



SECRETARÍA
JURÍDICA
DISTRITAL



RÉGIMEN LEGAL DE BOGOTÁ D.C.

© Propiedad de la Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.

Secretaría
Jurídica Distrital

Concepto 3202022240 de 2020 Contraloría de Bogotá D.C.

Fecha de Expedición:

20/08/2020

Fecha de Entrada en Vigencia:

Medio de Publicación:

N/A

Temas



La Secretaría Jurídica Distrital aclara que la información aquí contenida tiene exclusivamente carácter informativo, su vigencia está sujeta al análisis y competencias que determine la Ley o los reglamentos. Los contenidos están en permanente actualización.

CONCEPTO 3202022240 DE 2020

(Agosto 20)

PARA: JOSÉ RAFAEL SANMIGUEL ROLDÁN
Director Sector Hacienda

DE: JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

ASUNTO: Concepto jurídico

REF. Correo Electrónico del 3 de agosto de 2020

Respetado Doctor:

Acorde con la comunicación de la referencia, en la cual requiere la emisión de un concepto jurídico sobre los argumentos expuestos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales- Dian, para negar la entrega de la base de datos de los contribuyentes del impuesto sobre las ventas, vigencia 2014, requerida para realizar una actuación de control fiscal, para dar respuesta al requerimiento hecho es necesario hacer las siguientes consideraciones:

1.- Competencia de la Oficina Asesora Jurídica en materia de consultas y emisión de conceptos jurídicos.

Tal como se ha señalado en comunicaciones anteriores y acorde a lo dispuesto en el artículo [36](#) del Acuerdo Distrital 658 de 2016, modificado por el Acuerdo Distrital [664](#) de 2017, son funciones de la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría de Bogotá D.C:

“Artículo 36. Oficina Asesora Jurídica. Son funciones de la Oficina Asesora Jurídica:

1. Asesorar al Contralor de Bogotá D.C. y a las dependencias de la Contraloría de Bogotá, D.C. en el conocimiento, trámite y emisión de conceptos, fallos y asuntos jurídicos y en general en todas las actuaciones que comprometan la posición jurídica institucional de la entidad.

(...)

4. Absolver las consultas que sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría de Bogotá D.C. le formulen las dependencias internas, los empleados de las mismas, las entidades vigiladas y particulares.

(...)

9. Estudiar y conceptuar sobre las peticiones relacionadas con las consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría de Bogotá D.C.

(...)

12 Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría de Bogotá D.C. en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.

(...)

16. Asesorar al Contralor y a las demás dependencias en la aplicación de normas e instrumentos jurídicos necesarios para el cabal desempeño de las actividades de la Contraloría.”

Por tanto, los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora carecen absolutamente de fuerza vinculante, lo cual implica que simplemente se trata de elementos de juicio, que se ponen de presente a las dependencias para que éstas en el marco de sus competencias, tomen las decisiones que correspondan, pero al no ser de obligatorio cumplimiento, éstas pueden apartarse de dichas interpretaciones en los términos previstos en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, cuyo tenor literal dispone:

“Artículo 28. Alcance de los conceptos. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.”

En ese orden de ideas, es necesario precisar que las funciones a cargo de esta Oficina son meramente asesoras, lo cual implica que no le es dable tomar decisiones o dar opiniones en situaciones particulares y su competencia, se limita a coadyuvar con otras dependencias de la entidad en el diseño de una política o posiciones transversales, en las materias que son de competencia de la Contraloría de Bogotá, D.C., en los términos de los artículos 19 y 20 del Acuerdo Distrital 658 de 2016.

Por tanto, la emisión de un concepto jurídico no es óbice para que, una dependencia o funcionario responsable de la toma de una determinada decisión administrativa, requiera del concierto de esta Oficina Asesora para hacerlo, o en caso de no compartir su opinión jurídica, se pueda apartar de ésta, o acudir a otra entidad consultiva, para resolver una determinada situación fáctica.

Aclarado el alcance y la naturaleza jurídica de los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora, ésta procede a pronunciarse respecto a la oponibilidad de la reserva legal en materia tributaria frente a las actuaciones de control fiscal.

2.- Reserva legal en materia tributaria.

El acceso a la información ha sido uno de los debates constitucionales de mayor relevancia en el ámbito jurídico nacional, pues existe claramente una tensión entre el derecho fundamental al acceso a la información, contenido en el artículo 20 constitucional y el de habeas data, se han generado una serie de categorías para clasificar los datos personales y el tratamiento jurídico que se le debe dar a esto, las cuales ha expuesto la Corte Constitucional en sentencia T-238 de 2008, cuya *ratio decidendi* fue reiterada recientemente en providencia C-328 de 2019, en los siguientes términos:

“32.2. La información privada es aquella que por versar sobre información personal y por encontrarse en un ámbito privado, sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Es el caso de los libros de los comerciantes, los documentos privados, las historias clínicas y la información extraída a partir de la inspección del domicilio.

32.3. La información reservada versa sobre información personal y guarda estrecha relación con los derechos fundamentales del titular a la dignidad, a la intimidad y a la

libertad, motivo por el cual se encuentra reservada a su órbita exclusiva y "(...) no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Cabría mencionar aquí la información genética, y los llamados "datos sensibles" o relacionados con la ideología, la inclinación sexual, los hábitos de la persona, etc."

32.4. La información pública es aquella que, según los mandatos de la ley o de la Constitución, puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar si se trata de información general, privada o personal. Se trata por ejemplo de los documentos públicos, las providencias judiciales debidamente ejecutoriadas, los datos sobre el estado civil de las personas o sobre la conformación de la familia. Este tipo de información se puede solicitar por cualquier persona de manera directa y no existe el deber de satisfacer algún requisito para obtenerla.

32.5. La información semiprivada. Esta Corporación se ha pronunciado sobre los datos que pueden constituir información semiprivada. En efecto, desde la sentencia T-729 de 2002 reiterada por la sentencia C-337 de 2007, la Corte señaló que ésta se refiere "a los datos que versan sobre información personal o impersonal que no está comprendida en la regla general anterior, porque para su acceso y conocimiento presenta un grado mínimo de limitación, de tal forma que sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad administrativa o judicial en el cumplimiento de sus funciones o en el marco de los principios de la administración de datos personales" (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Bajo ese entendido, es necesario determinar la categoría que tendrían las declaraciones tributarias, a la luz de lo dispuesto en el artículo 583 del Estatuto Tributario Nacional, cuyo tenor literal dispone:

"ARTÍCULO 583 RESERVA DE LA DECLARACIÓN.

La información tributaria respecto de las bases gravables y la determinación privada de los impuestos que figuren en las declaraciones tributarias, tendrá el carácter de información reservada; por consiguiente, los funcionarios de la Dirección General de Impuestos Nacionales sólo podrán utilizarla para el control, recaudo, determinación, discusión y administración de los impuestos y para efectos de informaciones impersonales de estadística.

En los procesos penales, podrá suministrarse copia de las declaraciones, cuando la correspondiente autoridad lo decrete como prueba en la providencia respectiva.

Los bancos y demás entidades que en virtud de la autorización para recaudar los impuestos y recibir las declaraciones tributarias, de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales, conozcan las informaciones y demás datos de carácter tributario de las declaraciones, deberán guardar la más absoluta reserva con relación a ellos y sólo los podrán utilizar para los fines del procesamiento de la información, que demanden los reportes de recaudo y recepción, exigidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes.

PARÁGRAFO. Para fines de control al lavado de activos, La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales deberá remitir, a solicitud de la dependencia encargada de investigar el lavado de activos, la información relativa a las declaraciones e investigaciones de carácter tributario, aduanero y cambiario, que posea en sus archivos físicos y/o en sus bases de datos." (Resaltado nuestro)

Esta reserva ha sido objeto de pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-489 de 1995, donde limitó el acceso de las autoridades administrativas al contenido de las declaraciones tributarias, en el siguiente sentido:

"La posibilidad de exigir libros de contabilidad y demás documentos privados librada a las autoridades públicas en los términos que señale la ley, no es ilimitada. Su alcance está determinado por la protección del núcleo esencial del derecho fundamental a la intimidad. Las prerrogativas del Estado en materia de creación y recaudo de tributos, priman sobre el derecho a la intimidad económica, sin que en la regulación legal del levantamiento de la reserva tributaria pueda desconocerse que esta información goza de protección constitucional frente a otros particulares. En materia económica, el interés particular debe ceder ante el interés general, no sólo porque la Constitución así lo dispone, sino también por elementales razones de justicia y equidad."

En esos términos es claro que, desde el punto de vista constitucional las declaraciones tributarias constituyen información semiprivada que goza de reserva legal en los términos antes expuestos, situación que protege los datos contenidos en ésta y también se extiende a las bases de datos construidas a partir del procesamiento de los mismos.

Acorde a lo anterior, solo restaría determinar la forma en que la reserva legal de naturaleza tributaria opera frente al ejercicio del control fiscal, tal como se pasa a exponer.

3.- Principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público y el ejercicio del control fiscal.

Para iniciar, valga señalar que el artículo 113 de la Constitución Política de Colombia establece la división de poderes y competencias entre las diferentes ramas del poder público, pero incluyó dentro de nuestro ordenamiento jurídico el principio de colaboración armónica, entre las diferentes entidades que componen el Estado, enfocada al cumplimiento de sus fines

esenciales a partir del cumplimiento de las funciones propias de cada entidad u organismo estatal.

Sobre el particular la Corte Constitucional en sentencia C-630 de 2017, consideró:

“En ese sentido, el principio de colaboración armónica juega un papel trascendental en la estructura del equilibrio de poderes, objeto de estudio, en tanto que, a partir de su positivización en la Carta Política, se convierte en un elemento rector de las relaciones entre las diferentes ramas del poder público.

Conforme lo ha expresado esta Corporación, a diferencia del modelo rígido de separación de poderes, la actual Carta Política adopta un sistema flexible de distribución de las distintas funciones del poder público, que se conjuga con un principio de colaboración armónica de los diferentes órganos del Estado y distintos mecanismos de freno y contrapeso entre los poderes. En ese sentido, “la Constitución de 1991 se encuentra a tono con los sistemas políticos democráticos constitucionales, que como señala Loewenstein, se caracterizan porque la Constitución reúne como elementos mínimos fundamentales, entre otros, los siguientes: De una parte, se formula una diferenciación de las diversas tareas del Estado y su asignación a diversos órganos estatales, y de otra parte, se adopta un mecanismo de cooperación de los diversos detentadores del poder.”

Bajo ese entendido, es deber de toda entidad u organismo perteneciente a cualquier rama del poder público, colaborar desde el ámbito de sus competencias al cumplimiento de los objetivos misionales de las demás que componen el aparato estatal, más aún, si se trata de acciones o actuaciones de control.

Tan es así, que el Máximo Tribunal Constitucional en la sentencia C-977 de 2002, hito en la materia, resaltó:

*“Dentro de su potestad de configuración, el legislador puede regular diferentes formas de colaboración armónica entre los órganos del Estado y contemplar modalidades distintas de medidas preventivas atribuidas al Procurador General de la Nación (artículo 113 C.P.). En efecto, la Constitución introdujo un cambio importante en cuanto al principio de colaboración armónica adoptado en 1936. Dicho principio se aplicaba a las ramas del poder público, en su versión clásica. No obstante, habida cuenta de que en atención a las necesidades de la evolución institucional el Constituyente reconoció la existencia de órganos autónomos que no pertenecen a tales normas del poder, también extendió en el inciso segundo del artículo 113 el ámbito de este principio a la relación entre órganos que no integran las ramas del poder público. La Procuraduría General **es uno de tales órganos que gozan de autonomía constitucional y sus funciones preventivas son una materialización de este principio de colaboración armónica que busca evitar que otra rama u órgano incurra en una vulneración del ordenamiento jurídico o genere un detrimento patrimonial.**” (Se subraya)*

Por tanto, es claro que, si bien la reserva impide a las autoridades administrativas compartir entre sí información amparada bajo esta protección, también lo es que, dicha reserva no es oponible a los organismos de control en el ámbito de sus competencias misionales.

Ahora bien, en punto del ejercicio del control fiscal, además de la línea jurisprudencial antes expuesta, se tiene que el inciso 5° del artículo 267 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el Acto Legislativo No. 4 de 2019, expresamente excluyó a los organismos de control fiscal de cualquier orden de la oponibilidad de reserva legal alguna de la información necesaria, para la realización de las actuaciones de control requeridas para el cumplimiento de sus fines misionales, señala la referida norma:

“La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el seguimiento permanente al recurso público, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal, y el control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales. La Contraloría General de la República tendrá competencia prevalente para ejercer control sobre la gestión de cualquier entidad territorial, de conformidad con lo que reglamente la ley.” (Se resalta)

Adicional a lo anterior, como bien lo invoca la Dirección Sector Hacienda el artículo 90 del Decreto Ley 403 de 2020 establece que:

“Artículo 90. Inoponibilidad y preservación de la reserva. El acceso a los sistemas de información o bases de datos de las entidades públicas y privadas que dispongan o administren recursos y/o ejerzan funciones públicas, por parte de la Contraloría General de la República y demás órganos de control fiscal, no podrá impedirse o limitarse con el argumento del carácter reservado o clasificado de la información.

Los funcionarios de los órganos de control fiscal estarán obligados a guardar la reserva y la confidencialidad de la información que tenga dicho carácter, en los términos de las Leyes 1712 de 2014 y 1581 de 2012 y las normas que las modifiquen, adicionen o sustituyan.” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Así las cosas, es claro que ninguna entidad estatal puede bajo el argumento de la reserva legal, negarse a entregar información requerida por la Contraloría de Bogotá, D.C., para el ejercicio del control fiscal acorde a lo dispuesto en las normas arriba transcritas, pero es necesario aclarar que, en caso de recibir datos que estén protegidos bajo esa figura jurídica, los funcionarios receptores son responsables de salvaguardar los derechos fundamentales a la intimidad y habeas data de las personas que figuren en las bases de datos solicitadas.

En consecuencia, teniendo en cuenta la argumentación expuesta por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y, teniendo en cuenta que dicha entidad no es un sujeto de control de esta Contraloría, se sugiere intentar obtener la información por conducto de la Contraloría General de la República, a fin que ésta, puede ejercer el poder sancionatorio y evitar la obstrucción al ejercicio del control fiscal.

Por tanto, en esos términos damos respuesta a su consulta, no sin antes advertir que, la dirección a su cargo debe valorar lo aquí expuesto, y tomar la decisión que corresponda en el marco de sus funciones, pues tal como se señaló al inicio del presente documento, los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría de Bogotá, D.C., carecen de fuerza vinculante, y no son un requisito necesario para la toma de decisiones administrativas de competencia de otras dependencias de la entidad, en los términos del artículo [28](#) de la Ley 1437 de 2011 y el artículo [19](#) del Acuerdo Distrital 658 de 2016.

En esos términos damos respuesta a su requerimiento.

Cordialmente,

JUAN MANUEL QUIROZ MEDINA

Anexo: SI __ NO_X_ Numero de folios _____

Proyectó: Mauricio Alejandro Ascencio Moreno – Profesional Especializado 222-07.