

Come Sobre

180



AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contactar al NUR 216-3-13531, 13/03/2003 10:00 p.m.
Título: 405 - CONCEPTO
M4457 Actividad: 07 RESPUESTA, Folios: 30, Anexos: NO
Origen: 110 OFICINA JURIDICA
Destino: 216 GERENCIA SECCIONAL IV (BUCA RAMA IV)
Copia A: 216 AUDITORIA DEL PARA LA VIGILANCIA DE LA GESTI
OPERACION FINANCIERA

110.011.2003

Bogotá D.C., 13 de marzo de 2003
OJ110-135

PARA: Dr. HORACIO CRISTANCHO TORRES
Gerente Seccional IV

DE: JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN
Director Oficina Jurídica

REFERENCIA: NUR 216-3-13531 de 3 de febrero de 2003
NUR Gerencia IV 216-3-1703 de 2003

Solicitud de Concepto - Efectos de la sentencia C-619 de 2002
en procesos de jurisdicción coactiva en trámite

Apreciado Doctor,

Por medio de la presente, y en desarrollo de la función de conceptualización
asignada a esta dependencia, me permito efectuar las siguientes reflexiones en
relación con las inquietudes planteadas en el oficio de la referencia.

1.- LA CONSULTA.-

En su escrito de fecha 29 de enero de los corrientes, se ha solicitado a esta Oficina
emitir concepto sobre la procedencia de iniciar proceso de jurisdicción coactiva en
el evento en que se han declarado inexecutable expresiones que son fundamento
de fallos de responsabilidad fiscal que constituyen título ejecutivo. En particular, se
plantea el siguiente interrogante:

Como quiera que mediante Sentencia de Constitucionalidad C-619/02, se declaran
inexecutable el parágrafo 2 del artículo 4 y la expresión "leve" contenida en el
artículo 53 de la Ley 610 de 2000, es procedente el inicio del proceso coactivo,
teniendo como título ejecutivo un fallo con responsabilidad fiscal por culpa leve,
teniéndose en cuenta que el fallo (título) es de fecha anterior a la declaratoria de
inexecutable?

2.- FUNDAMENTOS.-

Como bien se precisa en su consulta, mediante sentencia C-619 de 8 de agosto de
2002 la Corte Constitucional declaró inexecutable el parágrafo 2º del artículo 4º y la

110.011.2003

concepto

expresión "leve" contenida en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000 "[p]or la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías".

Es de aclarar que la sentencia C-619 fue notificada por edicto fijado entre el 26 y el 28 de noviembre de 2002. Adicionalmente en ella la Corte no indicó los efectos temporales de la decisión adoptada, razón por la cual resulta aplicable lo previsto en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 "Estatutaria de la Administración de Justicia" que establece:

[...] Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario. (Se subraya)

Las expresiones declaradas inexequibles facultaban a las contralorías para declarar fiscalmente responsables a los gestores fiscales que, con culpa leve, hubiesen ocasionado daño al patrimonio público. En consecuencia, a partir del día siguiente del término de notificación de la sentencia¹, sólo es posible responsabilizar fiscalmente a quienes ocasionen el detrimento al erario con culpa grave. Aunque el texto de la norma revisada así no lo indica, pues la eliminación de la expresión "leve" sólo tiene el efecto de quitar del ordenamiento dicha locución quedando la culpa "a secas", la parte considerativa esencial a esta decisión así lo previene.

Conclusiones diferentes se imponen respecto de los procesos de responsabilidad fiscal que fueron definidos con fundamento en el grado de culpa leve con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad, pues respecto de ellos procede formular las siguientes apreciaciones:

- 1.- Por disposición del artículo 1º de la Ley 610 de 2000, las actuaciones que se realizan dentro del proceso de responsabilidad fiscal son de naturaleza administrativa² y, por ende, las decisiones que se adoptan como conclusión

¹ Por disposición del artículo 323 del Código de Procedimiento Civil el edicto debe fijarse en un lugar visible de la secretaría por tres días y la notificación se entiende surtida al vencimiento del término de su fijación, por lo que la decisión sólo produce efectos a partir del día siguiente del vencimiento del referido término. Es de recordarse que, por disposición del artículo 313 del código aludido, ninguna providencia produce efectos antes de haberse notificado, a salvo que, en este caso, la Corte así lo indique.

del proceso son actos administrativos, susceptibles de ser cuestionados ante los organismos de control en la forma y términos previstos en el Código Contencioso Administrativo así como ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Este carácter administrativo de los actos y decisiones que se adoptan dentro del proceso de responsabilidad fiscal ha sido analizado por la Corte Constitucional, Corporación que ha tenido oportunidad de formular las siguientes precisiones:

[. . .] desde el punto de vista constitucional, la distinción entre acto administrativo y acto jurisdiccional es en el fondo el carácter definitivo o no de la decisión tomada por la autoridad estatal. Así, la ley puede atribuir fuerza de cosa juzgada a actos jurídicos proferidos por autoridades que reúnan los requisitos propios de un juez, esto es, que sean imparciales, independientes e inamovibles, mientras que vulneraría el principio según el cual todo acto estatal debe ser controlado que se diera esa misma fuerza a los actos de funcionarios organizados en una estructura administrativa, de suerte que se encuentran sometidos a instrucciones de sus superiores.

13. El anterior examen muestra que si bien, en general, todo ejercicio de una función administrativa, en el sentido de ejecución administrativa, se hace por medio de actos administrativos, por el contrario no todos los actos administrativos son expresión de una función administrativa, ya que pueden desarrollar otras funciones del Estado, como las funciones de control o de organización electoral. Por ende, no es incompatible con la autonomía de las funciones de control que sus actos sean calificados por la ley como administrativos, pues ello no confiere naturaleza administrativa a la actuación del órgano sino que simplemente señala que, debido a la ausencia de los requisitos de imparcialidad, independencia e inamovilidad de los funcionarios que los emiten, estos actos no son definitivos, pues pueden ser revisados por los jueces en cuestión. Por el contrario, si tales funcionarios reúnen las calidades propias de un juez, bien puede el ordenamiento conferirle efectos definitivos, estos es, jurisdiccionales a su decisión. Es más, la propia Carta y la jurisprudencia de la Corte muestran con claridad esa diferencia en materia de control disciplinario: así, las decisiones de la Procuraduría o de los superiores jerárquicos del investigado son administrativas, mientras que los fallos del Consejo Superior

² En efecto, establece el artículo 1º de la Ley 610 de 2000: "**Artículo 1º. Definición.** El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Centralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado."

de la Judicatura son judiciales, y eso a pesar de que en todos los casos se trata del desarrollo de una función de control disciplinario.

[. . .] 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 lo cual en principio nada se puede objetar a que el Congreso regule la naturaleza de estos procesos y les atribuya carácter administrativo. Por todo lo anterior, la eventual revisión por la jurisdicción de lo contencioso administrativo no puede ser entendida como un desconocimiento de la autonomía de ese órgano de control, sino como una consecuencia del principio de que en un Estado de derecho no puede haber acto estatal sin control. Es más, la estructura misma de la Contraloría, esto es, su organización jerárquica y administrativa, es congruente con la necesidad de que sus actuaciones puedan ser impugnadas ante un órgano que reúna las calidades propias de los funcionarios judiciales, como la jurisdicción de lo contencioso administrativo³.

De allí que la Ley 610 de 2000 dé el calificativo de actos administrativos a las decisiones adoptadas durante el trámite del proceso de responsabilidad y en relación con su impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo establezca:

ARTÍCULO 59.- Impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.- En materia del proceso de responsabilidad fiscal, solamente será demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el acto administrativo con el cual se termina el proceso, una vez se encuentre en firme.

- 2.- Es de recordarse que dos de los atributos más importantes de todo acto administrativo son su carácter ejecutivo y ejecutorio. La ejecutividad alude a la fuerza normativa que se predica de lo dispuesto en el acto administrativo y que lo hace imperativo para la autoridad y para el afectado. En consecuencia, todo acto administrativo entraña el deber de cumplirlo y de hacerlo cumplir a quien corresponde y que se entiendan como equivalentes los términos ejecutividad y obligatoriedad del acto.⁴

La ejecutoriedad es consecuencia directa de la presunción de legalidad que ampara a todo acto administrativo y conlleva que sea posible ejecutarlo, desde el momento mismo en que se profiere por quien corresponda, incluso

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-189 de 6 de mayo de 1998. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁴ MANUAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Luis Enrique Berrocal Guerrero. Ediciones Librería el Profesional. Primera edición, 2001.

en contra de la voluntad del afectado. Por ello se afirma que un acto ejecutorio es aquel que una vez proferido, notificado o comunicado según el caso, produce efectos jurídicos pudiendo la administración: a) cumplirlo directamente o, b) hacerlo cumplir.⁵ Cuando se cuenta con un acto ejecutorio, la autoridad se encuentra en capacidad para obtener su cumplimiento sin necesidad de que el órgano judicial reconozca su derecho y lo habilite a ejecutarlo.

Tanto la ejecutividad como la ejecutoria constituyen manifestaciones de la eficacia del acto administrativo en cuanto éstos imponen deberes o restricciones a los administrados.

De conformidad con lo establecido en el artículo 61 del Código Contencioso Administrativo, tienen carácter ejecutivo y ejecutorio los actos administrativos que al concluir los procedimientos administrativos queden en firme, salvo que exista norma expresa en contrario. Por su parte, el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo establece que adquieren firmeza los actos administrativos en los siguientes eventos:

- 1.- Cuando contra ellos no proceda ningún recurso.
- 2.- Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.
- 3.- Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos;
- 4.- Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos.

En materia de responsabilidad fiscal el único evento de firmeza que no es retomado para reconocerle carácter ejecutorio a las providencias que se profieren en desarrollo del proceso está referido a los fenómenos de la perención y desistimiento; sin embargo, en éste ámbito todo fallo que esté en firme tiene carácter ejecutivo y ejecutorio, puesto que la figura de la perención no opera en esta clase de procesos y el desistimiento conlleva renuncia expresa al recurso que se ha interpuesto.

⁵ EL ACTO ADMINISTRATIVO. Gustavo Penagos. Ediciones Librería del Profesional. Quinta Edición. 1992.

Esta afirmación encuentra fundamento en lo establecido en la Ley 610 de 2000, en particular de lo previsto en su artículo 56 que establece:

Artículo 56. Ejecutoriedad de las providencias. Las providencias quedarán ejecutoriadas:

1. Cuando contra ellas no proceda ningún recurso.
2. Cinco (5) días hábiles después de la última notificación, cuando no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos.
3. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.

- 3.- Conforme a lo ya explicado, todo acto administrativo ejecutivo y ejecutorio es obligatorio. No obstante lo anterior, nuestra legislación ha previsto eventos en que el acto administrativo pierde ese carácter obligatorio. Se trata de situaciones que se pueden presentar con posterioridad a la expedición del acto y que impiden a la autoridad que lo expidió hacerlo efectivo pues se entiende que no produce efectos jurídicos, no necesariamente porque sea ilegal, sino porque se ha presentado una circunstancia que desvirtúa su carácter obligatorio. Conforme a la doctrina,

[. . .] Corresponde a la situación en la cual un acto administrativo que cobró firmeza deja de ser obligatorio, sea de manera temporal o definitiva. Hay cesación de los efectos jurídicos del acto; por lo tanto, los afectados pueden oponerse legítimamente al intento de hacerlo cumplir, mediante la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria, consagrada en el artículo 67 del C.C.A.; o visto desde la perspectiva de la entidad estatal, las autoridades deben abstenerse de hacerlo efectivo.⁸

En nuestro ordenamiento jurídico, la pérdida de fuerza ejecutoria se produce:

Artículo 66.- [. . .] en los siguientes casos:

- 1.- Por suspensión provisional
- 2.- Cuando desaparezan sus fundamentos de hecho o de derecho.
- 3.- Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.

⁸ MANUAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Ob. Cit.

- 4.- Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
- 5.- Cuando pierda su vigencia.

Ahora bien, en el evento de configurarse cualquiera de las causales de pérdida de fuerza ejecutoria, nuestra legislación prevé que el afectado con la decisión puede oponerse a su ejecución por vía de excepción; esta facultad se encuentra reconocida en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo que establece:

[. . .] Cuando el interesado se oponga por escrito a la ejecución de un acto administrativo alegando que ha perdido fuerza ejecutoria, quien lo produjo podrá suspenderla, y resolver dentro de un término de quince (15) días. Contra lo que decida no habrá recurso alguno.

Por su parte, el Consejo de Estado ha reconocido, en reiteradas oportunidades, que la pérdida de fuerza ejecutoria de un acto administrativo no puede ser declarada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo toda vez que: 1) el C.C.A. no ha previsto una acción especial que le permita emitir ese pronunciamiento; 2) la pérdida de fuerza ejecutoria es una consecuencia que se puede derivar de la declaratoria de ilegalidad del acto, pero no constituye una causal de anulación autónoma que pueda afectarlo y, 3) porque a pesar que es posible que el evento que genera el decaimiento pueda estructurarse como una de las causales de anulación del acto administrativo, esa debe ser la causa de la anulación más no la pérdida de fuerza ejecutoria. En este sentido ha precisado esa Corporación:

[. . .] 5.- Como su nombre lo indica, dicha figura está referida específicamente a uno de los atributos o características del acto administrativo, cual es la de la ejecutividad del mismo, es decir, la obligación que en él hay implícita de su cumplimiento y obediencia, tanto por parte de la Administración como de los administrados en lo que a cada uno corresponda, consagrada en el primer inciso del precitado artículo 66, al disponer que 'salvo norma en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos (...)'.
[. . .]

6.- La pérdida de fuerza ejecutoria sólo puede ser objeto de declaratoria general, en sede administrativa, ya de manera oficiosa por la autoridad que profirió el acto, o en virtud de la excepción consagrada en el artículo 67 del C.C.A., que el interesado puede interponer ante la ejecución del acto administrativo que se estime ha perdido dicha fuerza.

En sede jurisdiccional puede sí ser invocada, pero no para que se haga tal declaratoria, sino como circunstancia que pueda afectar la validez, ya no del acto que se estima ha sufrido tal fenómeno, sino la de los actos administrativos que se llegaren a producir con fundamento en éste, caso en el cual, tratándose de la acción de nulidad, esta situación podría resultar encuadrada en algunas de las causales previstas en el artículo 84 del C.C.A., como la falsa motivación o la expedición irregular, etc., según las circunstancias concretas en que se produzcan los actos derivados de la aplicación del que se considera ha perdido su fuerza ejecutoria. Igual posibilidad de control jurisdiccional podría darse respecto del acto decaído, por las causales de anulación, pero sólo por el tiempo en que él se mantuvo vigente.⁷

[. . .] como lo ha sostenido esta Corporación, que la declaración de pérdida de fuerza ejecutoria de un acto administrativo no puede solicitarse al juez de lo contencioso administrativo, pues no existe una acción autónoma que lo permita, no lo es menos que nada impide que con respecto a los actos administrativos respecto de los cuales se ha producido el fenómeno del DECAIMIENTO, se produzca un fallo de nulidad, pues en este evento se ataca la configuración de los elementos del acto administrativo al momento de su nacimiento, y su concordancia con el régimen jurídico que debió respetar tanto en su jerarquía normativa, como en el procedimiento para su expedición, mientras que, el fenómeno producido por la desaparición del fundamento de derecho de un acto administrativo, tiene efectos hacia el futuro sin afectar la validez del acto por todo el tiempo de su existencia jurídica.

En efecto, en la práctica bien pudo haberse producido la expedición de actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas con base en aquel del que se predica el fenómeno del DECAIMIENTO, por declaratoria de inexecutable de la ley o por declaratoria de nulidad de la norma sustento de derecho y, como quiera que tal fenómeno en nada afecta la validez del acto administrativo, no se afecta el principio de la presunción de legalidad del acto administrativo, ya que el juzgamiento de la legalidad de un acto administrativo debe hacerse con relación a las circunstancias vigentes al momento de su expedición.

No hay, por lo tanto, razón alguna que imposibilite proferir fallo de fondo con respecto a la legalidad de un acto respecto del cual se ha producido el fenómeno del DECAIMIENTO, entendiendo que dicho fallo abarcará el lapso durante el cual dicho acto administrativo estuvo vigente, lapso durante el cual el acto administrativo gozó de presunción de legalidad.

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Expediente 4490 del 19 de febrero de 1998. Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa.

Lo anterior, por cuanto para que se produzca un fallo de mérito respecto de un acto administrativo, no se requiere que el mismo se encuentre produciendo efectos, tal como se sostuvo por esta Sección en providencia de fecha junio 15 de 1992, pues sólo el fallo de nulidad, al producir efectos ex tunc, desvirtúa la presunción de legalidad que acompañó al acto administrativo mientras éste produjo sus efectos.⁸

Es de resaltarse que para un sector de la doctrina si la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria es propuesta y la administración ejecuta el acto administrativo, es posible que la entidad que proceda de esta forma vea comprometida su responsabilidad y sea condenada a la indemnización de los perjuicios que la ejecución del acto ocasionen, pues se estaría en presencia de un hecho o de una operación administrativa.⁹

Así mismo, se ha reconocido que no obstante que el Código Contencioso Administrativo tan sólo prevé la excepción como forma de lograr que la autoridad reconozca la operancia del fenómeno de la pérdida de fuerza ejecutoria, de advertirse su ocurrencia, es deber de quien deba ejecutar el acto abstenerse de hacerlo¹⁰.

- 4.- Cobra especial importancia para el análisis que debe efectuar este Despacho la causal segunda de pérdida de fuerza ejecutoria. Esta causal opera en los eventos en que desaparecen los fundamentos de hecho o de derecho del acto.

Se entiende que se produce la desaparición de los fundamentos de hecho cuando la situación que da origen a la expedición del acto se modifica y desaparece el objeto de la manifestación de la voluntad de la administración; en esos eventos, al variar los hechos, varían también los alcances o efectos jurídicos del acto y si desaparecen, el acto sencillamente los pierde.

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 15 de marzo de 2001. Expediente No. 6438-01. Consejera Ponente Olga Inés Navarrete Barrero.

⁹ En este sentido se puede consultar la obra de Germán González Rodríguez titulada "Derecho Procesal Administrativo", publicación de la Universidad Sergio Arboleda, edición 1999, página 173.

¹⁰ MANUAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Ob. Cit.

Por su parte, la desaparición de los fundamentos de derecho¹¹ o, "decaimiento del acto administrativo", se puede dar en tres eventos:

- a) Derogación o modificación de la norma legal en que se fundó el acto administrativo, cuando dicha regla es condición indispensable para su vigencia;
- b) Declaratoria de inexecutableidad de la norma constitucional o legal hecha por el juez que ejerce el control de constitucionalidad, en los países en donde ello existe;
- c) Declaratoria de nulidad del acto administrativo de carácter general en que se fundamenta la decisión de contenido individual o particular.¹²

Las acciones de nulidad e inconstitucionalidad persiguen un mismo objetivo: mantener incólume el ordenamiento jurídico. Este objetivo se logra cuando la norma que resulta contraria a la normatividad vigente es retirada del ordenamiento jurídico. El gran interrogante que surge consiste en dilucidar qué se debe hacer frente a todas aquellas situaciones que han sido definidas en vigencia de la norma anulada o declarada inexecutable, pues si bien es cierto que su definición se hizo dando aplicación a normas que se encontraron contrariaban el ordenamiento jurídico, no lo es menos que es preciso contar con un mínimo de seguridad jurídica respecto de las actuaciones que se realizaron con fundamento en unas normas que, en su momento, tenían presunción de estar ajustadas al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en los eventos descritos en los literales b) y c) se debe tener en cuenta que la declaratoria de nulidad o de inexecutableidad no necesariamente genera el efecto de pérdida de fuerza ejecutoria respecto de todos los actos que se expidieron al amparo de las normas retiradas del ordenamiento jurídico, pues como bien lo ha indicado la Corte Constitucional y la doctrina administrativa, las situaciones jurídicas debidamente consolidadas en vigencia de la norma declarada nula o inexecutable no pueden ser afectadas por tales decisiones. Sobre este particular se ha precisado:

¹¹ La jurisprudencia del Consejo de Estado ha calificado la desaparición de los fundamentos de derecho como el decaimiento del acto administrativo.

¹² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Primera. Sentencia de 1º de agosto de 1991. Expediente No. 949. Consejero Ponente Dr. Miguel González Rodríguez.

[. . .] Conforme la jurisprudencia y la doctrina, los efectos del fallo de nulidad afectan e inciden en las situaciones que se encuentran en discusión ante las autoridades administrativas o jurisdiccionales, como ya se dijo que ocurre en el caso respecto de los actos administrativos demandados, toda vez que la declaratoria de nulidad produce efectos ex-tunc, esto es, se retrotraen al momento en que nació el acto administrativo viciado de nulidad, excluyendo las situaciones consolidadas, en aras de la seguridad jurídica.

No ocurre lo mismo con respecto a las situaciones cumplidas que aun no se hayan consolidado, esto es, aquellas que al momento de ser dictada la sentencia de nulidad se encuentran en discusión ante las autoridades administrativas o están demandadas ante la jurisdicción contenciosa y sobre las cuales no ha operado el fenómeno jurídico de la cosa juzgada a que se refiere el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, pues en este evento la declaratoria de nulidad sí las afecta.²³

[. . .] Aunque la doctrina francesa no explica todos los atenuantes, consideramos que existen en el derecho colombiano otros de no menos importancia y que muestran cómo ciertas situaciones permanecen inalterables luego de la anulación del acto justificativo de su expedición. Así, anulado el acuerdo creador de un impuesto municipal la administración no tendrá, en principio, que devolver lo percibido por dicho concepto, sea porque el administrado dejó pasar las oportunidades de defensa que la ley le brindó a nivel gubernativo y jurisdiccional; o bien porque habiendo ejercido tales controles no obtuvo respuesta favorable a sus pretensiones.

Esta es la solución legal. Y en forma alguna puede pensarse que para hipótesis como la que se deja explicada procederá la acción de restablecimiento que para el caso de la devolución de lo pagado indebidamente contempla el artículo 85 del C.C.A. No porque por esta acción el administrado pide que como consecuencia de la nulidad del acto ilegal se le restablezca su derecho, devolviéndole la administración lo que le haya pagado. Aquí lo indebido del pago se refiere a la ilegalidad del acto creador de la obligación. En la hipótesis contemplada en el párrafo precedente, el acto que impuso esa obligación ilegal, ya cumplida por el administrado, devino irrevisable jurisdiccionalmente. Y ni siquiera podrá acudir éste a la revocatoria directa, porque la decisión de ésta no revive los términos para el ejercicio de la acción de restablecimiento, tal como lo dispone el art. 72 del C.C.A.

Por regla general, la anulación de un acto reglamentario ilegal no implica el retiro o la revocatoria de las decisiones individuales tomadas con base en el mismo y no impugnadas dentro de los términos señalados en la ley para la correspondiente acción. Frente a estos últimos actos y a todos aquellos que devengan irrevisables jurisdiccionalmente por el transcurso del término

²³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 19 de enero de 2001, Expediente No. 1581, Consejero Ponente Dr. Daniel Manrique Guzman.

plausible, su intangibilidad, así desaparezca el acto regla que los justificó, nace de la cosa juzgada virtual o material que puede predicarse de ciertos actos administrativos en determinadas hipótesis.¹⁴

A la luz de los apartes transcritos, la situación jurídica consolidada es aquella que se encuentra definida con fundamento en la norma que es declarada nula o inexecutable, de tal suerte que deviene en inmodificable. Tal es el caso de los actos administrativos respecto de los cuales la persona no hace uso de los recursos de la vía gubernativa o desiste de ellos, de los actos que habiendo sido cuestionados ante la administración no lo son ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o, de los actos administrativos que habiendo sido cuestionados ante la jurisdicción son confirmados por los jueces administrativos.

Como se indicó anteriormente, la declaratoria de nulidad o de inexecutable de la norma que sirve de fundamento a un acto administrativo particular y concreto, no genera su pérdida de fuerza ejecutoria cuando éste constituye una situación jurídica consolidada.

A contrario sensu, se entiende que no hay situación jurídica consolidada cuando el acto administrativo de carácter particular y concreto aún es objeto de discusión en sede gubernativa o ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Es de aclarar que un acto se encuentra en discusión en sede gubernativa cuando los recursos interpuestos no han sido decididos y por esta razón, el acto aún no ha adquirido firmeza; es obvio que al no estar decididos los recursos, la declaratoria de nulidad o de inexecutable de la norma en que se fundamenta el acto recurrido produce efectos inmediatos que deben ser reconocidos por autoridad ante la cual se tramite el respectivo recurso.

Así mismo, se entiende que un acto administrativo de carácter particular y concreto se encuentra en discusión ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuando el afectado con la determinación ha hecho uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y ésta se encuentra pendiente de decisión.

¹⁴ DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO. Carlos Betancur Jaramillo, Señal Editora. Quinta Edición. 1999.

Como se indicó anteriormente, el Código Contencioso Administrativo ha reconocido a los administrados la posibilidad de proponer la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria cuando la autoridad pretenda hacer efectiva la obligación contenida en el acto administrativo afectado por este fenómeno y así puede acontecer dentro del trámite del proceso de cobro en el momento oportuno para ello. Así mismo, y en el caso de declaratoria de nulidad de la norma fuente, que la administración llegue a aceptar la solicitud, pues dicha determinación tiene la virtud de producir efectos desde siempre (efectos *ex tunc*¹⁵) y por tanto, de afectar las decisiones producidas con fundamento en ella, que no se encuentren debidamente consolidadas. Ello porque la declaratoria de nulidad conlleva la desaparición de la norma desde el momento en que ésta fue producida y si sirvió de fundamento para la expedición de actos de contenido particular y concreto, la desaparición de sus fundamentos de derecho.

Una situación diferente se presenta cuando la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria se fundamenta en la declaratoria de inexecutable de la norma fuente, ya que se ha reconocido que esta clase de providencias, por regla general, producen efectos hacia el futuro (efectos *ex nunc*¹⁶) y no tienen capacidad para afectar decisiones adoptadas con fundamento en la norma declarada inexecutable. Se debe tener en cuenta que la declaratoria de inexecutable no conlleva el retiro de la norma desde cuando ésta fue creada, sino sólo a partir del momento en que se encuentre debidamente notificada; por esta razón, una solicitud de reconocimiento del fenómeno de pérdida de fuerza ejecutoria que se fundamente en este hecho no tiene vocación de prosperidad. Aceptar lo contrario conlleva reconocer efectos retroactivos a una decisión que sólo puede producir efectos hacia el futuro. Ello lo ha reconocido la Corte Constitucional cuando ha afirmado:

[...] También por razones de seguridad jurídica, en el tema de los efectos de los fallos de inexecutable, se ha elaborado por la doctrina el principio de presunción de legalidad, en virtud del cual se respetan los efectos que ya surtió la ley y las situaciones establecidas bajo su vigencia. La necesidad de garantizar

¹⁵ Afirmar que una decisión o norma se produce con efectos *ex tunc* da a entender que genera efectos jurídicos desde siempre e indica que el acto, jurisprudencia, la disposición de la ley o resolución judicial, tienen efectos retroactivos y se suponen perfeccionadas desde su origen.

¹⁶ Calificar los efectos de una decisión como *ex nunc* permite inferir que sus consecuencias se aplican desde ahora pues no existe retroactividad y por tanto, las consecuencias jurídicas que se desprenden de ella empiezan a aplicarse a partir del momento en que la decisión resulte obligatoria por haberse surtido su proceso de notificación.

la seguridad jurídica de los asociados, es sin duda la razón de ser de estos principios básicos que dominan el ejercicio del control de constitucionalidad. Los mismos argumentos que imponen, en principio, la irretroactividad de la ley, imponen, en principio, la irretroactividad de los fallos: "La seguridad jurídica es requisito para la configuración del orden público. Si no hay una estabilidad en cuanto a la consecuencia jurídica, obviamente no pueden los destinatarios de la ley estar gozando del derecho a la seguridad", ha dicho esta Corporación refiriéndose a la irretroactividad de las normas jurídicas, en sentencia C-549 de 1993. (M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

Luego, salvo excepciones expresas señaladas por la misma Corte, en principio los fallos de inconstitucionalidad tienen efectos pro- futuro y respetan la presunción de legalidad de los actos cumplidos al amparo de la norma declarada inexecutable.¹⁷

Así mismo, se ha reconocido por parte de la jurisprudencia administrativa:

[. . .] El aspecto central de la contención gira, como se ha visto anteriormente, en torno a las consecuencias o efectos que genera en relación con la Resolución No. 73 de abril 9 de 1985, proferida por el Señor Presidente de la República y su Ministro de Justicia, por la concedió la extradición del actor solicitada por la Embajada de los Estados Unidos de América, la declaratoria de inexecutable pronunciada por la Corte Suprema de Justicia de las Leyes 27 de 1980 y 68 de 1986, mediante sentencias de 12 de diciembre de 1986 y 25 de junio de 1987, respectivamente, en cuanto por esas leyes se aprobó el tratado de extradición de 1979 celebrado entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América.

La doctrina administrativa foránea, y la nacional que ha seguido esas concepciones sin mayor profundidad, bueno es reconocerlo, al tratar las formas de extinción de los actos administrativos, generales o de efectos particulares, ha reconocido y consagrado la figura del decaimiento del acto administrativo, o sea, la extinción de ese acto jurídico producido por circunstancias supervinientes que hacen desaparecer un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la existencia del acto administrativo, cuando dicha regla es condición indispensable para su vigencia [. . .]

De acuerdo con lo anterior, el legislador colombiano ha establecido expresamente: primero, que el acto administrativo -sin hacer distinción entre el general y el particular o concreto-, salvo norma expresa en contrario, pierde su fuerza ejecutoria, entre otros casos, "cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho" [. . .] y segundo, "cuando por sentencia ejecutoriada se

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-401 de 23 de agosto de 1996. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo interdenuncial, comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en los pertinentes los decretos reglamentarios" [. . .]

Corresponde, entonces, a la Sala, para determinar la procedencia o improcedencia de las pretensiones de la demanda, dilucidar los siguientes interrogantes:

1. ¿Todos los actos administrativos que profieran las diferentes autoridades colombianas que ejercen función administrativa, se extinguen y pierden su fuerza ejecutoria por el fenómeno jurídico del decaimiento reconocido por la ley, la jurisprudencia y la doctrina nacional?

[. . .] 2.- Cuando se produce la declaratoria de inexecutable de la norma constitucional o legal en que se funda un acto administrativo creador de situación jurídica individual o concreta, ¿se produce la extinción y pérdida de fuerza ejecutoria de ese acto administrativo?

En cuanto a lo primero, considera la Sala que, salvo norma expresa en contrario, todos los actos administrativos, ya que la ley no establece distinciones, en principio, son susceptibles de extinguirse y, por consiguiente, perder su fuerza ejecutoria, por desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia del acto jurídico, pues es claro que, por ejemplo, un decreto reglamentario dictado por un gobernador [. . .] con fundamento en ordenanza [. . .] no puede subsistir, surtiendo efectos, ante la declaratoria de nulidad de aquella o de éste realizada por sentencia ejecutoriada proferida por el juez contencioso administrativo, en razón de desaparecer el objeto de la reglamentación [. . .]

En cuanto a lo segundo, para la Sala también es claro que cuando se produce una declaratoria de inexecutable [. . .] por la Corte Suprema de Justicia -hoy, a partir de su instalación por la Corte Constitucional-, esa declaratoria no afecta la existencia o vigencia del acto administrativo [. . .] creador de la situación jurídica particular y concreta -como tampoco la existencia y validez de los actos jurídicos celebrados durante la vigencia de la ley o decreto ley posteriormente declarado inexecutable, es decir, que no -sic- se puede seguir ejecutando no sólo por la consideración que antes de la declaratoria de inexecutable el precepto podía ejecutarse porque, en abstracto, debía considerarse acorde con la Constitución, no obstante que en casos concretos y dentro del proceso de aplicación de las normas, el órgano público correspondiente puede declarar su inaplicabilidad, por vía de llamada excepción de inconstitucionalidad [. . .] declaración con efectos limitados al caso, por lo cual subsiste la presunción de constitucionalidad [. . .], sino por cuanto, por razones de seguridad jurídica para los integrantes de una sociedad, la declaratoria de inexecutable, a diferencia de la declaratoria de nulidad que hace el juez administrativo no tiene efectos retroactivos:

"El que la Constitución quiera también la validez de la llamada ley inconstitucional surge del hecho de que ella prescribe, no solamente que las leyes deben ser producidas en una forma determinada sino que también que, en caso de ser producida una ley en otra forma que la prescrita o tener otro contenido que el prescrito, de ningún modo ha de considerarse nula, sino que ha de valer hasta tanto sea anulada por una instancia para ello, acaso por un tribunal constitucional en un procedimiento regulado por la Constitución." (Hans Kelsen, Teoría pura del derecho, págs. 120 y 121).

Dicho lo anterior, entonces, se tiene que la Resolución No. 73 de abril 9 de 1985, proferida por el Presidente de la República y su Ministro de Justicia, no se ha extinguido, ni perdido por consiguiente su fuerza ejecutoria, por el fenómeno del decaimiento del acto administrativo, resultante de la supuesta desaparición de un presupuesto de derecho, o sea, por la declaratoria de inexecutable de las leyes 27 de 1980 y 68 de 1986, aprobatorias del Tratado de Extradición que sirvió de fundamento a la concesión de extradición del demandante.

Consecuencia de ello, es que tampoco se encuentra el quebrantamiento del artículo 17 del Código Penal invocado por el actor, ya que la Ley 27 de 1980, aprobatoria del Tratado de Extradición, se encontraba vigente en el momento en que el acto administrativo contenido en la Resolución 73 de 1985 se expidió y quedó ejecutoriado, así su ejecución se hubiese aplazado inicialmente por razón de lo dispuesto en el mismo, y, posteriormente, al parecer, por la declaratoria de suspensión provisional por parte de esta Sección que así lo dispuso de maneja antiprosesal si se tiene en cuenta que ella no había sido solicitada.

[. .] Por lo dicho, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar y deberá levantarse el decreto de suspensión provisional proferido por la Sección.³⁸ (Subrayado por fuera del texto)

Es de aclarar que debido a que la Corte Constitucional tiene facultad para establecer los efectos de sus decisiones, de presentarse una declaratoria de inexecutable con efectos retroactivos y proponerse la pérdida de fuerza de ejecutoria por parte del afectado por un acto administrativo que se fundamentó en la norma declarada inexecutable, podría ser procedente acceder a la petición elevada por el afectado, toda vez que en esos eventos si se puede predicar la operancia del fenómeno de desaparición de los fundamentos de derecho.

³⁸ **CONSEJO DE ESTADO.** Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 1º de agosto de 1991. Expediente No. 949. Consejero Ponente Miguel González Rodríguez. Tomado del libro "ACTO ADMINISTRATIVO", de Gustavo Penagos, Ediciones Librería el Profesional, Quinta edición, páginas 308 a 311.

- 6.- Ahora bien, es de aclarar que a pesar de que por regla general la declaratoria de inexecutable de la norma que sirve de fundamento al acto administrativo no da lugar a la configuración de la pérdida de fuerza ejecutoria, bien puede ocurrir que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por el afectado se invoque como causal de anulación del acto particular y concreto el desconocimiento de la Constitución Política con fundamento en los argumentos en que se apoya la declaratoria de inexecutable de la norma que le ha servido de fundamento. En estos eventos, la causal de anulación del acto que se invoca puede dar lugar a la declaratoria de nulidad del acto, como bien lo ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado que sobre el particular ha precisado:

Tratándose del análisis de inconstitucionalidad con efectos erga omnes, como es el caso de la acción sub examine, considera la Sala y con ello rectifica su posición anterior, que en aras de preservar la supremacía de la Constitución Política en el ordenamiento jurídico y para dar cabal cumplimiento al principio fundamental establecido en su artículo 4º se impone para el juzgador frente al fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente disponer la declaratoria de nulidad del acto administrativo que se encuentre incurso en ella, a partir de la entrada en vigencia de la norma constitucional¹⁹

En todo caso, se debe tener en cuenta que la sola presentación de la demanda no conduce a que dentro del proceso se reconozcan los efectos de la declaratoria de inexecutable. Es más, de acuerdo con la jurisprudencia en cita, los efectos de la inexecutable no afectan, en general situaciones pasadas. No puede olvidarse que la nulidad cuestiona el valor de una actuación dentro de un marco normativo y lo juzga en ese ámbito o escenario, por lo que, en principio, no estaría llamado a prosperar un cargo fundado en tales planteamientos.

- 7.- En el asunto sometido a consideración de este Despacho se hace alusión a la existencia de un fallo con responsabilidad fiscal que fue proferido el 16 de enero de 2002 y confirmado parcialmente mediante auto 28 de mayo que quedó ejecutoriado el 1º de agosto de ese mismo año; así mismo, se afirma en la consulta que el referido fallo se fundamentó en el grado de culpa leve,

¹⁹ **CONSEJO DE ESTADO.** Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 10 de febrero de 1995, Expediente No. 2943. Consejero Ponente Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

grado de imputación que fue declarado inexecutable con posterioridad por la Corte Constitucional mediante sentencia C-619 de 2002.

Como se indicó al iniciar este escrito, la referida sentencia fue proferida el 8 de agosto de 2002, es decir, siete (7) días después de que el auto que confirmó parcialmente el fallo con responsabilidad fiscal quedara debidamente ejecutoriado. Así mismo, se reitera que la referida sentencia fue notificada por edicto fijado entre los días 26 y 28 de noviembre de 2002, de lo que se deduce que tan sólo empezó a producir efectos jurídicos a partir del día 29 de noviembre, es decir, casi tres meses después de que la decisión que definió la responsabilidad fiscal se encontraba debidamente ejecutoriada.

Ahora bien, el artículo 58 de la Ley 610 de 2000 en materia de responsabilidad fiscal presta mérito ejecutivo el fallo con responsabilidad fiscal una vez éste se encuentre en firme. En efecto, establece el artículo 58:

Artículo 58. Mérito ejecutivo. Una vez en firme el fallo con responsabilidad fiscal, prestará mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes, el cual se hará efectivo a través de la jurisdicción coactiva de las Contralorías.

Partiendo de la consideración de que el fallo con responsabilidad fiscal y el auto que lo confirmó parcialmente se produjeron con anterioridad a la declaratoria de inexecutable de la norma que reconocía como grado de imputación de la responsabilidad fiscal la culpa leve, este Despacho considera que el acto administrativo y su confirmatorio se encuentran en firme y por tanto prestan mérito ejecutivo, sin que prospere oponer en su contra el fenómeno de la pérdida de fuerza ejecutoria por las razones expuestas en este escrito, situación que por demás podría poner en entredicho un cúmulo de decisiones fiscales que no se han podido ejecutar. De conformidad con el informe de gestión 2001-2002 presentado por el Auditor General de la República a las altas Cortes, de los 317 mil millones de títulos ejecutivos a 2001, sólo 4.5 mil millones han sido recaudados, es decir, una cifra que no supera el 2%.

Debe aclararse que en el evento en que la decisión de determinar responsabilidad fiscal haya sido objeto de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sólo en el evento en que se ordene, caso un tanto remoto, su suspensión provisional será posible suspender el proceso de cobro hasta tanto el proceso concluya con sentencia definitiva. Por el

contrario, si la acción promovida da lugar a la declaratoria de nulidad del acto, el respectivo proceso ejecutivo deberá ser objeto de archivo.

3.- CONCLUSIONES.-

- 3.1.- Las sentencias de inexecuibilidad producen efectos hacia el futuro, salvo en los eventos en que la Corte Constitucional les haya fijado efectos diferentes. Al producir efectos hacia el futuro no tienen la virtud de afectar situaciones definidas en vigencia de la norma declarada inexecutable. Todo acto administrativo producido en vigencia de la norma declarada inexecutable que haya sido notificado antes de que la sentencia de inconstitucionalidad hubiese producido efectos jurídicos, mantiene su carácter ejecutivo y ejecutorio, razón por la cual puede constituir título ejecutivo dentro de procesos que por jurisdicción coactiva adelante la administración.
- 3.2.- A partir del día siguiente del término de notificación de la sentencia C-619 de 2002, sólo es posible responsabilizar fiscalmente a los gestores fiscales que con culpa grave ocasionen detrimento al erario.
- 3.3.- Las decisiones adoptadas y que se hubieren encontrado debidamente notificadas antes de que la sentencia C-619 de 2000 empezara a producir efectos jurídicos, siguen gozando del carácter ejecutivo y ejecutorio y por tanto, constituyen título ejecutivo a la luz de lo establecido en el artículo 58 de la Ley 610 de 2000.

Sólo resta puntualizar que este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Confiando en que la inquietud planteada haya sido absuelta, me suscribo de usted,

Atentamente,

Original Firmado Por:
Juan Fernando Romero Tobón

JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN
c.c. Auditor Delegado
Grupo de Atención Ciudadana

DPA

50/c

3 MOY/03



AUDITORÍA GENERAL

MEMORANDO INTERNO

LA AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
CALLE 100 No. 216 B 110001
BOGOTÁ, D.C.
TELÉFONO: 310-0100
CORREO: AG@AGC.GOV.CO

OFICINA SECCIONAL IV (BUARAMANGA)
BOGOTÁ, D.C. TELÉFONO: 246-3-1703
CALLE 100 No. 216 B 110001
BOGOTÁ, D.C.
TELÉFONO: 310-0100
CORREO: AG@AGC.GOV.CO

Al contestar favor citar como referencia el número (NUR)

Devs
Juan

Bucaramanga, 29 de enero de 2003

PARA: Doctor Juan Fernando Romero Tobon, Director Oficina Jurídica

DE: Horacio Cristanelo Torres, Gerente Seccional IV

REFERENCIA: Concepto

Respetado doctor:

En atención a la función de conceptualización a cargo de la Oficina que usted dirige, nos permitimos solicitarle concepto respecto de la procedencia de iniciar un proceso de jurisdicción coactiva, teniendo en cuenta los siguientes supuestos:

- 1.- Mediante Fallo No. 01 del 16 de enero de 2002, se falla con responsabilidad fiscal.
- 2.- Por Auto No. 036 del 5 de abril de 2002, al resolver el recurso de reposición, se aclara y modifica el Fallo No. 01, fallándose con responsabilidad fiscal.
- 3.- Por Auto del 28 de mayo de 2002, la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, confirma el Fallo 01 del 16 de enero de 2002, teniendo en cuenta las modificaciones realizadas al mismo, mediante Auto 036 del 5 de abril de 2002.
- 4.- El 1 de agosto de 2002, queda ejecutoriada la providencia.
- 5.- El grado de responsabilidad predicable a los responsables fiscales fue el de culpa leve, atendiendo lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 4 y artículo 53 de la Ley 610 de 2000.

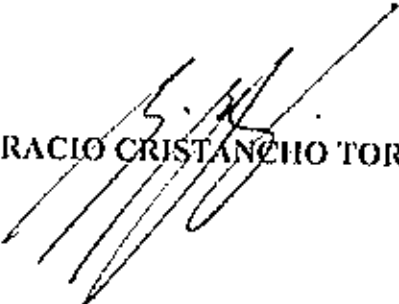


MEMORANDO INTERNO

PREGUNTA: Cómo quiera que mediante Sentencia de Constitucionalidad C-619/02, se declaren inexecutable el parágrafo 2 del artículo 4 y la expresión "leve" contenida en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, es procedente el inicio de un proceso coactivo, teniendo como título ejecutivo un fallo con responsabilidad fiscal por culpa leve, teniéndose en cuenta que el fallo (título) es de fecha anterior a la declaratoria de inexecutable?

Agradeciendo la atención a la presente.

Cordialmente,


HORACIO CRISTANCHO TORRES

Insita