



Roberto -
- lance 13/02/2012 1

CONTRALORIA MUNICIPAL DE SOACHA
NIT 832.000.669-4

DC-314-2012

Soacha, diecinueve (19) de junio de dos mil doce (2012)

Doctor
ARGEMIRO VARGAS SUAREZ
Gerente Seccional II – Bogotá
Auditoría General de la Republica
Cra 10ª No.17-18 Piso 9
Bogotá



AUDITORÍA
GENERAL



Rad No 2012-233-003915-2

Us Rad. JNRIVERA

Fecha 19/06/2012 16:20:45

Asunto : CONSULTA ARTICULO 113 RESOLUCION 2011-034 / 20 ANEXOS

Destino : / Rem CIU CONTRALORIA MUNICIPAL DE S

www.auditoria.gov.co - Auditoria General de la Republica

ASUNTO: Consulta

Respetado Doctor,

En los términos del artículo 113 Constitucional, que alude el principio de la colaboración armónica entre entidades públicas para la realización de sus fines, con todo respeto me permitó elevar la siguiente consulta:

Antecedentes:

La Contraloría Municipal de Soacha, en virtud del programa de Capacitación adoptado a través de la Resolución CMS 2011-034, en el segundo semestre del año de 2011, suscribió con los funcionarios del nivel DIRECTIVO (libre nombramiento y remoción), una serie de CONVENIOS de estudio, en los cuales se estableció como compromiso del funcionario la "obligatoriedad de

Roberto
2012
6:52



CONSULTA

En virtud del compromiso adquirido en relación a la permanencia, es preciso aclarar las dudas que al respecto surgen, tales como:

- ¿Cuál es el procedimiento a seguir para efectuar el cobro de las sumas de dinero que entregó la CONTRALORÍA, a funcionarios de libre nombramiento y remoción del nivel directivo cuando éste se retira voluntariamente de la entidad (renuncia).?
- ¿Es viable el otorgamiento del plazo para el cobro de la obligación y por cuánto tiempo máximo?.
- ¿Procede el cobro de intereses cuando se concede dicho plazo?
- ¿Cual es (I) la dependencia competente para adelantar el cobro persuasivo y/o coactivo de ser el caso, (II) diligenciar el pagaré otorgado como garantía según la carta de instrucciones, ya que la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Cobro coactivo, manifiesta verbalmente que a esa dependencia SOLO le corresponde adelantar el cobro por jurisdicción coactiva como resultado de los fallos de responsabilidad fiscal y/o sancionatorios, a pesar de existir un acto administrativo de cobro de cartera aplicable a la entidad de manera general (Resolución CMS 048-2011 “Por la cual se expide el reglamento interno del recaudo de cartera en los procesos de cobro coactivo”).

SOPORTES

Para su estudio y aclarar los temas objeto de consulta anexo al presente los siguientes documentos.

23 JUL. 2012

YY.MM.AA.111111ZZA10056LO



Radicado No: 20121100038811

Fecha: 18/07/2012

Bogotá D.C
OJ.110-042-2012

Bogotá, D.C;

Doctora
MARIA EVELIA CUBILLOS GONZALEZ
Contralora Municipal de Soacha
Carrera 7 A No. 16-43
Soacha, Cundinamarca.

Referencia: Rad. No. 2012-233-003915

Concepto sobre ejecución de obligaciones derivadas del incumplimiento de convenios educativos suscritos con funcionarios de contralorías.

Respetada Doctora Cubillos:

En atención a la petición de la referencia, de manera atenta resolvemos su inquietud en los siguientes términos:

1) Síntesis de la consulta.-

Por escrito usted solicita a esta Oficina conceptuar sobre lo siguiente:

¿Cuál es el procedimiento a seguir para efectuar el cobro de las sumas de dinero que entregó la CONTRALORÍA, a funcionarios de libre nombramiento y remoción del nivel directivo cuando éste se retira voluntariamente de la entidad (renuncia)?

¿Es viable el otorgamiento del plazo para el cobro de la obligación y por cuanto tiempo máximo?

¿Procede el cobro de intereses cuando se concede dicho plazo?

3
Mariana Rolz 23 JUL. 2012

¿Cuál es (I) la dependencia competente para adelantar el cobro persuasivo y/o coactivo de ser el caso, (II) diligenciar el pagaré otorgado como garantía según la carta de instrucciones , ya que la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Cobro Coactivo, manifiesta verbalmente que a esa dependencia SOLO le corresponde adelantar el cobro por jurisdicción coactiva como resultado de los fallos de responsabilidad fiscal y/o sancionatorios , a pesar de existir un acto administrativo de cobro de cartera aplicable a la entidad de manera general (Resolución CMS 048-2011 "Por la cual se expide el reglamento interno del recaudo de cartera en los procesos de cobro coactivo").

2) Consideraciones preliminares.-

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, nos permitimos indicar que, dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, éste ente de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que adelantamos un control posterior y selectivo de su gestión fiscal. Por lo tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares, individuales o concretas, que puedan llegar posteriormente a ser objeto de vigilancia, ya que en la medida en la que los órganos de control resultaren involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda la legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función, razón más que suficiente para emitir pronunciamientos de carácter general y abstracto.

3) Consideraciones de la Oficina Jurídica.-

De conformidad con el Decreto 272 de 2000, en su artículo 18 son funciones de la Oficina Jurídica:

"3. Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo."

Respecto a lo consultado por usted en escrito de fecha 6 de junio de 2012, me permito manifestarle que la Auditoría General de la República tiene competencia para pronunciarse sobre conceptos o consultas generales y abstractas.

En ese sentido, y con miras a dar respuesta a la temática planteada, la Oficina Jurídica procederá a pronunciarse en el mismo orden en que han sido planteados los interrogantes.

Para dar respuesta al primer interrogante es necesario considerar los hechos que anteceden su formulación, dado que la consulta está dirigida a la identificación de mecanismos idóneos para la ejecución de obligaciones derivadas del incumplimiento de convenios suscritos entre la entidad y los funcionarios.

Cobra relevancia en primer lugar, que se trata de un Convenio Educativo suscrito en el marco del plan de capacitación entre la entidad y un funcionario, a partir del cual se generaron obligaciones recíprocas para las partes; de un lado el órgano de control se obliga a sufragar parte de los estudios de posgrado adelantado por un funcionario, a quien por su parte le corresponde mantener su vinculación con la entidad durante un periodo de tiempo determinado.

Con miras a garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Convenio, fue pactada una cláusula de garantía, consistente en la suscripción de un pagaré, que se debía hacer efectivo ante un eventual incumplimiento. El peticionario solicita concepto sobre cuál es el mecanismo y quien es el funcionario competente para hacer efectiva la garantía por incumplimiento de una de las partes.

Teniendo claro que se trata de un crédito en favor de una entidad estatal, y que dicha materia se encuentra en etapa de transición normativa entre el Decreto Ley 01 de 1984 *Código Contencioso Administrativo* y la Ley 1437 de 2011 *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, se procederá a referenciar las dos normas. La primera de ellas (Decreto Ley 01 de 1984), contempla la potestad de cobro coactivo en su Título IV, haciendo una relación de los documentos que prestan mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, sin establecer reglas de procedimiento, ni un deber de recaudo en cabeza de las entidades públicas, por lo que era común que estas acudan a la jurisdicción ordinaria para hacer efectivas las obligaciones a su favor.

Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, vigente a partir del 2 de julio de 2012, se establece una regulación mucho más rigurosa en materia de cobro coactivo, así:

"ARTÍCULO 98. DEBER DE RECAUDO Y PRERROGATIVA DEL COBRO COACTIVO. Las entidades públicas definidas en el parágrafo del artículo 104 deberán recaudar las obligaciones creadas en su favor, que consten en documentos que presten mérito ejecutivo de conformidad con este Código. Para tal efecto, están revestidas de la prerrogativa de cobro coactivo o podrán acudir ante los jueces competentes."

(.....) Negrita y subrayado del Despacho.

De la norma transcrita es preciso aclarar que el ámbito de aplicación por remisión del citado artículo 98 del Código de Procedimiento Administrativo corresponde al fijado por el legislador para la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo cual implica que la potestad de cobro coactivo está en cabeza de la totalidad de entidades públicas y de los particulares cuando ejercen función administrativa.

Según lo anotado, las contralorías territoriales, dada su calidad de órganos de control fiscal de naturaleza pública, se ven cobijadas por el ámbito de aplicación en materia de potestad de cobro coactivo establecido en la ley 1437 de 2011, salvo que se trate de procedimientos iniciados antes de su entrada en vigencia.¹

No obstante lo anterior, la norma referida es de carácter potestativo, en la medida en que el inciso final del artículo 98 señala que las entidades están investidas de la facultad de cobro coactivo, pero abre la posibilidad de acudir ante la jurisdicción competente. En todo caso sí establece el deber de recaudo, sea directamente, o a través de autoridad judicial.

Por vía de doctrina se han hecho los siguientes pronunciamientos sobre el particular:

*"En general, y así ha sido en la historia legislativa de nuestro país, se conocen tres formas para cobrar las acreencias en dinero a favor de la Administración: una estrictamente judicial, que consiste en que la entidad pública titular de la obligación acuda ante los jueces civiles, mediante el proceso ejecutivo, para obtener el pago de lo que se le adeuda; otra, que también es judicial pero en donde la administración adelanta parte del procedimiento en ejercicio de funciones judiciales, consiste en que la entidad acreedora directamente adelanta la ejecución, como si fuera juez, y en donde la segunda instancia de las providencias apelables se decide por los tribunales administrativos o el Consejo de Estado; y la última, meramente administrativa, en la que el cobro se hace exclusivamente por la autoridad y existe un control judicial de tales decisiones, que tienen naturaleza de actos administrativos. **De estas tres formas, el nuevo Código opta por la última, pero faculta a las autoridades para***

¹ Ley 153 de 1887, "Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. **Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.**"

*acudir al juez con miras a adelantar un proceso judicial con el fin de obtener la satisfacción de sus acreencias.*²

(....) Negrita y subrayado del Despacho.

Teniendo claridad sobre la competencia para el ejercicio de la potestad de cobro por parte de las contralorías territoriales, es necesario analizar los presupuestos para hacer uso de tal prerrogativa, dado que al tratarse de una actuación administrativa dirigida a la ejecución de obligaciones a favor del Estado, es indispensable contar con los documentos que presten mérito ejecutivo, a partir de los cuales se da inicio a la actuación de la administración.

Al respecto el artículo 99 de la Ley 1437 de 2011 establece:

"ARTÍCULO 99. DOCUMENTOS QUE PRESTAN MÉRITO EJECUTIVO A FAVOR DEL ESTADO. Prestarán mérito ejecutivo para su cobro coactivo, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y exigible, los siguientes documentos:

(.....) 3. Los contratos o los documentos en que constan sus garantías, junto con el acto administrativo que declara el incumplimiento o la caducidad. Igualmente lo serán el acta de liquidación del contrato o cualquier acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual.

4. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas, antes indicadas, se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación.

5. Las demás que consten en documentos que provengan del deudor."

Norma de la cual se infiere que en tratándose de negocios jurídicos a partir de los cuales surgen obligaciones a favor del Estado por un eventual incumplimiento, es necesario contar, además de la garantía suscrita, con un acto administrativo que declare el incumplimiento dando lugar así, a lo que se denomina título ejecutivo complejo, en el que conste una obligación clara, expresa y legalmente exigible, que se constituye en el requisito *sine quantum* para poder iniciar de manera unilateral la actuación administrativa de ejecución.

De otro lado se debe considerar lo referente al procedimiento aplicable, para lo cual el artículo 100 del Código de Procedimiento Administrativo ha fijado las siguientes reglas:

² ARBOLEDA Perdomo, Enrique José, Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo, Segunda Edición Actualizada, Ed. Legis, 2012, pg. 155.

“ARTÍCULO 100. REGLAS DE PROCEDIMIENTO. Para los procedimientos de cobro coactivo se aplicarán las siguientes reglas:

- 1. Los que tengan reglas especiales se registrarán por ellas.*
- 2. Los que no tengan reglas especiales se registrarán por lo dispuesto en este título y en el Estatuto Tributario.*
- 3. A aquellos relativos al cobro de obligaciones de carácter tributario se aplicarán las disposiciones del Estatuto Tributario.*

En todo caso, para los aspectos no previstos en el Estatuto Tributario o en las respectivas normas especiales, en cuanto fueren compatibles con esos regímenes, se aplicarán las reglas de procedimiento establecidas en la Parte Primera de este Código y, en su defecto, el Código de Procedimiento Civil en lo relativo al proceso ejecutivo singular.”

Sobre este punto cabe anotar que la Ley 1066 de 2006 “por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública y se dictan otras disposiciones”, ordenó tramitar la totalidad de los cobros coactivos de la cartera pública a través del Estatuto Tributario, salvo las deudas originadas en obligaciones civiles o comerciales en las que las entidades actúan de manera similar a los particulares.³ Así las cosas, la procedencia y condiciones aplicables en materia de acuerdos de pago y causación de intereses de mora, debe someterse a lo dispuesto en el Estatuto Tributario Decreto 624 de 1989.

Por último y respecto de la competencia al interior de las entidades para dar trámite al procedimiento administrativo de cobro coactivo, se debe precisar que por virtud del artículo 98 de La Ley 1437 de 2011, la facultad está en cabeza de las entidades públicas (P.ej: Contralorías), que como es sabido, en principio, desarrollan sus actividades a través de su representante legal, salvo que por estructura orgánica de la entidad (Acuerdo Municipal – Ordenanza Departamental), se hubiere conferido dicha facultad a un funcionario distinto; o este sea competente a través de delegación de funciones.

En síntesis, se tiene que la intención del legislador al establecer dos vías para la ejecución de las obligaciones a favor del Estado, es no solamente promover la descongestión de despachos judiciales, sino lograr una administración pública eficiente, capaz de velar por la integridad de sus propios recursos.

³ Ley 1066 de 2006, artículo 5.



AUDITORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA

Control fiscal con pedagogía social

Este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso, por lo tanto no tiene carácter obligatorio, ni fuerza vinculante.

Atentamente,


LUZ ADRIANA VIVAS GARCÍA
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: Santiago Narváez de los Ríos - Profesional Oficina Jurídica