



CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA
Promovemos el Desarrollo de la Gestión Pública, la Lucha
contra la Corrupción y la Participación Ciudadana
NIT. 891.190.246-1

JUPF- 1475

Florencia, 27 JUL 2006

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
AS Contador CPA NIT. 110-1-33714 07/09/2005 02:44 PM
Teléfono: 435-3000
E: 30947 Actividad 01 CIUD. Fctos. 1 Anexos 110
Dirección: CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA PAQUA.
Código: 110-01014 JURIDICA

Doctora
ANA LYDA PERAFAN CABRERA
Directora Oficina Jurídica
Auditoría General de la República
Calle 10 No. 17-18, piso 9
Tel: (571)2432969-2820917
Bogotá D.C

Asunto: Solicitud Concepto

Cordial Saludo,

En atención a las funciones de conceptualización asignadas a esa dependencia, de manera respetuosa, me permito solicitarle se sirva absolver la siguiente consulta que se propone en los siguientes términos:

¿Puede derivarse responsabilidad fiscal y ordenarse el resarcimiento al erario por daños causados con ocasión de la expedición de actos administrativos lesivos, sin que éstos hayan sido demandados ante los tribunales contenciosos para que éstos se pronuncien sobre su legalidad?

Agradezco de antemano su valiosa colaboración.

Atentamente,

PAOLA ANDREA CALDERON
Jefe Unidad Procesos Fiscales

1458/2006
A Agosto 2/2006

Ar:
* Dayra Conería

contestado 08.07.06

Ruiz 2-08/06

PAOLA
01/08/06



CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA
*Promovemos el Desarrollo de la Gestión Pública, la Lucha
contra la Corrupción y la Participación Ciudadana*
NIT. 891.190.246-1

JUPF- 1697

Florencia, 04 SEP 2006

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar por N.U. al 110-1-34340 07/09/2006 02:22 a.m.
Trámite 435 - SOLICITUD
E-31462 Actividad 01 INICIO, Folios 1, Anexos 110
Origen: CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA PAOLA
Destino: 110 OFICINA JURIDICA

Doctora
ANA LYDA PERAFAN CABRERA
Directora Oficina Jurídica
Auditoría General de la República
Calle 10 No. 17-18, piso 9
Tel: (571)2432969-2820917
Bogotá D.C

Asunto: Solicitud Concepto

Cordial Saludo,

De manera atenta y respetuosa, me permito solicitarle remita a ésta Contraloría, la consulta absuelta, y que fuera solicitada mediante oficio JUPF- 1475 del 27 de julio de 2006 debido a que es indispensable para los lineamientos a seguir en los programas de auditoría que adelanta ésta Contraloría, y en los que se han detectado irregularidades de carácter pecuniario frente a actos administrativos expedidos por los administradores de turno. El interrogante efectuado fue el siguiente:

¿Puede derivarse responsabilidad fiscal y ordenarse el resarcimiento al erario por daños causados con ocasión de la expedición de actos administrativos lesivos, sin que éstos hayan sido demandados ante los tribunales contenciosos para que éstos se pronuncien sobre su legalidad?

Agradezco de antemano su valiosa colaboración.

Atentamente,


PAOLA ANDREA CALDERON
Jefe Unidad Procesos Fiscales

Paola
2-9-06-2



MEMORANDO INTERNO

100-265

PARA: CIRO ALBERTO VALDERRAMA MANTILLA
Director Jurídico

DE: PIEDAD AMPARO ZÚÑIGA QUINTERO
Auditora General de la República

REFERENCIA : Solicitud concepto
Contraloría Departamental de Caquetá

Para lo de su competencia.

Cordialmente,

PIEDAD AMPARO ZÚÑIGA QUINTERO
Auditora General de la República

afs.



Bogotá D.C., Septiembre 9 de 2006

OJ110

~~Oficina Jurídica 110-061-2006~~

Doctora
PAOLA ANDREA CALDERON
Jefe Unidad de Procesos Fiscales
Contraloría Departamental del Caquetá
Carrera 13 No. 15-00, piso 4
Edificio Gobernación
Florencia - Caquetá

Devolver Copia Firmada

14221023

8-09-06

REFERENCIA: NUR-110-1-33714. Daño al erario con ocasión de la expedición de actos administrativos lesivos, sin que estos hayan sido demandados.

Apreciada Doctora,

De manera atenta le informo que la Oficina Jurídica en cumplimiento de la función de conceptualización que tiene asignada procede a emitir el siguiente pronunciamiento, advirtiéndole que conformidad con lo establecido en el artículo 25 del C.C.A., carece de fuerza vinculante.

I.- DE LA CONSULTA.-

"Puede derivarse responsabilidad fiscal y ordenarse el resarcimiento al erario por daños causados con ocasión de la expedición de actos administrativos lesivos, sin que estos hayan sido demandados ante los tribunales contenciosos para que estos se pronuncien sobre su legalidad?"

II.- CONSIDERACIONES

En relación con el tema objeto de la consulta, la Oficina Jurídica ha estimado necesario formular las siguientes precisiones conceptuales, reiterando lo ya expresado por la misma, en conceptos anteriores.

1. PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL¹

La Corte Constitucional, ha entendido el proceso de responsabilidad fiscal como "el conjunto de actuaciones materiales y jurídicas que adelantan las contralorías con el fin de determinar la responsabilidad que le corresponde a los servidores públicos y a los particulares por la administración o manejo irregulares de los dineros o bienes públicos." (Corte Constitucional Sentencia SU-620 de 1996, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell).

A su turno, la Ley 610 de 2000, en su artículo 1º, define el proceso de responsabilidad fiscal como: "el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta causen por la acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño patrimonial al Estado".

Así mismo, la misma ley, en su artículo 6º, señala:

"DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público."

En materia procedimental la misma ley, en el artículo 40, señala como presupuestos necesarios para dar comienzo a un proceso de responsabilidad fiscal, la certeza de la existencia de un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del

¹ Concepto NUR: 100-3-32569, **Asunto:** Solicitud concepto: Expedición de autos Perdida de la fuerza ejecutoria en un proceso de jurisdicción coactiva, según lo dispuesto en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo

mismo. Lo que significa que no se requiere ningún otro requisito legal para que los entes de control ejerciten la acción. La decisión que pone fin al proceso produce efectos interpartes.

2. INEXISTENCIA Y NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

En cuanto a la nulidad de los actos administrativos se analiza que el Código Contencioso Administrativo en su artículo 84, señala:

"(...) Procederá no solo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino cuando también hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió. (...)"

De igual forma la H. Corte Constitucional en sentencia C-69, del 23 de febrero de 1995, expone los siguientes argumentos referente a la existencia y validez de los actos administrativos:

"(...) La existencia del acto administrativo está ligada al momento en que la voluntad de la administración se manifiesta a través de una decisión. El acto administrativo existe, tal como lo señala la doctrina, desde el momento en que es producido por la administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera la existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición (...)"

"(...) Así mismo el acto administrativo puede ser inexistente, y se distingue del acto viciado de nulidad, que aunque tiene plena existencia jurídica, solamente desaparece mediante la declaración de nulidad por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa. Cuando falta un requisito sustancial o un elemento que forma parte del acto, necesariamente este acto no puede existir. Pero si se trata de una violación o prohibición de la ley, el acto nace pero está viciado de nulidad. Por ejemplo, se ha dicho que no puede nacer a la vida jurídica el acto de quien no es funcionario, o no está autorizado por la ley para ejercer función administrativa (...)"

De acuerdo con la doctrina², se habla de inexistencia jurídica del acto administrativo, cuando se ha trasgredido gravemente el cumplimiento de prescripciones legales en la emisión de la pretendida voluntad del Estado. La ley, por principio, no le reconoce a ese acto la validez, en relación a efectos jurídicos. Mal podría hablarse de presunción de legalidad de lo que no existe jurídicamente.

Cuando se dice que el acto está viciado de nulidad, se indica una decisión que existe en el mundo jurídico, pero afectada de un vicio (artículo 84, inc.2 del CCA). El acto existe, pero puede ser declarado nulo por la jurisdicción contenciosa administrativa.

Cuando falta un requisito o elemento que forma parte de la esencia, necesariamente el acto no puede existir; pero si se trata de una prohibición de la ley, el acto nace, pero está viciado de nulidad. Ejemplo, no puede nacer a la vida jurídica el mal llamado "acto" de quien no es funcionario, o no está autorizado por la Ley, para ejercer una función administrativa.

De igual forma expresa el autor, que la inexistencia jurídica no produce ningún efecto, y por consiguiente carece de presunción de legalidad. En Colombia, se considera que el acto viciado de nulidad goza de la presunción de legalidad, y debe ser obedecido, mientras no sea revocado en vía gubernativa o bien suspendido o declarado nulo por la jurisdicción contenciosa.

El profesor Agustín Gordillo, expone: "(...) 1. *El acto, aunque contenga una decisión destinada a producir efectos jurídicos, no produce efectos que por su contenido estaba destinado a producir. Esa inoperancia para producir efectos jurídicos que por su contenido debían aparentemente producir se advierte en que: a) los particulares no están obligados a obedecerlo; b) los agentes administrativos tienen el deber de no obedecerlo ni ejecutarlo, y si lo hacen incurren en responsabilidad por "vías de hecho" (...)*".

3. ACCIÓN DE LESIVIDAD.

En la actualidad y soportado en la doctrina y la jurisprudencia, la ley reconoce la acción de oficio, en virtud del cual la propia administración

² Gustavo Penagos, El Acto Administrativo, Tomo I.

puede y debe demandar sus actos ante la jurisdicción en acción de nulidad, por manifiesta violación de la Constitución o de la ley.³

Así mismo, el Consejo de Estado mediante sentencia del 7 de julio de 1989, sección cuarta, C.P. doctora Consuelo Sarria Olcos, expone los siguientes argumentos:

" (...) El decreto 01 de 1984, al regular el tema de las acciones a través de las cuales se pueden impugnar las actuaciones administrativas consagró la acción de nulidad, la de restablecimiento de derecho, la de reparación directa y cumplimiento, las relativas a contratos y la de definición de competencias.

No consagro como acción diferente, al que la doctrina ha denominado acción de lesividad, a través de la cual las autoridades administrativas pueden demandar sus actos cuando siendo violatorios de norma superior no pueden ser revocados por su propia decisión, sino que el artículo 149, ibidem, al regular la "representación de las personas de derecho público" precisó que las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas, podrán obrar como demandantes en los procesos contencioso-administrativos y que ellas "podrán incoar todas las acciones previstas en este Código, si las circunstancias lo ameritan" (...)"

De igual forma, el Consejero de Estado, doctor Jaime Abella Zárate, mediante sentencia de octubre 11 de 1991, señala:

"(...) Para el particular, no es en términos procedimentales un recurso, pues inclusive no procede cuando se han ejercitado [sic] éstos, sino un medio para corregir situaciones manifiestamente anómalas frente a la ley o al interés público. Para el funcionario es también un medio de corregir los errores propios o de sus subalternos cuando incurran en los eventos [sic] previstos como causales, siéndole posible hacerlo directamente y de oficio, sólo que si el acto ha creado una situación jurídica particular o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá revocarlo sin el consentimiento expreso y escrito del titular.

³ Lamprea Rodríguez Pedro Antonio. Anulación de los Actos de la Administración Pública

Pero también hay una excepción a esta norma y es cuando resulta "evidente que el acto ocurrió por medios ilegales".

Ocurrir por medios ilegales supone la maniobra fraudulenta, con o sin participación de funcionarios, para producir un acto manifiestamente ilegal, contrario al interés público o social o que injustamente perjudica a una persona. (...)"

Es importante anotar, entonces, que un acto administrativo es lesivo para el Estado o los particulares cuando resulta perjudicial a sus intereses amparados jurídicamente y que solamente dan lugar al inicio de procesos de responsabilidad los actos administrativos que lesionan los bienes y recursos del Estado.

Ahora bien, la sola expedición de un acto administrativo no tiene capacidad para generar un daño al patrimonio público, son las decisiones adoptadas en él, las que pueden producir efectos dañosos, luego si la decisión adoptada *per-se* ocasiona un daño a erario, puede iniciarse el proceso de responsabilidad fiscal, en el entendido, por supuesto de que se reúnan los requisitos establecidos al efecto por la Ley 610 de 2000, norma que en la actualidad regula la materia, sin necesidad de estudiar la legalidad del acto que los originó; pero si esa decisión solamente adquiere capacidad lesiva como consecuencia de la existencia de una irregularidad en la expedición del acto administrativo, debe esperarse la decisión del Contencioso Administrativo, único competente para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos al tenor de lo dispuesto en el artículo 238 de la C.P. en concordancia con el artículo 66 del C.C.A. el cual dispone:

"...ARTICULO 66. PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo..."

En consideración de lo anterior, los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad, la cual consiste en suponer que todo acto administrativo ha sido expedido de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Es decir, que en su creación se han tenido en cuenta las normas vigentes

relacionadas con su contenido, sus elementos, competencia, requisitos, trámites, oportunidad, y demás aspectos sustantivos y adjetivos.⁴

La presunción de legalidad de los actos administrativos, en consecuencia, ampara los efectos jurídicos de las actuaciones que los entes de control adelanten en los procesos de su competencia.

Como ha reconocido la jurisprudencia nacional, la existencia del acto administrativo está ligada al momento en que la voluntad de la Administración se manifiesta a través de una decisión. El acto administrativo existe, tal como lo señala la doctrina, desde el momento en que es producido por la Administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera, la existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada, claro está, a la publicación o notificación del acto, según sea de carácter general o individual.

Dejando, entonces, sentada la premisa de existencia y eficacia del acto administrativo, se puede afirmar que las decisiones que comportan los mismos tienen plena validez mientras no sea declarada su nulidad.

III.- CONCLUSIONES

De conformidad con lo expuesto anteriormente se puede concluir que, los organismos de control, pueden iniciar el trámite de un proceso de responsabilidad fiscal, derivado de un acto administrativo cuando el daño sea consecuencia directa de la decisión que éste comporta, o lo que es igual, cuando tenga certeza de que se configuran los tres elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal (daño, culpa grave o dolosa y nexo de causalidad), de conformidad con el artículo 40 de la ley 610 de 2000.

Si por el contrario el daño deviene de la expedición irregular del acto administrativo, el funcionario público, puede acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa para solicitar su nulidad, y solo cuando el contencioso se pronuncie sobre la misma podrá evaluar si se deriva responsabilidad fiscal.

⁴ LUIS ENRIQUE BERROCAL GUERRERO, Manual del Acto Administrativo, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, primera edición, 2001, página 69.

En ese orden de ideas, es necesario precisar que la responsabilidad fiscal es independiente de otros tipos de responsabilidad, y su materialización no se encuentra condicionada a la legalidad o ilegalidad del acto administrativo que sirve de base para la actuación de la cual se deriva de responsabilidad.

Así las cosas, la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo no es elemento esencial de la responsabilidad fiscal, a punto tal, que la misma es imputable al gestor fiscal, aún cuando el acto se presuma legal y no haya sido demandada su nulidad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Este concepto se emite con fundamento en la normatividad vigente y en la información suministrada en su escrito.

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

Atentamente,



CIRO ALBERTO VALDERRAMA MANTILLA
Director Oficina Jurídica

Proy/ACA/DCP