



Bogotá D.C.,

Señor

CARLOS ALBERTO TOBAR MENESES

Contraloría General del Cauca

Carrera 7 No. 1N - 66 Segundo Piso Edificio Lotería del Cauca

rfiscalnotificaciones@contraloria-cauca.gov.co

contactenos@contraloria-cauca.gov.co

Referencia: Concepto 110.O34.2023

SIA-ATC 012023000207

1. *De la caducidad de la acción fiscal.*
2. *De los principios aplicables en el proceso de responsabilidad fiscal.*

Respetado Dr. Tobar,

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en oficio allegado en correo electrónico del 3 de marzo de 2023, el cual fue radicado en la misma fecha con el número 02331202300590 y bajo el SIA-ATC. 012023000207, en el que consulta lo siguiente:

«1. Si durante el periodo en el cual estuvo vigente el Título XIII, artículo 127 del Decreto Ley 403 de 2020, era viable jurídicamente abrir procesos de responsabilidad fiscal, por daños, cuyo hecho generador del daño al patrimonio público había ocurrido hace más de cinco (5) años o si en este tipo de casos se debió dar aplicación el principio de irretroactividad de la ley y abstenerse de iniciar la acción fiscal, declarando la caducidad de la acción fiscal.

2. Si en el evento de haberse dado apertura a procesos de responsabilidad fiscal durante el periodo en el cual estuvo vigente el Título XIII, del Decreto Ley 403 de 2020, cuyo hecho generador del daño al patrimonio público había transcurrido hace más de cinco (5) años, es viable declarar la caducidad de la acción fiscal de estos procesos, con fundamento en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, en aplicación a los principios de favorabilidad y ultraactividad de la ley.»

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas (contralorías y fondos de bienestar social de las mismas) o de sus sujetos de vigilancia, dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte. Por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia, por lo cual, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando:

«Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, **sin que, por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal**, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución (...).» (Negrilla fuera de texto).

Así mismo, le indicamos que de conformidad con el numeral 3 del artículo 18 del Decreto-Ley 272 de 2000 «Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República», es función de la Oficina Jurídica «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», los cuales abordan los temas de manera general y abstracta, sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, por lo tanto, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico y permitan al consultante dilucidar la problemática planteada traerá a colación las normas, jurisprudencia y doctrina referentes que se encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir concepto de manera general y abstracta, en los siguientes términos:

1. De la Caducidad de la acción fiscal

El artículo 6 de la Ley 610 de 2000 «por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías», establece:

«Artículo 9°. Caducidad y prescripción. **La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público**, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto. La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare. El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública.» (Negrilla fuera de texto)

Norma que al entrar en vigor el Decreto 403 de 2020 «Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal» fue modificada por el artículo 127 en lo referente a la caducidad y prescripción señalando lo siguiente:

«ARTÍCULO 9. Caducidad y prescripción. **La acción fiscal caducará si transcurridos diez (10) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público**, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Una vez proferido el auto de apertura se entenderá interrumpido .el término de caducidad de la acción fiscal.

Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto.

La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir de la expedición del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.

El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil o incidente de reparación integral en calidad de víctima en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública.» (Negrilla fuera de texto)

Este Despacho, en concepto 110.35.2020 del 4 de agosto de 2020 (Radicado No: 20201100018811), se pronunció respecto de la caducidad establecida en el mencionado Decreto Ley 403 de 2020 resaltándose lo siguiente:

«El cambio normativo tiene dos aspectos: i) la ampliación del término de caducidad que pasa de cinco (5) años a diez (10) años contados a partir de los hechos generadores del daño patrimonial y ii) se puntualiza el que la promulgación del auto de apertura, interrumpe el término de caducidad de la acción fiscal.

(...)

El legislador excepcional del Decreto-Ley 403 de 2020, no condicionó de manera especial la entrada en vigencia de este cambio normativo procesal como si lo hizo en otras normas de este carácter, por lo tanto, se debe entender su entrada en vigencia en los términos del artículo 166 ibídem, es decir, a partir de la promulgación de la norma, esto es, a partir del 16 de marzo de 2020.

(...)

De la transcripción normativa, jurisprudencial y conceptual transcrita, este Despacho concluye que el fenómeno jurídico de la caducidad se encuentra dentro del derecho procesal, por tanto su naturaleza es de orden público y por ello irrenunciable; establecida como garantía para la seguridad jurídica y el interés general, consistente en el establecimiento de un plazo determinado para poder ejercer una acción para exigir un derecho y en el caso del control fiscal, el tiempo con que cuenta el organismo de control fiscal para dar inicio al respectivo proceso de responsabilidad fiscal contra los presuntos responsables del detrimento patrimonial al Estado observado.

El término de caducidad en el tránsito legislativo se debe aplicar de acuerdo a dos hipótesis: **i) Si el término de caducidad establecido en la norma anterior se encuentra vencido al momento de entrada en vigencia de la nueva norma, se aplica la norma anterior teniendo en cuenta la consolidación de tal figura jurídica y por ende la imposibilidad de incoar la acción fiscal; y ii) Si al momento de entrar en vigencia la nueva norma, el término de caducidad establecido en la norma anterior no se había vencido, la aplicación para su conformación es la de la nueva normatividad en el entendido que aún no se ha consolidado la figura jurídica llamada caducidad y por tanto aún se está frente a una mera expectativa de que ésta se materialice.» (Resaltado fuera de texto)**

Ahora bien, la Corte Constitucional mediante sentencia C-090 de 2022 declaró la inexecutable de algunos apartes del Decreto ley 403 de 2020 incluyendo el mencionado artículo 127 señalando:

«La Sala constató que el cargo formulado contra el título XIII del Decreto Ley 403 de 2020 cumple con los requisitos mínimos de argumentación, y es apto para desplegar un examen material. En el marco de este último, la Sala definió el alcance material de la norma habilitante contenida en el párrafo transitorio del artículo 268 superior, y encontró que facultaba al presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley con el objeto de regular (i) los asuntos contemplados expresamente en el párrafo, persiguiendo la finalidad de implementar correctamente el Acto Legislativo 04 de 2019 y fortalecer el control fiscal; y (ii) las modificaciones que el Acto Legislativo 04 introdujo a la Constitución, excluyendo los asuntos que dicha reforma constitucional reservó a la competencia del Congreso de la República. Enseguida, la Sala estudió el contenido material del título XIII, y halló que se limita a reformar, adicionar o agregar nuevas figuras al proceso de responsabilidad fiscal. Posteriormente, la Sala advirtió que el título XIII no guarda conexidad alguna con el objeto de la norma habilitante y, en esa medida, consideró que, al expedirlo, el presidente incurrió en una extralimitación en el ejercicio de sus facultades extraordinarias, por lo cual declaró su inexecutable. Finalmente, la Sala precisó el alcance material de su decisión - declarando la reviviscencia de los artículos de las leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011 modificados o adicionados por el título XIII-, así como el temporal -precisando que los efectos de la providencia son inmediatos y hacia el futuro-.»

Al mismo tiempo la sentencia determina los efectos de esta con relación a las actuaciones iniciadas estando vigente el Decreto Ley 403 de 2020 en el punto 5.7.2 referente a los efectos temporales, indicando:

«(...) En segundo lugar, la Sala encuentra que no se derivan consecuencias negativas de la expulsión inmediata y ex nunc del título XIII del ordenamiento. **Aclara, a ese propósito, que las actuaciones surtidas bajo su vigencia conservan validez -protegiendo así la seguridad jurídica-, y al mismo tiempo garantizando, desde la fecha de esta providencia, la supremacía constitucional.** (...) (Negrilla fuera de texto)»

2. De los principios en el proceso de responsabilidad fiscal

El proceso de responsabilidad fiscal se encuentra definido en la Ley 610 de 2000 “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, en los siguientes términos:

«Artículo 1º. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es 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 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.»

El artículo 2º de la norma ídem, establece los principios bajo los cuales se orienta este proceso:

«Artículo 2º. Principios orientadores de la acción fiscal. En el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal se garantizará el debido proceso y su trámite se adelantará con sujeción a los principios establecidos

en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y a los contenidos en el Código Contencioso Administrativo.»

El artículo 29 de la Constitución Política, consagra el derecho fundamental al debido proceso en los siguientes términos:

«Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales **y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa**, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.» (Negrilla fuera de texto)

El artículo 209 ibídem, establece los principios de la función administrativa así:

«Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.»

El principio de favorabilidad se entiende como el derecho a ser juzgado de tal manera que, si existen dos normas en relación con el mismo asunto, si una de las dos es más favorable, se deben aplicar los principios contenidos en la norma más favorable al implicado. Al respecto la sentencia SU-267 de 2019¹ se refiere al principio de favorabilidad como:

«El principio de favorabilidad se aplica en los casos en que existe duda sobre la disposición jurídica aplicable, en tanto se encuentran dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho.»

De acuerdo con todo lo expuesto, corresponde a cada operador fiscal el proceder a validar la situación fáctica de cada proceso y en el marco de cada caso proceder a aplicar la normatividad aplicable.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas. El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 2015 “Por medio de la cual se

¹ Sentencia SU 267/19. Expediente T-6.909.272 M.P. Alberto Rojas Ríos.

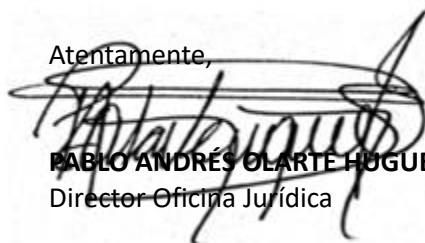
regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

«...el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad ‘ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución’**» (Negrilla fuera de texto)

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto pueden ser consultarlos en el siguiente enlace: <http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>


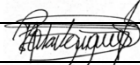
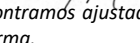
Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 Nro. 69-76 Piso 17, Edificio Elemento, Torre 4 de Bogotá o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y jdsinisterra@auditoria.gov.co. Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón SIA, seleccionar la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, luego, seleccionar el botón *Encuesta de Satisfacción* e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña ab54d334 También puede consultar su solicitud en el botón *Consultar Solicitud* ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,



PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Juan David Sinisterra		25/04/2023
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		25/04/2023
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		25/04/2023

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.