

FAVOR DEVOLVER
COPIA FIRMADA



Radicado No: 20181100038251

Fecha: 18-12-2018

Bogotá,
110

RA058274255-CO

Señora

MARÍA FERNANDA RODRÍGUEZ CUENCA

Subdirectora Técnica de Jurisdicción Coactiva

Contraloría Departamental de Nariño

Carrera 24 núm. 19-33 Piso 4 Oficina 406 – Edificio Pasto Plaza

coactiva@contraloria-narino.gov.co

San Juan de Pasto - Nariño

Referencia: Radicado núm. 2018-233-004898-2 / Solicitud de concepto técnico
SIA - ATC 2018000766

Respetada María Fernanda,

A través de la presente la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República procede a dar respuesta a la consulta de la referencia, elevada por usted, en los siguientes términos:

A. SÍSTESIS DE LA CONSULTA

En el escrito radicado en esta entidad el día cinco (05) de diciembre de esta anualidad usted literalmente manifiesta:

“Subdirección de Jurisdicción Coactiva de la Contraloría Departamental de Nariño, en el trámite de su función de hacer efectivos los créditos fiscales provenientes de fallos y decisiones proferidos en procesos de responsabilidad fiscal, administrativos sancionatorios con sujeción a las normas constitucionales, legales y reglamentarias, se encuentra en la disyuntiva de aplicar la pérdida de fuerza de ejecutoria a los procesos que se encuentran con más de cinco años sin que se haya logrado notificar el mandamiento de pago.



20 DIC 2018

De conformidad con lo anterior, es preciso solicitar concepto en los siguientes términos:

1. *¿En los procesos de jurisdicción coactiva hay lugar a declarar la pérdida de fuerza de ejecutoria del acto administrativo que dio origen la obligación, si transcurridos cinco años desde su ejecutoria no se ha logrado la notificación del mandamiento de pago?*
2. *Si los procesos fueron iniciados antes del año 2012, se debe aplicar la pérdida de fuerza consagrada en el art. 66 del C.C.A, o el art. 91 del CPACA?*
3. *¿Se configuraría falta disciplinaria al funcionario ejecutor, si se continúa con el conocimiento y trámite del proceso en el cual ha operado la pérdida de fuerza de ejecutoria?"*

B. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Antes de brindar una respuesta a su solicitud, debemos advertir que la misma se efectúa con el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, toda vez que los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República, en respuesta a una petición en la modalidad de consulta, constituyen orientaciones y puntos de vista generales que no comprometen la responsabilidad de la entidad, ni tiene carácter obligatorio ni vinculante, pues, de acuerdo con nuestras facultades constitucionales y legales, no podemos pronunciarnos sobre situaciones individuales y concretas que pueden ser objeto de control y vigilancia posterior por parte de la AGR.

C. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA JURÍDICA

De conformidad con lo establecido en el artículo 18 del Decreto Ley 272 de 2000, 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."

En este sentido y teniendo en cuenta los interrogantes planteados por usted en el presente escrito, me permito manifestarle que la Auditoría General de la República tiene competencia para pronunciarse sobre consultas formuladas por el Auditor General o las generadas por sus dependencias.

Lo anterior teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales atribuidas en el artículo 274 de la Carta y el Decreto Ley 272 de 2000, que determinan que el control fiscal que ejerce la AGR, la cual vigila la gestión fiscal de todas las contralorías del país, no implica una participación en la toma de decisiones de esas administraciones en el manejo de sus funciones misionales, administración de recursos, fondos, bienes o valores, sino del examen y control de ésta después de su ejecución. Y, en razón a que se puede afectar la imparcialidad que debemos observar en el ejercicio del control de la gestión fiscal, pues, corresponde a ese órgano de control analizar la normatividad jurídica que rige el tema objeto de controversia, y resolver de fondo conforme a su autonomía y competencia.

Cabe precisar al respecto, que quien controla no debe participar en aquellas decisiones que posteriormente van a ser objeto de control, pues tal actuación equivale a coadministrar, lo que es contrario a la función fiscalizadora.

Sin embargo, como una manera de efectuar simples orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares, pues, es al funcionario del conocimiento de ese ente de control a quien le corresponde discernir sobre la aplicación de esta normatividad, consideramos:

El artículo 91 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011, definió el concepto de pérdida de fuerza ejecutoria, señalando:

“Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

- 1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.*
- 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.*
- 3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.*
- 4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.*
- 5. Cuando pierdan vigencia.”*

El tratadista Jaime Orlando Santofimio Gamboa sobre el tema ha señalado que *“... es decir, la administración cuenta con cinco años, contados a partir del momento en que los Actos Administrativos se encuentran en firme, para realizar todas las operaciones tendientes a su ejecución. De no actuar dentro de ese lapso, la*

suspensión de los efectos del acto que le es imputable a la misma administración se transforma en una sanción para la administración morosa, consistente en que por una parte el acto pierde su fuerza ejecutoria y por la otra la administración perdería en la práctica la competencia para hacerlo ejecutivo”.

En su momento, respecto a los requisitos exigidos para que se configure la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos, con fundamento en el numeral 3 del artículo 66 del entonces C.C.A., (hoy numeral 3 del artículo 91 del C.P.A.C.A.); la Sección Quinta del Consejo de Estado concluyó:

“En efecto, cuando la norma dispone la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos cuando al cabo de cinco años la administración “no haya realizado los acto que le corresponden para ejecutarlos”, no está indicado que tales diligencias sólo cuentan a partir de la notificación del auto de mandamiento de pago, como lo entiende el excepcionante; en el ámbito de la jurisdicción coactiva, de forma previa a la notificación del auto de mandamiento de pago, se encuentra una actuación de la administración que, sin duda, se encamina a ejecutar el acto administrativo y que ocurre cuando se libra orden de pago contra el obligado. Así las cosas, se tiene que en este caso, al haberse librado el auto de mandamiento de pago el 17 de diciembre de 1999, es decir, dentro de los tres años siguientes a la ejecutoria de la Resoluciones en referencia, la administración realizó uno de los actos que le correspondía para ejecutarlos dentro del término señalado en el numeral 3° del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo. Por lo tanto, esos actos no han perdido fuerza ejecutoria”.

Por lo anterior, si dentro del término establecido en el numeral 3° del artículo 91 del C.P.A.C.A., la administración adelanta actos tendientes a la ejecución del título, no se configura respecto de dicho título la pérdida de fuerza ejecutoria. Si por el contrario, la administración no adelanta actuación alguna tendiente a la ejecución del título se configura la pérdida de fuerza ejecutoria del mismo, razón por la cual el funcionario encargado de adelantar el proceso de jurisdicción coactiva deberá declararla de oficio, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria que le puede ser atribuida por su inactividad u omisión.

Al respecto de esta cuestión, se puede consultar en la página web de la Auditoría General de la República [auditoria.gov.co](http://www.auditoria.gov.co), en el siguiente link <http://www.auditoria.gov.co/Paginas/Conceptos.aspx>.

Respecto a la cuestión núm. 2 de su solicitud, la Oficina Jurídica ha mencionado en otras ocasiones lo siguiente¹, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1066 de 2006, las contralorías aplicaban en sus procesos de jurisdicción coactiva las normas especiales de la Ley 42 de 1993 y la Ley 610 de 2000, y en lo que no estaba regulado en estas normas, aplicaban subsidiariamente el Código de Procedimiento Civil por expresa remisión que hacía el art. 90 de la Ley 42 de 1993.

Posteriormente, la Ley 1066 de 2006 unificó el procedimiento de cobro coactivo de las entidades públicas, incluyendo a las contralorías, señalando que a partir de su entrada en vigencia se debería aplicar el procedimiento establecido en el Estatuto Tributario.

Esta ley posterior y general modificó el procedimiento general de jurisdicción coactiva, ordenando que a partir de la entrada en vigencia de la misma, el procedimiento general que debían aplicar entre otras entidades, las contralorías, debería ser el Estatuto Tributario.

Así las cosas, tal como lo expuso el Consejo de Estado en su ampliación de concepto núm. 1882 del cinco de diciembre de 2009, la entrada en vigencia de la Ley 1066 de 2006 no derogó las normas especiales que sobre el procedimiento de jurisdicción coactiva contienen la Ley 42 de 1993 y Ley 610 de 2000, sino que se limitó a modificar el procedimiento general.

En este orden de ideas, los procesos coactivos iniciados antes de la expedición de la Ley 1437 de 2011, les resulta aplicable el procedimiento contenido en la Ley 42 de 1993 y 610 de 2000, y en lo previsto el Estatuto Tributario. Ahora bien, cuando en estos procesos se encuentre una contradicción entre estas normas, el operador jurídico deberá preferir y aplicar las normas especiales y subsidiariamente y en lo que no se oponga a las normas especiales, el Estatuto Tributario.

La anterior solución es una inferencia lógica de la aplicación de los artículos 2 y 3 de la Ley 153 de 1887, que señalan que aunque en principio “la ley posterior prevalece sobre la ley anterior”, solo se puede estimar insubsistente una disposición legal “por declaración expresa del legislador o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores”. Luego, la Ley 1066 de 2006 siendo una norma de carácter posterior y general, solo puede modificar normas generales

¹[http://www.auditoria.gov.co/Conceptos_Juridicos/Conceptos%202017/AGR_%20Concepto%20110.002.2017%20\(Tramite%20para%20el%20cobro%20coactivo\).pdf](http://www.auditoria.gov.co/Conceptos_Juridicos/Conceptos%202017/AGR_%20Concepto%20110.002.2017%20(Tramite%20para%20el%20cobro%20coactivo).pdf)

anteriores y no disposiciones especiales anteriores, porque estas solo pueden ser modificadas por una norma especial posterior.

De igual forma, la mencionada norma, estableció en su artículo 2° la obligación para las entidades públicas que ejerzan actividades o funciones administrativas o presten servicios del Estado, dentro de los cuales recauden rentas o caudales públicos, de:

“establecer mediante normatividad de carácter general por, parte de la máxima autoridad o representante legal de la entidad pública, el reglamento interno del recaudo de cartera, con sujeción a lo dispuesto en la presente ley, el cual deberá incluir las condiciones relativas a la celebración de acuerdos de pago”.

Autorización que se complementa con lo ordenado por el artículo 5°:

“Las entidades públicas que de manera permanente tenga a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos, los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario”.

Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, se introdujeron cambios importantes en materia del procedimiento administrativo de cobro coactivo, en especial dispuso en su artículo 100 unas reglas de procedimiento para el cobro coactivo, estableciendo los numerales 1 y 2, que los que tengan reglas especiales se regirán por ellas, y los que no, se regirán por lo dispuesto en este título y en el Estatuto Tributario.

Queda claro que por voluntad del legislador, las normas especiales de cobro de la Ley 42 de 1993, están vigentes en materia del proceso de cobro coactivo, para los títulos ejecutivos derivados de la responsabilidad fiscal.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el precitado artículo 100 señala que los vacíos que se presenten en las normas especiales que regulan el proceso de jurisdicción coactiva, se llenarán acudiendo a las reglas del procedimiento establecidas en la parte primera del Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo, y en su defecto el Código de Procedimiento Civil en lo relativo al proceso ejecutivo singular, y en consideración que el Código de Procedimiento Civil fue derogado por la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del

Proceso y se dictan otras disposiciones, la remisión debe entenderse a éste último.

Así, las contralorías deben aplicar en sus procesos de cobro coactivo que iniciaron a partir del 2 de julio de 2012, derivados de obligaciones fiscales contenidas en fallos de responsabilidad fiscal, multas derivadas del proceso sancionatorio fiscal o una póliza de seguros y demás garantías que se integren a fallos de responsabilidad fiscal, las disposiciones de la Ley 42 de 1993, la Ley 610 de 2000 y en los vacíos de estas, las disposiciones de la primera parte de la Ley 1437 de 2011 y la Ley 1564 de 2012, en su orden.

En el caso de los procesos en curso, independientemente de la clase de título ejecutivo que corresponda, los cuales venían siendo tramitados con base en el procedimiento del ET, aquellos continuarán su trámite normal hasta su terminación y archivo, para el caso concreto para la declaratoria de pérdida de fuerza ejecutoria, siguiendo la norma de transito legislativo y vigencia de que trata el artículo 308 inciso final de la Ley 1437 de 2011, donde se prevé que los procedimientos y actuaciones administrativas en curso a la entrada en vigencia del nuevo Código, seguirán rigiéndose y continuarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la presunta falta disciplinaria en que pudiera llegar a incurrir el funcionario ejecutor, en el evento de continuar con el conocimiento y trámite del proceso en el cual ha operado la pérdida de fuerza ejecutoria del título, esta oficina recuerda lo consagrado en el artículo 27 de la Ley 734 de 2002 Código Único Disciplinario que señala:

Artículo 27. Acción y omisión. Las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones.

Cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo. (Subrayado fuera del texto)

Así las cosas, es deber del funcionario ejecutor dar cumplimiento a lo preceptuado en el numeral 3° del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011, cuando la autoridad no haya realizado los actos que le correspondan.

En los anteriores términos se ha dado respuesta a sus inquietudes, siendo necesario reiterar que no es competencia de esta Oficina Jurídica entrar a dilucidar casos de carácter puntual, razón por la cual la consulta se absuelve en

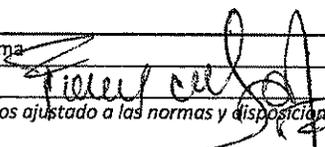
forma general y abstracta, pues, no es admisible adentrarnos a resolver situaciones particulares y concretas que puedan comprometer la responsabilidad de la entidad, habida cuenta que se podría configurar un direccionamiento en la gestión y autonomía de los entes de control, lo cual está expresamente prohibido.

Por lo tanto, se debe evaluar la opinión jurídica consignada en el concepto emitido, verificar la normatividad jurídica vigente y la jurisprudencia aplicable, para asumir su propia decisión.

Atentamente,



CARLOS ÓSCAR VERGARA RODRIGUEZ
Director oficina

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Felipe Andrés Sánchez Cotes, Profesional		18/12/2018
Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.			