Sentencia C-1176 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁵ Sentencia C-655 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil. En el mismo sentido, Sentencia C-462 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁶ Sobre la autonomía de la Auditoría General de la República también se pueden consultar los Conceptos 550 de 1993, M.P. Jaime Betancur Cuartas y 1392 de 2002, M.P. Susana Montes Echeverri. En este último se señaló: (...) por consiguiente, la función de vigilancia de la gestión fiscal que realiza la Auditoría General de la República es de la misma naturaleza, comprende el mismo objeto y tiene el mismo alcance, que la gestión fiscal que ejercen la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales respecto de las entidades por ellas vigiladas”.

¹⁷ Sentencia C-499 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

auditor, la vigencia del principio de legalidad y de los principios de moralidad y probidad en el manejo de los recursos y bienes públicos impone concluir que la anotada vigilancia debe producirse con la misma intensidad y de conformidad con los mismos principios que regulan el control fiscal que la Contraloría General de la República realiza frente a las restantes entidades y organismos del Estado. **Si ello es así, la auditoría a que se refiere el artículo 274 de la Constitución Política debe contar con todas aquellas garantías de autonomía que el Estatuto Superior depara a los órganos que llevan a cabo la vigilancia de la gestión fiscal en Colombia para la realización de sus funciones.**¹⁸ (se subraya)

Posteriormente, en la Sentencia C-1339 de 2000¹⁹ se analizó la constitucionalidad de diversos apartes del Decreto 272 de 2000 referentes a la autonomía de la Auditoría General de la República, frente a lo cual la Corte indicó (se subraya):

“b) En relación con el cargo según el cual el art. 1º crea un nuevo órgano, no previsto por el art. 274 de la Constitución, al señalar que la Auditoría General de la República es un organismo encargado de la vigilancia de la gestión fiscal de las contralorías, dotado de autonomía jurídica, administrativa, contractual y presupuestal, la Corte considera que no le asiste razón al demandante.

En efecto, como lo señaló la Corte en la sentencia C-499/98, es de la esencia del órgano de control de la gestión fiscal de las contralorías, su carácter técnico; estar dotado, de autonomía administrativa, presupuestal y jurídica, y poseer una estructura y organización administrativa propias, que lo habiliten para ejercer sus competencias, con la misma intensidad y de acuerdo con los principios que regulan el control fiscal que aquéllas ejercen.

No resulta inconstitucional, por lo tanto, que en desarrollo del art. 274 de la Constitución se institucionalice en la referida norma el órgano de control, con la denominación de Auditoría General de la República, con las características anotadas, y que se institucionalice igualmente el órgano persona, es decir, el Auditor, bajo cuya dirección se encuentra aquélla.”

Así, siguiendo este razonamiento, la Sentencia C-402 de 2001 señaló que “el artículo 274 de la Constitución también le atribuye autonomía e independencia a la Auditoría General de la República, cuando le asigna la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la Nación.”²⁰ En ese mismo sentido y de manera aún más reciente, la Corte Constitucional ratificó la regla de autonomía que rige el funcionamiento de la Auditoría General de la República²¹, respecto de la cual indicó:

¹⁸ Con base en lo anterior la Corte declaró la inconstitucionalidad de la expresión “adscrita” y la constitucionalidad condicionada de la expresión “dependencia”, bajo el entendido que esta última se refiere “a un órgano de fiscalización autónomo de origen constitucional.” (ibídem).

¹⁹ M.P. Antonio Barrera Carbonell. También puede verse la Sentencia C-1174 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁰ M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha señalado que “en el artículo 274 de la Carta, la Auditoría General de la República quedó prevista como organismo de rango constitucional” (Concepto 1392 de 2002, M.P. Susana Montes Echeverri).

²¹ Es importante tener en cuenta que la autonomía de los órganos constitucionales autónomos y, en particular, de los que ejercen control fiscal, debe ser entendida dentro de la concepción unitaria del Estado Social de Derecho, en el cual el concepto de autonomía “carece de un alcance tal que involucren la ausencia de sometimiento a los cánones constitucionales que regulan la función pública ejercida por los organismos del Estado.” (Sentencia C-315 de 2007., M.P. Jaime Córdoba Triviño). En el mismo sentido, la sentencia C-319 de 2007, M.P. Jaime Araújo Rentería, señaló que la autonomía de la Auditoría General de la República no comporta su liberación de los principios fundamentales del Estado de Derecho: “En consecuencia, siendo la *Auditoría General de la República* un órgano del Estado y el *Auditor General de la República* un servidor público de éste, se encuentran sometidos y subordinados a lo que el Estado de Derecho especifique como competencias y atribuciones suyas, tal y como lo determinan los artículos 6º, 121, 122 y 123 de la Constitución Política (numeral 10 de esta providencia).” En esa medida, el legislador tiene competencia para establecer un marco jurídico que regule la actuación de los órganos autónomos, permita su integración al funcionamiento del Estado y facilite su articulación con los fines, principios y valores constitucionales: “En síntesis, el control fiscal constituye una actividad de exclusiva vocación pública que tiende a asegurar los intereses generales de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, de manera tal que se aseguren los

“10. La autonomía de la Auditoría General de la República

10.1. El artículo 274 Superior dispone que la vigilancia de la gestión Fiscal de la Contraloría General de la República será ejercida por un auditor elegido para periodos de dos años por el Consejo de Estado, de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia. Acerca del reconocimiento constitucional de la AGR, decisiones anteriores de esta Corporación han insistido que dicha entidad debe estar cobijada por las prerrogativas necesarias para el ejercicio adecuado e imparcial del control fiscal externo, en sus facetas de control financiero, de gestión, de legalidad y de resultados.”

(...)

10.2. Bajo estos presupuestos, el carácter técnico del control fiscal impone la necesidad que los organismos que lo ejercen, en este caso la AGR, gocen de autonomía administrativa, presupuestal y jurídica, al igual que de *“una estructura y organización administrativa propias, que lo habiliten para ejercer sus competencias, con la misma intensidad y de acuerdo con los principios que regulan el control fiscal que aquellas ejercen”*.²²

Así entonces, no existen argumentos para afirmar, como lo hace la Auditoría General de la República, que el artículo 5 de la Ley 1066 de 2006 no es aplicable a esa entidad y, en general, a los órganos de control fiscal.

En este sentido, esta Sala ya había señalado que la Ley 1066 de 2006 unificaba las formas de cobro coactivo, inclusive para los órganos autónomos y entidades con régimen especial derivado de la Constitución, en orden a garantizar para todas ellas el ejercicio de esa función “en forma ágil, eficiente, oportuna y a través de un mismo procedimiento”.²³ Además, los antecedentes de la ley son claros en este propósito.

En efecto, en el debate del proyecto en la plenaria de la Cámara del proyecto de ley, se consagraron los dos objetivos del artículo 5 de la Ley 1066 de 006: (i) dotar de jurisdicción coactiva a todas las entidades del Estado, incluyendo a los órganos autónomos y entidades con régimen especial previsto en la Constitución; y (ii) unificar para el procedimiento de cobro coactivo para todas ellas, utilizando las herramientas de eficiencia y flexibilidad previstas en el Estatuto Tributario. Al respecto se señaló:

“Artículo 5°. Este artículo cumple dos propósitos fundamentales del proyecto, con el fin de dar herramientas para el cobro a las entidades que tienen cartera a su favor.

En primer lugar se permite a todas las entidades públicas usar la jurisdicción coactiva para el cobro de sus acreencias. Por supuesto, siguiendo los pronunciamientos de la honorable Corte Constitucional sobre este asunto, el uso de esta jurisdicción solamente se establece para el cobro de las obligaciones que resultan respecto del ejercicio de funciones administrativas ejercidas por los órganos estatales. No es posible tener como destinatarios de la ley otras entidades que realicen funciones y actividades que se asemejan a las que desarrollan habitualmente los particulares, como por ejemplo las entidades financieras del Estado.

En segundo lugar, la Comisión Tercera aprobó la propuesta de los ponentes de establecer de manera general la unificación del procedimiento aplicable a todas las entidades públicas que tengan la jurisdicción coactiva. Además, con esto se logra otro objetivo inherente también al espíritu mismo de la iniciativa legislativa, cual es el de homologar los

fines esenciales del Estado de servir a aquélla y de promover la prosperidad general, cuya responsabilidad se confía a órganos específicos del Estado como son las Contralorías (nacional, departamental, municipal), aunque con la participación ciudadana en la vigilancia de la gestión pública (art. 1o.,2o., 103, inciso 3 y 270 de la C.P.)” (Sentencia C-374 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell).

²² Sentencia C-315 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño. E en esta sentencia se declaró exequible el literal b del numeral 1 del artículo 3° de la Ley 909 de 2004, que sujetó a la Auditoría General de la República al régimen de carrera administrativa.

²³ Concepto 1835 del 9 de agosto de 2007, M.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

procedimientos y las condiciones de cobro de toda la cartera pública. Sobre este asunto, se propone hacer aplicable a todas las entidades públicas el procedimiento establecido en el Estatuto Tributario, actualmente aplicado por la DIAN, y por las entidades territoriales en virtud del artículo 59 de la Ley 788 de 2002. Este procedimiento ha mostrado el máximo de efectividad, y la legalidad y constitucionalidad del mismo han sido revisadas por los tribunales jurisdiccionales respectivos.”²⁴

Nótese especialmente en el aparte subrayado que la intención del legislador al referirse a “funciones administrativas” es únicamente hacer claridad en que el ámbito de aplicación de la ley no se extiende a las entidades del Estado cuyo objeto principal es el desarrollo de actividades puramente privadas²⁵, más no la de establecer una contraposición con otras funciones del Estado como lo interpreta la Auditoría General de la República.

Igualmente, en la exposición de motivos del proyecto de ley se hace énfasis en la adopción de una visión de “Tesoro Público” que comprende a la Nación, las entidades descentralizadas por servicios, las entidades territoriales y, además, desde un punto de vista genérico, a los órganos constitucionales autónomos:

“A salvo lo referido en el artículo 128 de la Constitución Política, que resulta meramente descriptivo, no existe ninguna definición constitucional, enunciativa, sobre la cual puede erigirse el concepto de tesoro público. Se trata de una noción que el ordenamiento la da por existente, tal y como se indica en su consulta, en virtud de un contenido que emerge bien sea legal, jurisprudencial o doctrinariamente.

El artículo 128 de la Constitución Política (disposición ya existente en el Acto Legislativo 1 de 1936, artículo 23), indica que el Tesoro Público está conformado por “el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”, que en este proyecto también estamos ampliando a los órganos autónomos de la acción que no hacen parte de las Ramas del Poder Público.”²⁶

²⁴ Ponencia para Segundo Debate en la Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso 256 del 13 de mayo de 2005. En el mismo sentido, en la ponencia para primer debate en el Senado se volvió a señalar: “Al efecto unifica el procedimiento de cobro para todas las entidades a fin de que apliquen el establecido en el E. T. Se introducen modificaciones al Estatuto para la mejor fiscalización y cobro de obligaciones tributarias. Se facilita el pago sin incurrir en amnistías y saneamientos que hoy, al tenor de las sentencias de la Corte Constitucional, están cuasiprohibidos, dados los condicionamientos de los proveídos” (Gaceta del Congreso 709 de 2005) En el mismo sentido puede verse la ponencia para segundo debate en la Plenaria del Senado, Gaceta del Congreso 883 de 2005.

²⁵ En la misma ponencia para segundo debate en la Cámara se advierte que “las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, suelen competir en igualdad de condiciones con los particulares. Así, la conversión de estas entidades en “jueces” y partes puede afectar el equilibrio de las relaciones entre aquellas y los particulares, con quienes compiten libremente en actividades industriales y comerciales”. Por ello, tales entidades no tendrían jurisdicción coactiva. (Gaceta del Congreso 256 del 13 de mayo de 2005)

²⁶ Proyecto de Ley 296 Cámara. Gaceta del Congreso 61 del 23 de febrero de 2005. Allí mismo se indicó: “La jurisdicción coactiva se ha entendido como un privilegio de la Administración, que consiste en la facultad de cobrar directamente, sin que medie intervención judicial, las deudas a su favor, adquiriendo la doble calidad de juez y parte, cuya justificación se encuentra en la prevalencia del interés general, en cuanto dichos recursos se necesitan con urgencia para cumplir eficazmente los fines estatales. Adicionalmente, es una medida que evita la utilización de la Rama Judicial para este tipo de eventos trayendo una utilización óptima de los recursos públicos.

Siendo concientes de sus bondades, es necesario que cualquier entidad de carácter público que dentro de sus funciones tengan la de recaudar rentas o caudales públicos pueda acudir a este procedimiento especial.”

Así, fue expresa la intención del legislador en cuanto a que la función de jurisdicción coactiva se ejerciera según unas mismas normas de procedimiento - las del Estatuto Tributario-, más flexibles y eficientes para el Estado:

“Es por ello, que el Gobierno Nacional quiere presentar a la consideración del Congreso de la República el presente proyecto de ley que tiene como objetivo primordial brindar un marco legal para que los servidores públicos que tengan a su cargo el manejo y recaudo de créditos a favor del Tesoro Público puedan gestionarlo eficientemente, definir los principios y reglas básicas de la función de recaudo y establecer los mecanismos para flexibilizar, facilitar y mejorar esta función. ¿Por qué se necesita ley?

La rigidez con que la Constitución Política determina la función administrativa y la actuación del servidor público, hacen que deba prohibirse desde la misma ley, cuales son las obligaciones y facultades de cada servidor público o de particulares que están de manera permanente cumpliendo con funciones públicas en especial del cobro de cartera y de las posibilidades de realizar los acuerdos de pago respectivos.

El punto de partida, indiscutiblemente, es la falta de normatividad de carácter legal que regule la materia de recaudo de cartera de forma uniforme, hay algunos apartes desconectados que sirven de soporte, muchas veces en gracia de interpretaciones o de analogías para las actuaciones de los servidores públicos. No hay un marco regulatorio que dé reglas claras para el ejercicio de la función recaudadora a favor del tesoro público.”²⁷

3. Conclusiones.

Conforme a lo expuesto en los numerales 1 y 2 de esta consulta, la Sala concluye sin mayores esfuerzos que el artículo 5º de la Ley 1066 de 2006 cobija a los organismos de control fiscal, pues su ámbito de aplicación se extiende expresamente a la generalidad de entidades del Estado y, en particular, a “los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política”, más allá de que ejerzan o no funciones administrativas.

Entonces, resulta forzoso concluir que la ley incluyó a los órganos que ejercen funciones públicas del Estado de manera separada de las ramas del poder -como sucede con la de control fiscal-, bien bajo la consideración de que aquéllos tienen un régimen legal especial o de autonomía derivado de la Constitución -como claramente se da en el caso de la Contraloría y se ha entendido también aplicable para la Auditoría-, bien porque en el contexto de la función de recaudo de las obligaciones a favor del tesoro, la actividad que se desarrolla para la determinación de la responsabilidad fiscal por parte de esas entidades puede ser entendida como administrativa²⁸.

Además, la Sala observa que no se afectan los presupuestos de autonomía e independencia de los organismos de control fiscal²⁹, pues en relación con éstos los efectos del artículo 5º de la Ley 1066 de 2006 sólo se proyectan al plano

²⁷ *Ibidem*. En la Sentencia C-723 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, la Corte utilizó, entre otros, estos criterios de unificación y eficiencia del recaudo de las obligaciones a favor del Tesoro de la Ley 1066 de 2006, para declarar la exequibilidad de su artículo 6 sobre la forma de imputación de pago en las obligaciones tributarias.

²⁸ Cfr. Sentencia C-189 de 1998.

²⁹ A ese respecto la jurisprudencia ha indicado que el núcleo central de la autonomía de los órganos de control fiscal se proyecta en los planos administrativo (posibilidad de desempeñar en forma independiente las funciones que les reconoce la Carta Política y la ley); presupuestal (posibilidad de decidir sobre la oportunidad de decisiones referentes a la contratación y el compromiso de recursos financieros -ordenación del gasto-); y jurídico (garantía de que en la designación de quienes tienen a su cargo la dirección de estos órganos no intervienen las entidades controladas y que los actos que expiden no serán objeto de su revisión o aprobación) (Sentencia C-402 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Igualmente pueden verse las Sentencias C-499 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-655 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.)

procedimental de su función de jurisdicción coactiva -en cuanto a la aplicación del Estatuto Tributario³⁰-, el cual opera en una etapa posterior del ejercicio mismo de la función de control fiscal. En esa etapa de cobro las diversas entidades del Estado obran con idéntica finalidad -para el recaudo de obligaciones del Tesoro-, de manera que nada se opone a que todas ellas se encuentren sujetas a una misma regulación.

De otro lado, de aceptarse la interpretación que hace la Auditoría, la expresión “incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución” del artículo 5 en cita, no tendría ningún efecto y perdería todo valor normativo, ya que si en el contexto de la Ley 1066 de 2006 se entiende que ninguna de las entidades y organismos autónomos ejercen “funciones administrativas” propiamente dichas, todos ellos quedan excluidos de su ámbito de aplicación, lo cual es claramente contrario a su tenor literal, sentido natural y finalidad.

A este respecto cabe recordar que *el principio de efecto útil de la ley* determina que se debe preferir “entre las diversas interpretaciones de las disposiciones aplicables al caso, aquella que produzca efectos, sobre aquella que no, o sobre aquella que sea superflua o irrazonable”, con lo cual se salvaguarda la voluntad del legislador y, por ende, el principio democrático que da origen a la expedición de la ley³¹.

Además, desde el punto de vista del derecho a la igualdad no es aceptable una regla de diferenciación no prevista expresamente en la ley y que para el caso concreto representaría la sujeción a una normatividad distinta de cobro coactivo según la entidad que ejerza la respectiva atribución.

Con base en las anteriores consideraciones, LA SALA RESPONDE:

En el trámite de los procesos de jurisdicción coactiva la Auditoría General de la República y la Contraloría General de la República deben aplicar el artículo 5º de la Ley 1066 de 2006 y no el artículo 90 de la Ley 42 de 1993. En consecuencia, deben remitirse al procedimiento de cobro coactivo previsto en el Estatuto Tributario.

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO
Presidente de la Sala

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA P.

GUSTAVO APONTE SANTOS

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Secretaria de la Sala

³⁰ Tanto la Contraloría como la Auditoría tienen reconocida la facultad de cobro coactivo en sus disposiciones especiales, de manera que frente a ello la Ley 1066 de 2006 no representa ninguna innovación.

³¹ Sentencia C-469 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.