



Radicado No: 20211100044731

Fecha: 27-12-2021

Bogotá,
110

Doctor
HÉCTOR ROLANDO NORIEGA LEAL
Contralor Municipal (E)
Contraloría Municipal de Bucaramanga
Carrera 11 Nro. 34-52 Edificio de la Alcaldía Fase II
Bucaramanga - Santander
contralor@contraloriabga.gov.co

Referencia: Concepto 110.094.2021
SIA-ATC. 012021000890
1. *De la caducidad de la acción fiscal*

Doctor Noriega Leal:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en el correo electrónico del 17 de noviembre de 2021, el cual fue radicado con el número 20212330019992 del 18 de noviembre de 2021 y bajo el SIA-ATC. 012021000890, en el que consulta lo siguiente:

El término de caducidad de la acción fiscal debe computarse por el término de 10 años para los hechos generadores de daños que se identifiquen posteriores a la entrada en vigencia del decreto 403 de 2020?

Para actuaciones y/o gestiones contractuales y/o administrativas que generen reproche fiscal que se hayan identificado antes de la entrada en vigencia del Decreto 403 de 2020 se debe tener como término de caducidad los 5 años anteriores a la expedición del decreto precitado o se aplica retroactivamente el computo (sic) de 10 años para todo lo que se defina como reproche fiscal y caducidad la norma que reformó la ley 610 de 2000.? (Sic)

Puede un ente de control fiscal en el año 2021 aperturar proceso de responsabilidad fiscal por hechos relacionados a un contrato de obra suscrito y liquidado en el año 2012 con fundamento en que no se encuentra en términos de caducidad con ocasión del decreto 403 de 2020?

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.

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.

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.

1. De la caducidad de la acción fiscal

El artículo 6º de la Ley 610 de 2000 «Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías» modificado por el artículo 127 del Decreto-Ley 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», establece:

Artículo 9º. 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.

La Corte Constitucional en Sentencia C-836 de 2013 al examinar la constitucionalidad del primigenio artículo 6º de la Ley 610 de 2000, se pronunció así:

Para los efectos que se dejan anotados, la Corporación entendió que “el fenómeno jurídico de la caducidad surge como consecuencia de la inactividad de los interesados para obtener por los medios jurídicos, la defensa y protección de los derechos afectados por un acto, hecho, omisión u operación administrativa, dentro de los términos fijados en la ley”, e implica “la extinción del derecho a la acción por la expiración del término fijado en la ley para ejercer la respectiva acción”.

(...)

La previsión de un término de caducidad cumple el propósito inicial de permitir que las contralorías cuenten con tiempo suficiente para adelantar las actuaciones que les corresponden, ya que, conforme lo ha destacado esta Corporación, antes del auto de apertura, con el cual comienza el proceso de responsabilidad fiscal, tiene lugar una indagación preliminar que, “si bien puede contribuir a la precisión y determinación de los elementos necesarios a la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, formalmente no hace parte del mismo”, a tal punto que tal indagación puede concluir en un auto de archivo, hipótesis en la que no existirá proceso de responsabilidad fiscal, pues “su presencia se anuncia solo a partir del auto de apertura”, cuya fecha es “el extremo que marca la consolidación quinquenal de la caducidad de la acción fiscal”.

La existencia de un término de caducidad de la acción fiscal pretende, también, asegurar el actuar diligente de las contralorías, pues, pese a que esté involucrado el interés general, no pueden mantener indefinidamente las indagaciones o postergar sin límite temporal alguno la iniciación del proceso fiscal, porque, de lo contrario, “el sistema jurídico se vería abocado a un estado de permanente latencia en donde la incertidumbre e imprecisión que rodearían el quehacer estatal, entorpecería el desarrollo de las funciones públicas”.

De la normatividad y jurisprudencia transcrita se obtiene que i) la caducidad de la acción fiscal opera al transcurrir diez (10) años desde el acaecimiento del hecho generador del daño si este es instantáneo o desde el último si este es de tracto sucesivo y hasta la fecha en que se profiera el auto de apertura; ii) la expedición del auto de apertura interrumpe el término de caducidad, toda vez que con él es que se inicia la acción fiscal; iii) el término de caducidad es el espacio de tiempo con que cuentan los organismos de control fiscal para adelantar las actuaciones de vigilancia y control (entre ellas la indagación preliminar).

Respecto a la caducidad en el tránsito normativo, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 30 de agosto de 2006 dentro del Radicado número 25000-23-26-000-1995-00864-01 (15323) se pronunció así:

De lo anterior concluye la Sala que en los casos en que se configure el tránsito de legislación respecto de la regulación de términos de caducidad, salvo disposición legal expresa en sentido contrario, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1.887 el cual consagra y ordena, como regla general, la aplicación inmediata de las disposiciones de orden procesal, por manera que en esas materias, aun tratándose de procesos en curso, las actuaciones correspondientes deberán regirse por la ley nueva con excepción de dos hipótesis fácticas diferentes entre sí, respecto de las cuales la misma ley determina la aplicación de las normas anteriores, esto es: i) los términos que ya hubieren empezado a correr, y ii) las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas.

No sobra destacar que la primera eventualidad, contemplada en dicha excepción, se refiere de manera genérica y sin distinciones de ninguna especie, a todos los términos contemplados o establecidos en normas procesales en cuanto los mismos hubieren empezado a correr bajo el imperio de la ley anterior, sin importar si los mismos se surten dentro de procesos ya iniciados o por fuera de ellos.

La segunda hipótesis fáctica de esa excepción, en cuya virtud las actuaciones y diligencias ya iniciadas se regirán por la ley vigente al momento de dar inicio a las mismas, de manera necesaria y obvia supone la existencia previa de tales actuaciones o diligencias.

La Sala no comparte las apreciaciones formuladas por un sector de la doctrina nacional, según el cual la ultractividad de las normas procesales consagrada en el citado artículo 40 de la Ley 153 de 1887 exigiría como requisito indispensable la “existencia de un proceso en curso”, porque, como ya se indicó, la norma legal mencionada no sujeta sus efectos a la configuración de condición alguna en ese sentido, ni incluye distinciones al respecto, por lo cual hay lugar a precisar que el único presupuesto contemplado en el referido artículo 40 para la aplicación de sus efectos estriba en el carácter eminentemente procesal que debe tener la norma antigua bajo cuya vigencia hubieren empezado a correr términos o se hubiere iniciado una actuación o diligencia, de lo cual se infiere que esas circunstancias pueden concretarse en relación con asuntos en los cuales no exista proceso propiamente dicho, como por ejemplo en el caso del término de caducidad que hubiere empezado a correr aunque no se hubiere presentado aún demanda judicial o en relación con las actuaciones relacionadas con la práctica de pruebas anticipadas o respecto de las actuaciones que se surtan antes de que se trabé la litis, etc.

La misma Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 5 de diciembre de 2006 dentro del Radicado número 25000-23-26-000-1994-00044-01(13750) recoge y complementa la jurisprudencia anterior así:

El fenómeno de la caducidad busca atacar la acción por haber sido impetrada tardíamente, impidiendo el surgimiento del proceso. Por esta razón, la efectividad del derecho que se persigue con su ejercicio puede verse afectada. La caducidad es una figura procesal que extingue la acción por el no ejercicio de la misma en el término perentorio establecido por el legislador, y está consagrada por la necesidad que tiene el Estado de estabilizar las situaciones jurídicas. En el contencioso administrativo, el señalamiento de un plazo de carácter preclusivo, evita la incertidumbre que representa para la administración la revocación o anulación de sus actos, y se encuentra establecido en interés general de la colectividad que

*debe prevalecer sobre el individual de la persona afectada.
(...)*

Estima la Sala importante precisar que el artículo 40 aparte segundo de la citada ley, en cuanto prescribe que "...los plazos que hubieren comenzado a correr bajo el imperio de una norma se continuarán rigiendo por ésta...", es una excepción al principio de que la ley procesal rige hacia el futuro con efecto general e inmediato para darle efecto ultractivo a la ley procesal antigua, pero está circunscrita a los procesos pendientes o en curso y sobre los actos procesales no consumados o que están en trámite cuando aparece la nueva ley procesal. La operancia de dicha excepción está condicionada a dos supuestos: (i) la existencia de un proceso en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley; y (ii) que dentro del proceso en curso existan términos que hubieren empezado a correr, y actuaciones y diligencias iniciadas con antelación a la expedición de la nueva norma procesal.

De acuerdo con el precepto anterior, es válido afirmar que si las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto cobran vigencia, sin perjuicio de que sean respetados aquellos actos procesales que se han cumplido, consumado o estén pendientes de conformidad con la ley antigua, con mayor razón la nueva norma procesal entra a regular situaciones jurídicas no consolidadas que ni siquiera se han iniciado mediante la respectiva acción judicial.

En conclusión, la norma que debe ser aplicada para efectos del ejercicio oportuno de la acción es la vigente a la época de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, o sea a la fecha de la presentación de la demanda, por cuanto, dicha disposición es de naturaleza eminentemente procedimental, tiene efecto general e inmediato y entra a regular aspectos que no se hubieren consolidado o consumado antes de su entrada en vigencia.

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República en el concepto 3327 del 5 de diciembre de 2000 referente a la caducidad de la acción fiscal con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 610 de 2000, concluyó:

Antes de entrar en vigencia la ley 610 de 2000, (18 de Agosto de 2000) La caducidad de la acción fiscal es de dos años contados a partir del acto de fenecimiento de la respectiva cuenta, es decir, si al entrar en vigencia la nueva ley, han transcurrido dos años a partir del fenecimiento de la cuenta, la acción fiscal ha caducado por tanto no se puede abrir proceso.

*Si la acción no ha caducado, al entrar a regir la ley 610, se cuentan cinco años a partir de la ocurrencia de los hechos.
(...)*

De no proceder la acción fiscal por haber caducado, o haber operado la prescripción, las contralorías o la entidad pública afectada deben promover las acciones pertinentes, a fin de obtener el resarcimiento del daño o detrimento ocasionado al Estado.

En cuanto a la caducidad establecida en el artículo 9º de la Ley 610 de 2000, este Despacho en el concepto 110.35.2020 (Radicado 20201100018811 del 04 de agosto de 2020), se pronunció en los siguientes términos:

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.

2. Conclusiones

De conformidad con la normatividad, jurisprudencia y conceptualización anotada anteriormente respecto a los temas consultados, podemos concluir:

- i) El término de caducidad de la acción fiscal establecido en el artículo 9º de la Ley 610 de 2000 modificado por el artículo 127 del Decreto-Ley 403 de 2020 (10 años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador) se aplica para todos los hechos ocurridos a partir de la entrada en vigencia del Decreto-Ley 403 de 2020, es decir, del 16 de marzo de 2020.
- ii) Para los hechos generadores ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto-Ley 403 de 2020 (16 de marzo de 2020), el término de caducidad aplicable dependerá de los siguientes eventos: 1) si al 16 de marzo de 2020 han transcurrido 5 años o más de la ocurrencia del hecho generador, el término de caducidad a aplicar será el establecido en la norma anterior, es decir, de 5 años; y 2) si al 16 de marzo de 2020 no han transcurrido 5 años desde la ocurrencia del hecho generador, el término de caducidad a aplicar será el de la nueva

norma, es decir, 10 años.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, anotando que 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 «Por medio de la cual se 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)

Igualmente le informamos que el Presidente de la República en uso de facultades constitucionales, mediante el Decreto-Legislativo 491 de 2020 «Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica», amplió el término para la resolución de las consultas presentadas por los ciudadanos, así:

Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:

(...)

(ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción.

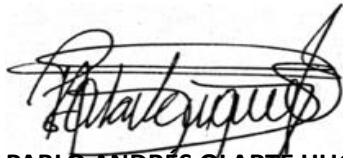
(...)

Finalmente, le manifestamos que la señora Auditora General de la República en cumplimiento de las disposiciones del Decreto-Legislativo 491 de 2020, expidió la Resolución Reglamentaria No. 005 del 31 de marzo de 2020 «Por la cual se modifica la Resolución Reglamentaria No. 004 de 2020 y se toman otras medidas por motivos de salubridad pública», autorizando en su artículo 4º, el uso de la firma escaneada por parte de los directivos de la entidad en los documentos dirigidos a los usuarios, y en el artículo 5º su comunicación y notificación a través de medios electrónicos (dirección electrónica).

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>


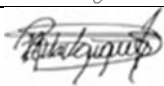
Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 Nro. 69-76 Piso 17, Edificio Elemento, Torre 4 de Bogotá o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y fljimenez@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 e5cc9adb. 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:	Fabio Luis Jiménez Castro		24/12/2021
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		24/12/2021
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		24/12/2021

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.