

CONTRALORÍA
Departamental del Caquetá

FUNCION DE ADVERTENCIA No.001

PARA: ALCALDÍA DEL MUNICIPIO DE FLORENCIA

DE: CONTRALOR DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA

ASUNTO: CONTRATO INTERADMINISTRATIVO No.001 DE FECHA 30 DE JULIO DE 2012
CELEBRADO ENTRE EL MUNICIPIO DE FLORENCIA Y LA UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSE DE CALDAS

FECHA 20 DE AGOSTO DE 2013

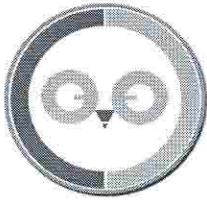
La Contraloría Departamental del Caquetá, en uso de las facultades otorgadas por el artículo 272 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 268 ibidem y siendo la misión de la Contraloría la vigilancia de la gestión fiscal de la administración pública y de los particulares que manejen bienes o recursos del Estado en su correspondiente nivel territorial, formula **Función de Advertencia** relacionada con la administración de los tributos del Municipio de Florencia.

La función de advertencia se encuentra regulada dentro de las funciones conferidas a este ente de control, como una función exclusiva y no implica un control previo sobre el manejo de los recursos.

En cumplimiento de esta atribución constitucional y en defensa de los intereses patrimoniales del Estado, la Contraloría Departamental del Caquetá debe propender por la eficiencia de la función fiscalizadora, en virtud de lo cual, la vigilancia de la gestión fiscal de la administración debe hacerse en tiempo real, en forma técnica y oportuna, no solo con el fin de resarcir el daño al patrimonio, sino de advertir y reducir los riesgos que pueden menoscabar el patrimonio público.

Por ende, este ente de control no solo está en la obligación legal de pronunciarse en forma posterior y selectiva sobre la gestión y resultados del manejo de los recursos y bienes públicos, sino que debe advertir con criterio técnico y preventivo a los gestores públicos del posible riesgo que se pueda presentar por conductas que atenten contra el patrimonio público y el fin social que su destino demanda.

De ahí, que el artículo 110 de la Ley 489 de 1998 preceptúa: "(...)Las personas naturales y jurídicas privadas podrán ejercer funciones administrativas, salvo disposición legal en contrario, bajo las siguientes condiciones: La regulación, el control, la vigilancia y la orientación de la función administrativa corresponderá en todo momento, dentro del marco legal a la autoridad o entidad pública titular de la función la que, en consecuencia, deberá impartir las instrucciones y directrices necesarias para su ejercicio. Sin perjuicio de los controles pertinentes por razón de la naturaleza de la actividad, la entidad pública que confiera la atribución de las funciones ejercerá directamente un control sobre el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por el particular. Por motivos de interés público o social y en cualquier tiempo, la entidad o autoridad que ha atribuido a los particulares el ejercicio de las funciones administrativas puede dar por terminada la autorización. La atribución de las funciones administrativas deberá estar precedida de acto administrativo y acompañada de convenios, si fuere el caso. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-866 de 1999 (...)"



CONTRALORÍA Departamental del Caquetá

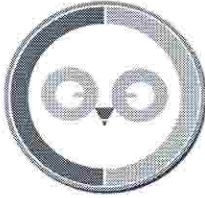
A su vez, el artículo 1 de la Ley 1386 de 2010 dispone taxativamente la **prohibición de entregar a terceros la administración de tributos**, así: "(...) no se podrá celebrar contrato o convenio alguno, en donde las entidades territoriales, o sus entidades descentralizadas, deleguen en terceros la administración, fiscalización, liquidación, cobro coactivo, discusión, devoluciones, e imposición de sanciones de los tributos por ellos administrados. La recepción de las declaraciones así como el recaudo de impuestos y demás pagos originados en obligaciones tributarias podrá realizarse a través de las entidades autorizadas en los términos del Estatuto Tributario Nacional, sin perjuicio de la utilización de medios de pago no bancarizados. Las entidades territoriales que a la fecha de expedición de esta ley hayan suscrito algún contrato en estas materias, deberán revisar de manera detallada la suscripción del mismo, de tal forma que si se presenta algún vicio que implique nulidad, se adelanten las acciones legales que correspondan para dar por terminados los contratos, prevaleciendo de esta forma el interés general y la vigilancia del orden jurídico. Igualmente deberán poner en conocimiento de las autoridades competentes y a los organismos de control cualquier irregularidad que en la suscripción de los mismos o en su ejecución se hubiese causado y en ningún caso podrá ser renovado. Las entidades de control correspondientes a la fecha de expedición de esta ley, deberán de oficio revisar los contratos de esta naturaleza que se hayan suscrito por las entidades territoriales (...)" (subrayado fuera de texto).

El día 30 de julio de 2012 la Alcaldesa del Municipio de Florencia suscribió el Contrato Interadministrativo No.001 con la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, a través de su Rector, el señor Borys Bustamante Bohorques, con el objeto de "(...) fortalecer las actividades tributarias que desarrolla la Administración Municipal de FLORENCIA y generarle un verdadero empoderamiento de sus componentes misionales a través del desarrollo y transferencia de plataformas tecnológicas tributarias, del apoyo instrumental a la gestión y las asesorías profesionales con el propósito que El MUNICIPIO incremente su recaudo, mejore la atención al contribuyente y propicie una mayor transparencia y eficiencia en los procesos (...)".

En la cláusula segunda del mencionado contrato, se establecieron entre otras, las siguientes obligaciones para la Universidad Distrital Francisco José de Caldas: "(...) **A. Plataforma Tecnológica.** 1. Implementación y transferencia tecnológica del Sistema de Información Tributaria SIT-FLORENCIA Descrito en el Anexo A. 2. Parametrización del Sistema Informático a los acuerdos y normativas municipales. 3. Creación de reportes predeterminados. 4. Utilización de computadores para la operación del sistema. 5. Comunicación a través de redes en las oficinas de la Secretaría de Hacienda. 6. Conexión con los bancos para el recaudo a través de dichas entidades (...) 8. Acciones para la Integración del SIT- FLORENCIA con la plataforma administrativa-financiera que posee el Municipio. **B. Asesorías Profesionales:** 1. Asesoría Jurídica Tributaria a través de mesas de trabajo, expedición de conceptos y comparaciones legislativas tributarias. 2. Asistencia Técnica para: a. Mantenimiento de equipos, redes y sistemas. b. Puesta en marcha de la Plataforma Tecnológica. c. Soporte en sitio para el uso del SIT. d. Complementar al personal de Hacienda según necesidades de apoyo a las autoridades municipales con tareas instrumentales y/o de información. **C. Apoyo:** (...) 2. Implementación de un contact center para atención de llamadas telefónicas y difusión de información tributaria. 3. Emisión, divulgación y envío de informaciones masivas periódicas, al domicilio fiscal o real del contribuyente, así como la entrega (sic) material de los recibos y comunicaciones en la dirección del contribuyente (...) 5. Mejoramiento locativo de las áreas de atención al contribuyente (...)" (subrayado fuera de texto).

De la misma manera, se estipuló que el plazo de duración sería hasta el 30 de diciembre de 2015, el cual puede ser prorrogado por el término de tres años y que el Municipio de Florencia transferiría al contratista un monto mensual equivalente al 14% del incremento del recaudo, basado en la siguiente fórmula: "**Transferencia Mes i: (Recaudo Mes i- Base Mes i)* 14%**", aclarando en el parágrafo de la cláusula sexta, que dicha liquidación se establece como "(...) un incentivo al cumplimiento eficiente de las obligaciones de la UNIVERSIDAD con repercusión en los logros municipales, sin que por ello se esté realizando por parte de ésta una gestión o administración del recaudo (...)" (subrayado fuera de texto).

Sumado a lo anterior, se impuso una cláusula de salvaguarda de datos y confidencialidad, donde se determina que los archivos del Municipio de Florencia y los datos contenidos en ellos, serán y permanecerán como propiedad y reserva del ente territorial, conforme lo establecido en el artículo 693 del Estatuto Tributario y que los **sistemas** son propiedad exclusiva de la Universidad, en tanto que las **bases de datos** son del Municipio.



CONTRALORÍA Departamental del Caquetá

Así mismo, el citado Contrato Interadministrativo determina que la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, será la única responsable por la vinculación de personal que preste los servicios para la ejecución del objeto y obligaciones estipuladas, según la cláusula novena, y que ésta requerirá por escrito toda la información necesaria para el inicio de las actividades contratadas, de acuerdo a la cláusula octava.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta¹, ha precisado lo siguiente: "(...) de conformidad con lo prescrito en los artículos 560 y 688 del Estatuto Tributario, aplicables a los municipios por mandato del artículo 66 de la Ley 383 de 1997, es al jefe de la Unidad de Fiscalización de la Administración Tributaria a quien corresponde proferir los actos de trámite en los procesos de determinación de impuestos, y a los funcionarios de esa Unidad, adelantar las actuaciones preparatorias respecto de los actos de competencia del jefe del primero. También tienen facultades de fiscalización tributaria los jefes de las divisiones y dependencias, así como los profesionales de la misma entidad en quienes se deleguen tales funciones. Sin embargo, la legislación tributaria no prevé la posibilidad de delegar en particulares la facultad de fiscalización y determinación de los tributos, y como se sabe, el funcionario público sólo puede hacer aquello que la Constitución y la ley le autoricen. Como de acuerdo con las normas citadas, no se puede delegar en los particulares la facultad de fiscalización tributaria, resulta ilegal y violatoria del debido proceso, y, por lo mismo, constituye motivo de nulidad, la delegación de funciones que hizo el municipio de Dosquebradas, en cabeza de un tercero (subrayado fuera de texto).

En el mismo sentido, la misma Corporación en Fallo de fecha 17 de mayo de 2007² analiza el contrato celebrado por la Alcaldía de Neiva y una firma de abogados para el cobro coactivo de los impuestos, evaluando la intervención de los particulares desde la perspectiva de la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios, de la etapa de fiscalización y determinación tributaria y el procedimiento administrativo de cobro coactivo, así:

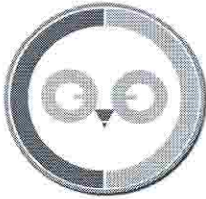
"(...) La atribución de funciones administrativas no será posible si la competencia del funcionario administrativo resulta vaciada de contenido por el particular, es decir, si la Administración es reemplazada totalmente en su función (...) El particular a quien se le atribuyen funciones administrativas, en la fase persuasiva del cobro coactivo, podrá contactar directamente al contribuyente para cobrarle las deudas tributarias, siempre y cuando la Administración conserve la regulación, control, vigilancia y orientación de la función, lo cual no se satisface desde una perspectiva formal, sino con el cumplimiento material de lo prescrito por el inciso 2 del artículo 110 de la Ley 489 de 1998 (...) Las actividades en las cuales la Administración ejerce el cobro coactivo propiamente dicho, como la expedición del mandamiento de pago, la solución de recursos, los actos de embargo y secuestro, la celebración de acuerdos de pago, etc., no pueden ser atribuidas a los particulares por cuanto se estaría vaciando de contenido la función administrativa. Bajo ninguna circunstancia la Administración podrá atribuir a los particulares las atribuciones relacionadas con la investigación de los bienes de los deudores (...) Las actividades correspondientes a la determinación y fiscalización tributaria, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto Tributario respecto de la reserva de la información, y en consonancia con el pronunciamiento jurisprudencial de la corporación referido, son exclusivas de la Administración y no pueden ser atribuidas a particulares en cuanto versan sobre la fijación de la obligación tributaria sustancial, y, por ende, no representan actividades instrumentales(...)"(subrayado fuera de texto).

De la misma manera, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público³, frente a la gestión tributaria que está a cargo de los funcionarios competentes, puntualizó: "(...) Está prohibida la contratación de todas las actuaciones propias del ejercicio de la facultad de fiscalización y liquidación. El Estatuto Tributario Nacional señala el contenido de las facultades de

¹ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Radicado No.66001-23-31-000-1999-0902-01 de fecha 22 de septiembre de 2004, donde se determina "(...) otro aspecto de la violación del debido proceso que alegó la parte actora fue la indebida delegación que hizo el Municipio de su facultad de fiscalización tributaria, en cabeza de una firma auditora particular, cuyo informe fue la única prueba que tuvo en cuenta para proferir los actos acusados. Al respecto, la Sala precisa que le asiste razón a la actora, pues el municipio delegó la fiscalización tributaria en la firma auditora Consultando Ltda., sin tener facultades para ello. Fue esta compañía quien practicó visitas, pidió explicaciones y rindió los informes que sirvieron de base al municipio para expedir los actos demandados (...)"

² Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicado No.4100123310002004.

³ Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Boletín No.22 de fecha septiembre de 2010.



CONTRALORÍA Departamental del Caquetá

fiscalización e investigación y cuáles son las actuaciones que forman parte del mencionado procedimiento (...). Así mismo, está prohibida la contratación de las actuaciones que forman parte del procedimiento administrativo de cobro coactivo en sus fases persuasiva y coactiva que correspondan a la expedición de los actos administrativos que lo conforman (...). En punto de herramientas tecnológicas, resulta obvio que la administración de la información, que es el insumo esencial para verificar y requerir el cumplimiento de las obligaciones de los contribuyentes, exige que la entidad cuente con bases de datos idóneas, programas que le permitan efectuar liquidaciones oficiales y el correspondiente cargue de la información relativa a los pagos y su aplicación, y en general todos los aplicativos que faciliten y dinamicen, en condiciones técnicas idóneas, el control tributario por parte del departamento, distrito o municipio (...)" (subrayado fuera de texto).

Por otra parte, respecto a la transferencia económica establecida en la cláusula sexta del Contrato Interadministrativo No.001 de 2012, realizada al contratista por un monto mensual equivalente al 14% del incremento del recaudo, basado en la fórmula "Transferencia Mes i: (Recaudo Mes i- Base Mes i)* 14%", es preciso resaltar lo expresado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en su Boletín No. 7 de noviembre de 2007, así:

"(...) En relación con la remuneración que se podría pactar por la entrega de precisos productos dentro de un contrato por parte de la administración, esta Dirección ha insistido en los límites para ligar la remuneración de tales contratos con los recaudos obtenidos. Lo anterior, en consideración a que si la gestión tributaria indelegable está reservada exclusivamente a la administración y es este tipo de gestión la que explica los valores recaudados distintos del recaudo vegetativo (el cual es explicado solo por la voluntad del contribuyente), entonces resulta desproporcionado y cuestionable la existencia de una remuneración de contratista atada al recaudo. No parece ni racional ni razonable que a un contratista, que debe limitar su participación a la provisión de precios productos, se le remunere teniendo en cuenta el recaudo de la entidad territorial. El producto o servicio preciso debería ser susceptible de cuantificarse individualmente considerado. De hecho, vuelve a aprovecharse este espacio para llamar la atención sobre contratos, que independientemente de su denominación, han debido restringirse a la provisión de puntuales bienes o servicios; pues, además de una cuestionable remuneración en consideración al recaudo, han afectado una pluralidad de vigencias fiscales. Así, estamos en presencia de contratos que materializan gastos de funcionamiento afectando decenas de vigencias fiscales.

Todo lo anterior también se puede aplicar a los contratos de interventoría de las concesiones tributarias cuando la remuneración del contratista también se establece como porcentaje de recaudos, toda vez que en este supuesto resulta evidente la inexistencia de relación entre el producto entregado por el contratista (interventoría del contrato de concesión) y el sistema de determinación de los honorarios. Desde otra perspectiva, conviene tener presente que no existe fundamento legal alguno y como consecuencia es ilegal la imposición al contribuyente del pago de una suma de dinero por concepto de sistematización o liquidación o como quiera llamársele con objeto de remunerar al contratista. Una disposición como la anterior puede revertir en solicitudes masivas de devolución con la consecuente afectación patrimonial y de deslegitimación de la relación administración-contribuyente (...)" (subrayado fuera de texto).

En el plano presupuestal vale la pena insistir que de conformidad con la norma orgánica de presupuesto, cualquier remuneración al contratista pasa por la incorporación del ingreso a la entidad territorial y solo a partir de allí se genera la posibilidad de realizar el gasto por la remuneración del producto o servicio proveído o prestado, incorporándolo también en el presupuesto de la entidad.

Lo anterior explica la razón por la cual los honorarios deben estar previamente presupuestados, debe existir la certificación de disponibilidad presupuestal y el registro presupuestal del contrato.

En este contexto es fundamental que se tenga presente que los pagos correspondientes a cualquier actividad contractual de las entidades territoriales no pueden realizarse por el sistema de descuento directo por parte del contratista, toda vez que de verificarse tal circunstancia se constituiría en una vulneración directa de la norma orgánica de presupuesto.

