

MEMORANDO

1900 - 202000002612

OJ-006-2020

Medellín, 2020/04/08

PARA: IVAN DARIO ZULUAGA PIMIENTA
Profesional Universitario

DE: OFICINA ASESORA DE JURÍDICA

ASUNTO: RESPUESTA DEFINITIVA

ASUNTO: Concepto jurídico. Término de caducidad en la acción fiscal para los hechos de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado.

Cordial saludo doctor Zuluaga Pimiento

Con relación a su solicitud de emitir concepto jurídico relacionado con la figura jurídica de la caducidad en la acción fiscal, me permitiré dar respuesta en los siguientes términos:

I. ANTECEDENTES

Mediante memorando radicado Nro. 202000001308 del 12 de febrero del año en curso, se eleva derecho de petición de consulta a la Oficina Asesora Jurídica de la entidad requiriendo un concepto para definir una línea institucional respecto al

cómputo del termino de caducidad en los actos o hechos continuos, permanentes o de tracto sucesivo.

II. MARCO JURÍDICO

Para abordar el planteamiento jurídico es necesario conocer las normas vigentes y aplicables al asunto que nos ocupa:

La Constitución Política de 1991, la Ley 42 de 1993, que regula lo concerniente a la organización de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen y la **Ley 610 de 2000** por medio de la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

La Constitución Política de 1991 en su artículo 271 establece:

“La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva. La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales. Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal. Igualmente les corresponde elegir contralor para período igual al del gobernador o alcalde, según el caso, de ternas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso-administrativo. Ningún contralor podrá ser reelegido para el período inmediato. Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal. (...)

La Ley 42 de 1993 en su artículo primero dispone:

“La presente Ley comprende el conjunto de preceptos que regulan los principios, sistemas y procedimientos de control fiscal financiero; de los organismos que lo ejercen en los niveles nacional, departamental y municipal y de los procedimientos jurídicos aplicables.”

Y en el artículo 8 establece:

“La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas. Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales”

La Ley 610 de 2000 estipula en su artículo primero:

“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.”

La Disposición citada en su artículo 9 prescribía:

“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 ...” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

La Ley 1437 de 2011 en su artículo 102, es la norma que regula la figura de la Extensión de la Jurisprudencia como una garantía para el ciudadano en los siguientes términos:

“Artículo 102. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:

(...)

La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.”

Y en el plano de la vía administrativa, el artículo 10 nos regula el mismo deber, aquel que la doctrina ha denominado, precedente administrativo, veamos:

“Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas”.

Y por último, el Decreto 403 de 2020, modificó el artículo 9 de la Ley 610 de 2000 así:

Artículo 127. Modificar el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, el cual quedará así:

"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”.

III. CONSIDERACIONES

En el presente caso, se advierte que el debate radica sobre la fecha desde la cual se contabiliza el término de caducidad, en tratándose de hechos generadores de

daño de carácter continuado. Es claro que, de acuerdo a los antecedentes fácticos planteados en el derecho de petición de consulta, existe una duda a partir de varias fechas posibles que podrían ser consideradas en la fijación del día a partir de la cual podría contabilizarse el término de caducidad. Es claro que se trata de un asunto complejo.

Previo a resolver de manera específica esta petición, se procederá a absolver los siguientes temas: Consideraciones jurisprudenciales en torno a **i)** los hechos continuados, **ii)** la connotación del precedente y, por último, **iii)** el cómputo del término de caducidad de la acción fiscal para los hechos de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado.

a. Hechos Continuados.

Los hechos de tracto sucesivo, carácter permanente o continuado son aquellos hechos cuya realización se prolonga en el tiempo.

Ahora bien, la figura de la caducidad de la acción fiscal es de orden público y de obligatorio cumplimiento, en la medida que implica el reconocimiento normativo de un término que faculta a una autoridad de control para el ejercicio de ciertas acciones que conllevan a la recuperación del daño patrimonial. En esta misma perspectiva el legislador ha otorgado a este término el carácter igualmente de límite para el correspondiente ejercicio de las acciones contenciosas administrativas.

En ese orden, la caducidad siempre tendrá el carácter de perentorio ya sea para hacer valer los derechos ante las autoridades públicas o para la autoridad de control ejercer la acción de resarcimiento. En este sentido, la ocurrencia de la caducidad implica la pérdida de oportunidad para reclamar por la vía judicial los derechos o el resarcimiento del daño patrimonial en favor del Estado.

Es por lo anterior que, ante la similitud de la figura de caducidad en sede de las acciones contenciosas administrativas y la acción fiscal; esta oficina Jurídica se ha dispuesto consultar cual ha sido el tratamiento que le ha otorgado la Jurisdicción de lo Contencioso administrativo y la Corte Constitucional al tema de los hechos continuados.

Sobre este tema en particular El Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 18 de octubre de 2007, consejero Ponente Enrique Gil Botero, considero lo siguiente:

“Existe prueba de que los daños se extendieron a la totalidad de las viviendas de la urbanización Santa Rosa, tiempo después de la presentación de la demanda; de lo que se infiere que antes de que se presentara esta, existía afectación a un número considerable, mas no a la totalidad de ellos, aspecto este, que puede corroborarse, con la conformación del grupo de manera progresiva y no inmediata, lo cual constituye un indicio de que en la medida de que las personas se veían afectadas, iban acudiendo a integrar la parte demandante de la acción interpuesta en primer momento por aquellas perjudicadas desde antes. En este orden de ideas, se puede indicar, que si bien, en la actualidad, el grupo de personas afectadas puede determinarse de manera cierta (la totalidad de los propietarios de las viviendas de la unidad santa rosa), al momento en que se presentó la demanda esto no era posible, motivo por el cual, en aquel entonces el término de caducidad no se podía contar desde la configuración del daño, según se indicó antes, sino en atención, a la acción vulnerante causante del mismo; en este caso, la omisión administrativa del Distrito Capital, consistente en no imponer sanciones ni medidas preventivas contra la constructora, con ocasión del evidente incumplimiento de esta., de lo establecido en las licencias de construcción y los estudios previos que le sirvieron de fundamento, fue como se dijo, la acción vulnerante. Como se observa entonces, al momento de presentarse la demanda, por las características del grupo, la caducidad debía ser contabilizada en atención a la acción vulnerante, en este caso la omisión, luego no existía caducidad de la acción” subrayado fuera de texto.

La misma Corporación Contenciosa Administrativa, el veinticinco (25) de agosto de dos mil once (2011), Radicación número: 19001-23-31-000-1997-08009-01(20316), Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON al pronunciarse en una demanda del Medio de control de reparación directa en el que se debatía la falla en la prestación del servicio médico asistencial, con ocasión de una inyección aplicada en el mes de septiembre de 1995, al señor Héctor María Navarrete quien comenzó a evidenciar una severa cojera e imposibilidad en el movimiento de su pierna izquierda, en donde se le dictaminó una lesión en el nervio ciático, ocasionada por la mala aplicación de la inyección, por tratarse de una lesión de carácter irreversible. En esta oportunidad la Alta corporación señaló:

*“Debe recordarse que el daño patrimonial, por lo general en la administración pública, reviste el carácter de complejo **dado que las decisiones se componen de actos, operaciones o hechos administrativos, los cuales son realizados por varias personas en desarrollo de los procesos misionales y de apoyo; además pueden converger varias acciones u omisiones en la producción de un daño patrimonial al Estado, La***

Sección ha destacado la relación existente entre el conteo del término de caducidad, la naturaleza del daño y el momento en que el mismo se configura, a partir de lo cual ha señalado: “El término de caducidad que se contabiliza a partir de la ocurrencia del daño (“fecha en que se causó el daño”) **La identificación de la época en que se configura el daño, ha sido un tema problemático, toda vez que no todos los daños se constatan de la misma forma en relación con el tiempo; en efecto, hay algunos, cuya ocurrencia se verifica en un preciso momento, y otros, que se extienden y se prolongan en el tiempo. En relación con los últimos, vale la pena llamar la atención a la frecuente confusión entre daño y perjuicio que se suele presentar; de ninguna manera, se puede identificar un daño que se proyecta en el tiempo como por ejemplo la fuga constante de una sustancia contaminante en un río, con los perjuicios que, en las más de las veces, se desarrollan e inclusive se amplían en el tiempo, como, por ejemplo, los efectos nocivos para la salud que esto puede producir en los pobladores ribereños. En desarrollo de esto, la doctrina ha diferenciado entre (1) daño instantáneo o inmediato; y (2) daño continuado o de tracto sucesivo; por el primero se entiende entonces, aquél que resulta susceptible de identificarse en un momento preciso de tiempo, y que si bien, produce perjuicios que se pueden proyectar hacia el futuro, él como tal, existe únicamente en el momento en que se produce...” En consonancia con lo anterior, la Sala ha estimado que el conteo del término de caducidad en la acción de reparación directa debe hacerse en consideración a si el hecho generador del daño produce efectos perjudiciales inmediatos e inmodificables o, por el contrario, dichos efectos son mediatos, prolongados en el tiempo, posición a la que acudió el recurrente como apoyo de su argumentación. Respecto a los hechos que generan efectos perjudiciales inmediatos e inmodificables - aquellos cuyas consecuencias se vislumbran al instante, con rapidez y dejan secuelas permanentes-, la contabilización del término de caducidad de la acción se inicia desde el día siguiente al acaecimiento del hecho, al tenor del numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo. Por el contrario, **al tratarse de casos relacionados con daños que sólo se conocen de forma certera y concreta con el discurrir del tiempo y con posterioridad al hecho generador, esta circunstancia impone en aras de la justicia que se deba contar el término de caducidad a partir del conocimiento que el afectado tiene del daño”. Negrillas propias.****

Así mismo, la Corte Constitucional en una providencia de tutela contra providencias judiciales al pronunciarse en cuanto al desconocimiento del precedente judicial respecto a caducidad en proceso de reparación directa por falla en el servicio médico, Referencia: expediente T- 5.402. Magistrado Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, señaló:

“La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en los eventos de responsabilidad por falla médica sigue los presupuestos consagrados en el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, es decir, que el cómputo debe efectuarse desde la ocurrencia de la acción, omisión u operación administrativa que origina el daño antijurídico.

Sin perjuicio de lo anterior, en eventos específicos, la jurisprudencia de la mencionada Sección y de las actuales Subsecciones, ha contabilizado la caducidad desde el conocimiento del hecho dañoso.

Precisamente, la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 10 de marzo de 2011^[33], reconoció que pueden darse casos “en los cuales la manifestación o conocimiento del daño no coincida con el acaecimiento mismo del hecho que le dio origen, resultando -en consecuencia- ajeno a un principio de justicia que, por esa circunstancia, que no depende ciertamente del afectado por el hecho dañoso, quien no podría obtener la protección judicial correspondiente”.

En la citada decisión, se aplicó el principio pro danmaturum y se tuvo en cuenta que al ser el daño, el fundamento de la acción de reparación directa, hace posible que el término de caducidad se contabilice a partir del momento en que se conozca o se manifieste este, pues, no en todos los casos, la ocurrencia del hecho, omisión u operación administrativa coinciden con la consolidación del mismo. Lo anterior, porque hay casos en que el perjuicio “se produce o se manifiesta en un momento posterior o se trata de daños permanentes, de tracto sucesivo o que se agravan con el tiempo, surgen dificultades para su determinación”.

*Bajo esta lógica, se concluyó, en la citada providencia, **que el derecho a reclamar un perjuicio solo se manifiesta a partir del momento en que este surge, pues, como ha sido reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, existen ciertos eventos en los que el daño se presenta tiempo después de la ocurrencia del hecho o la omisión de la administración que originó el perjuicio.** Así, la caducidad “deberá contarse a partir de dicha existencia o manifestación fáctica, pues el daño es la primera condición para la procedencia de la acción reparatoria” **Hecha esta precisión, se ha sugerido que “para la solución de los casos difíciles como los de los daños que se agravan con el tiempo, o de aquéllos que se producen sucesivamente, o de los que son el resultado de hechos sucesivos, el juez debe tener la máxima prudencia para definir el término de caducidad de la acción, de tal manera que si bien dé aplicación a la norma legal, la cual está prevista como garantía de seguridad jurídica, no se niegue la reparación cuando el conocimiento o manifestación de tales daños no concurra con su origen”***

Así las cosas, la jurisprudencia del máximo órgano de lo contencioso administrativo, ha admitido excepciones al término de caducidad consagrado en el numeral 8 del artículo 136 C.C.A. Ello, porque en razón de la equidad y la justicia, resulta razonable argüir que el afectado no obró negligentemente una vez son analizadas las particularidades del caso concreto y valorado el momento en que este tuvo conocimiento del daño para computar el término de caducidad. Sin embargo, no es dable confundir el agravamiento de los daños con el tiempo. Así, frente a fenómenos sucesivos que originen daños continuos, la caducidad debe ser contabilizada desde la ocurrencia del hecho que le dio origen, caso

distinto son los eventos en que el daño se produce paulatinamente como consecuencia de hechos sucesivos.

Específicamente, en la sentencia del 5 de diciembre de 2005, **el Consejo de Estado, destacó que “el hecho de que los efectos del daño se extiendan en el tiempo no puede evitar que el término de caducidad comience a correr, ya que en los casos en que los perjuicios tuvieran carácter permanente, la acción no caducaría jamás”.**

En la citada providencia, se rememoró lo indicado por el mismo tribunal en sentencia del 18 de octubre de 2000, la cual frente al particular dijo:

“Debe advertirse, por otra parte, que el término de caducidad empieza a correr a partir de la ocurrencia del hecho y no desde la cesación de sus efectos perjudiciales, como parecen entenderlo el a quo y la representante del Ministerio Público. Así, el hecho de que los efectos del daño se extiendan indefinidamente después de su consolidación no puede evitar que el término de caducidad comience a correr. Si ello fuera así, en los casos en que los perjuicios tuvieran carácter permanente, la acción no caducaría jamás. Así lo advirtió esta Sala en sentencia del 26 de abril de 1984, en la que se expresó, además, que la acción nace cuando se inicia la producción del daño o cuando éste se actualiza o se concreta, y cesa cuando vence el término indicado en la ley, aunque todavía subsistan sus efectos.”

Por otra parte, se ha determinado que cuando el daño es continuado o de tracto sucesivo, el cómputo del término de caducidad de la acción de reparación directa inicia una vez aquel ha finalizado, a menos que el afectado lo hubiera conocido tiempo después, caso en el cual aplica la regla mencionada del conocimiento del daño. **En este punto, es dable anotar que se debe diferenciar el daño continuado o de tracto sucesivo, de los eventos en los que se prolongan sus efectos, sus perjuicios, o cuando el mismo daño termina por agravarse, siempre y cuando estas circunstancias se originen de un daño de naturaleza inmediata,** toda vez que el daño se concreta en un momento determinado y es a partir de que se tuvo conocimiento de éste en los eventos de que el afectado no lo hubiera podido advertir al momento en que se produjo el hecho dañoso, que el término de caducidad debe empezar a contabilizarse.

Actualmente, la Ley 1437 de 2011, nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece, en el artículo 164, literal i, respecto a la oportunidad para presentar la demanda de reparación directa que esta “deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia”.

De las normas y jurisprudencia prenombradas, es claro concluir que cuando se pretenda demandar a través de la acción de reparación directa, el término dentro del cual se debe presentar la demanda es de dos (2) años contados a partir de i) el día siguiente al de la

ocurrencia de la acción u omisión causante del daño y ii) el día siguiente al cual el demandante tuvo o debió tener conocimiento de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, en el evento en que sea posterior, debiéndose probar en este evento la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su acaecimiento.

Por otro lado, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo Sección Primera, en sentencia proferida el 8 de junio de 2016, consideró lo siguiente:

“Casos donde hay lugar a daños de tracto sucesivo, no puede computarse el termino de caducidad tomando como fecha el momento en que se entregaron las unidades de vivienda a los compradores, por cuanto la norma es clara en señalar, que este término se cuenta a partir de la fecha en que se cesó la acción vulnerante causante del mismo, lo que en este caso no ha ocurrido pues los daños se siguen produciendo.” el daño causado por el deterioro de las viviendas construidas en zonas inapropiadas constituye un daño típico de tracto sucesivo por cuanto no se ejecuta ni consume en una sola acción u omisión, sino que por el contrario es de carácter permanente, se actualiza día a día y se prolonga en el tiempo en forma progresiva”.

Y con el mismo sentido de que se trata de un tema complejo y que por tanto es el operador jurídico el llamado a determinar en cada caso el término de caducidad, la contraloría General de la República en el concepto CGR-OJ 244 de 2017 señaló:

“En atención a lo expuesto, es preciso señalar que cada uno de los interrogantes elevados plantea diferentes casos, a los cuales pueden corresponder múltiples hipótesis que son las que determinan el hecho generador del daño y que es una tarea investigativa que debe realizarse en cada investigación o proceso de responsabilidad fiscal que se adelante. Así, para el caso expuesto en el escrito de consulta, es decir, que el fallo señaló que la caducidad de la acción fiscal comienza a contarse a partir del acta de liquidación del contrato, lo es para ése específico caso; para todos los demás debe analizarse cada caso concreto y dar aplicación a lo establecido en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000”.

Lo anteriormente expresado por la Jurisdicción, nos permite colegir que el carácter del hecho continuado no resulta siendo un asunto definido y único en términos de caducidad, como quiera que existen una multiplicidad de circunstancias fácticas que llevarían a elaborar un sinnúmero de hipótesis a partir de las cuales se podría contabilizar dicho termino, así por ejemplo la jurisprudencia señala que la caducidad se debe contabilizar desde la acción vulnerante causante del daño y que en ese orden se debe obligatoriamente diferenciar el daño continuado de las consecuencias o perjuicios que esta genera en el tiempo.

b. Connotación de la Figura de Precedente.

Expresa el solicitante que uno de las razones de su interrogante se generó a partir de los fundamentos expuestos en el Auto proferido por este órgano de control, concretamente el Auto 029 de 2019, consideraciones que le dejaron una profunda duda sobre el conteo de la caducidad.

Previo a dar respuesta al peticionario corresponde realizar un recorrido por la Institución Jurídica del Precedente, temática que será necesaria para definir si frente a supuestos fácticos diferentes se deben acatar consideraciones prescritas en actos administrativos emitidos con anterioridad a aquel que se analiza.

Respecto al Tema del Precedente Judicial, la Sala Plena, de la Corte Constitucional, en sentencia del veinticinco (25) de mayo de dos mil diecisiete (2017), Expediente T-5.882.857, Magistrado Ponente (e.), IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO, hizo un recuento jurisprudencial en torno a las consideraciones que se han emitido en el tiempo para determinar la condición de precedente, en los siguientes términos:

*“En reiteradas oportunidades, esta Corporación ha definido el precedente judicial como **“la sentencia o el conjunto de ellas**, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”¹⁵¹. Asimismo, la doctrina lo ha definido como el mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio *stare decisis* o *estar a lo decidido*, el cual consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares.*

Desde sus primeros pronunciamientos, la Corte Constitucional ha reconocido el valor del precedente judicial de la ratio decidendi de sus decisiones, tanto en materia de constitucionalidad como en materia de tutela.

En la sentencia C-104 de 1993 manifestó que las decisiones de la Corte Constitucional tienen naturaleza erga omnes y, además, no constituyen un criterio auxiliar de interpretación, sino que “la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional -art. 243 CP-, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior”.

En sede de tutela, esta Corporación también se refirió a este asunto en la sentencia T-260 de 1995, oportunidad en la que sostuvo lo siguiente:

“Es verdad que, como esta Corporación lo ha sostenido repetidamente, uno de los principios de la administración de justicia es el de la autonomía funcional del juez, en el ámbito de sus

propias competencias (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992), pero ella no se confunde con la arbitrariedad del fallador para aplicar los preceptos constitucionales. Si bien la jurisprudencia no es obligatoria (artículo 230 de la Constitución Política), las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse. Cuando la ignoran o contrarían, no se apartan simplemente de una jurisprudencia -como podría ser la penal, la civil o la contencioso administrativa- sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquélla en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar”¹⁰¹.

Más adelante, la Corte señaló que las autoridades públicas, tanto administrativas como judiciales, están obligadas a acatar los precedentes que fije la Corte Constitucional¹¹¹. De igual forma, preciso que si bien es cierto que la tutela no tiene efectos más allá del caso objeto de controversia, la ratio deciden di constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas, “ya que además de ser el fundamento normativo de la decisión judicial, define, frente a una situación fáctica determinada, la correcta interpretación y, por ende, la correcta aplicación de una norma”.

La jurisprudencia de este Tribunal ha sostenido incluso que en sus decisiones, respecto a la interpretación de la Constitución en materia de derechos fundamentales, tienen prevalencia respecto de la interpretación que sobre la misma realicen los demás órganos judiciales, al habérsele encargado la guarda de la supremacía de la Constitución.

Esto se refuerza a partir de las consideraciones expuestas en la sentencia C-816 de 2011 en la que la Corte declaró exequibles los incisos primero y séptimo del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, luego de indicar que las autoridades al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar de preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.

De igual forma, lo expresó en la sentencia C-539 de 2011, oportunidad en la que declaró exequible la expresión “que en materia ordinaria o contenciosa administrativa” contenida en el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, bajo el argumento de que los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional, la cual es prevalente en materia de interpretación de los derechos fundamentales y de la Constitución en general.

4.3. Lo dicho previamente no conlleva necesariamente a que en todos los casos los jueces deban acogerse al precedente judicial. Existen ciertos eventos en los que la autoridad puede desligarse del mismo, siempre que argumente de manera rigurosa y clara las razones por las cuales procede de ese modo.

Este Tribunal explicó que el apartamiento judicial del precedente es la potestad de los jueces de distanciarse de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de cierre, como expresión de la autonomía judicial constitucional.

En un sentido similar, el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, nos trajo aparejado un deber de las autoridades de emitir decisiones administrativas conforme a las normas de manera uniforme a supuestos facticos que ostenten las mismas condiciones. La observancia de este deber en manera alguna implica que todas las decisiones de la administración en la aplicación de las normas deban corresponder a decisiones idénticas, pues el dinamismo de las circunstancias fácticas y la diversidad de situaciones que sirven de fundamento a la solución de las hipótesis puede dar lugar a diversos puntos de vista en la determinación de la situación concreta.

En este escenario, es posible concluir que ambas instituciones jurídicas, esto es, la correspondiente a las sentencias de unificación-precedente judicial y a la de precedente administrativo, aunque ostentan la misma finalidad, cual es garantizar la seguridad jurídica y el acatamiento al principio de igualdad, es claro que son admisibles en la medida de que se trate de hechos idénticos.

Es de advertir que, de acuerdo a las normas, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial y aquel que la doctrina ha denominado administrativo, en los términos allí prescritos, esto es, siempre y cuando se traten de supuestos fácticos iguales.

Con estas precisiones se quiere significar que siempre será necesario cotejar los supuestos facticos de un proceso de responsabilidad fiscal respecto de otro, para poder llegar a concluir que se le hace aplicable su consideración jurídica si se tratare de hechos idénticos.

c. Cómputo del Término de Caducidad de la Acción Fiscal para los Hechos de Tracto Sucesivo, de Carácter Permanente o Continuo.

Es preciso traer a colación el concepto rendido por la Academia Colombiana de Jurisprudencia (ACJ) el 24 de agosto de 2007, en el cual se resolvió de manera muy acertada y pedagógica una consulta **sobre el momento en que debería empezar**

a contarse el término de caducidad de la acción fiscal, en dicho concepto se indicó:

"Hablar de actos administrativos de tracto sucesivo es jurídicamente extraño. Ni la doctrina ni la jurisprudencia se han ocupado de los actos administrativos de esa clase. En [cambio](#) sí se puede reputar respecto de diferentes [operaciones](#) y hechos administrativos, posteriores al acto, que prorrogan sus efectos en el tiempo."

Entonces, y como lo ha indicado el Consejo de Estado, la operación administrativa es la forma [dinámica](#) de realizar el propósito de los actos administrativos, de tal forma que teniendo en cuenta la presunción de [legalidad](#), que ampara a los actos administrativos, se aplican [procedimientos](#) expeditos y oficiosos que ejecutan dichas decisiones administrativas.

Como se ha afirmado, la prolongación de los efectos jurídicos del acto administrativo se debe realizar, necesariamente, mediante operaciones administrativas.

Es claro entonces, el término de caducidad de la acción fiscal se empieza a contar desde el momento en que ocurre el "hecho generador del daño", que bien puede ser un acto administrativo, un hecho administrativo, una operación administrativa o una omisión administrativa, y es lógico que si el gestor fiscal es un particular que por ello no puede expresarse a través de las anteriores figuras, cualquier hecho realizado por este que genere un daño, será el punto de partida del término de caducidad.

En sustento de lo anterior podemos traer la sentencia T - 282 del 12 de abril de 2012, expedida por la Corte Constitucional, que, aunque trata de un tema disciplinario, es útil dado que se refiere a la comisión instantánea o permanente de la falta, en la cual expresó:

"Retomando la clasificación de las [faltas](#), se reseña la postura establecida por la Procuraduría General de la [Nación](#), institución que en el ejercicio de su control disciplinario prevalente, ha ordenado los tipos sancionatorios conforme "a las circunstancias modales y temporales en que se presentan, como de: i) Mera [conducta](#), donde el [comportamiento](#) se adecua al incumplimiento simple y llano de la norma; ii) De resultado en las que se necesariamente se presenta un resultado o efecto naturalístico ; iii) Instantáneas cuando la realización del comportamiento descrito como ilícito se agota en un solo momento, es decir cuando se exterioriza la acción o la omisión y, **iv) Permanente o continuada, cuando el comportamiento se prolonga en el tiempo, de manera que la consumación de la falta se prolonga o perdura entre tanto dure la conducta**" (Destacado de la Oficina Asesora)

Sobre el tema analizado, la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República en su **Concepto 2015IE0118887 del 17 de diciembre** de 2015, dijo:

"Lo anterior significa que no todo hecho generador de daño es de ejecución instantánea, es decir cuando su consumación se produce de una sola vez y la caducidad se cuenta a partir de su realización, porque el daño se presenta concomitantemente con la realización del hecho generador.

De esta manera corresponde al operador jurídico determinar si el hecho que genera el daño se dio en forma sucesiva en el tiempo, es decir, si son "complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado", en donde la caducidad se contara desde el último hecho, en los términos señalados en el precitado artículo.

En un escenario de unificación de concepto sobre los alcances del artículo 9° de la Ley 610 de 2000 no puede existir ningún equivoco sobre la tipología de hechos generadores que allí se mencionan, para definir en cada caso si el origen del daño proviene de hechos o actos instantáneos; de hechos de carácter complejo; de hechos de tracto sucesivo; o de hechos de carácter permanente o continuado: Todo lo cual para determinar el inicio del término de caducidad.

No puede entonces desconocerse la literalidad del legislador en este caso, al contemplar cuatro modalidades de hecho generador, a partir de cuyo agotamiento o consolidación, se toma el plazo de caducidad.

Luego puede ocurrir que la [administración](#) realice ciertas actuaciones y tiempo después se genere el daño, ejemplo de ello puede darse en la contratación estatal, en la cual el contrato es celebrado en una fecha y el daño al Estado se produce en la ejecución del contrato, bien sea en el giro del anticipo, en la entrega del bien o [servicio](#), caso en el cual el término de la caducidad debe empezar a contarse en el momento de producido el hecho generador del daño y no de la suscripción del contrato.

Se concluye entonces, que el daño patrimonial al Estado o la lesión al patrimonio público es diferente del hecho generador del daño fiscal, lo cual no hace nugatoria la labor de la CGR, por cuanto la norma distingue claramente los hechos instantáneos de los "complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado" [eventos](#) en los que la caducidad ha de contabilizarse desde el "último hecho o acto". (Resaltado fuera de texto)

En igual sentido, el Consejo de Estado en sentencia del 13 de diciembre de 2012 (Radicación: 15001-23-31-000-2009-00247-01), explicó:

"El hecho generador del daño patrimonial.

El segundo aspecto que debe dilucidar esta Sala de decisión, se dirige a encontrar si le asiste o no razón al apelante cuando señala que la responsabilidad fiscal no es atribuible a él en tanto que las erogaciones que se hicieron por la ejecución del contrato No 130 de 2000 fueron realizadas por gerentes que lo sucedieron en el ejercicio del cargo.

La Sala estima que el argumento traído por el recurrente, confunde dos aspectos fundamentales propios de la responsabilidad, en tanto que se asimila el hecho generador del daño con el daño en sí mismo.

Cuando el apelante estima que no era dable declararlo responsable fiscalmente porque el daño patrimonial del Estado se concreta en los pagos efectivos que este hizo a un contratista, pagos realizados por los Gerentes que le reemplazaron, incurre en el error de ignorar que ese pago al que se vio avocada la entidad tuvo fuente en la falta de planeación en la etapa precontractual, en la cual, tal y como se probó en la primera instancia, el actor tuvo toda la injerencia en su calidad de gestor fiscal de la Lotería de Boyacá.

En otras palabras, si bien el daño cierto (pago a contratista) se presentó con posterioridad a la salida del actor de la entidad, el hecho constitutivo de gestión fiscal (falta de planeación) se produjo cuando aquel fungía como Gerente de esta. Se trata de daños que no se consuman concomitantemente con la producción del hecho dañino, sino de aquellos que se revelan y adquieren el carácter de ciertos con el paso del tiempo.

En otras palabras, el hecho dañino se presentó cuando el actor era gerente de la Lotería, y el daño patrimonial cuando ya se había retirado de la misma, en consecuencia, la Sala encuentra acertada la argumentación y análisis del fallo del Tribunal, y también en ese aspecto confirmará el mismo".

De la anterior jurisprudencia se puede concluir sin dubitación alguna, que se debe distinguir claramente, el hecho generador del daño, con el daño mismo, pues son dos acepciones totalmente diferentes.

Así lo ha precisado y entendido la Contraloría General de la República, cuando ha conceptualizado sobre tal tópico:

"El legislador fijó en la ocurrencia del hecho generador del daño fiscal el extremo inicial para contar el término de caducidad, el cual puede acaecer en dos modalidades, dependiendo de la naturaleza del hecho: veamos: i) para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y ii) para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde el último hecho o acto.

Se tiene en cuenta que el artículo 9 de la Ley 610 de 2000 plantea implícitamente que existe una diferencia entre el hecho generador del daño, y el daño mismo, pues de termina que:

*"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" en otras palabras, uno es el hecho generador del **daño (la causa)**, y otro es el **daño (efecto)**.*

El hecho generador del daño, como su nombre lo indica, es el suceso que causa u origina el daño, por acción u omisión, que generalmente se plasma en un documento de variadas formas, según el tipo de actividad técnica, jurídica o económica que revista la gestión fiscal

en el caso específico. Es el evento sin el cual no se hubiese producido el daño y su identificación es útil para determinar el nexo causal entre la conducta del agente y el daño. (Concepto 20198 EE 0103363) (Lo resaltado es fuera de texto).

d. La Oficina Asesora Jurídica responde.

El consultante elevó los siguientes interrogantes:

- 1. El hecho generador del daño fiscal de tracto sucesivo continuo o permanente requiere o no de nuevos hechos posteriores que perpetúen sus efectos?**
- 2. ¿De las tres (3) posibles tesis o variables expuestas en auto 029 del 16 de diciembre de 2019, proyectado por su despacho a la señora contralora cual es la posición jurídica institucional respecto del cómputo del término de caducidad en los hechos generadores de daño fiscal de tracto sucesivo continuo o permanente?**

Conforme a la jurisprudencia y doctrina citada, es necesario concluir que según el contenido del primer interrogante se pretende encontrar la certidumbre jurídica respecto de la fecha, momento, circunstancia o hecho a partir del cual se inicia el conteo del término de caducidad. Esta Oficina Asesora Jurídica advierte que es lógico que solo se llega a tener certeza una vez se analiza el supuesto fáctico objeto del hallazgo, esto es, una vez definida la situación jurídica que se plantea como objeto de detrimento patrimonial.

En ese orden, no es posible el señalamiento legal de un hecho a partir del cual se pueda fijar el término de caducidad, esto es, aquel dentro del cual sea posible ejercer oportunamente el derecho de acción. De ahí, que la definición del fenómeno de la caducidad resulta de acuerdo al ordenamiento jurídico, la jurisprudencia y la doctrina citada una función propia y exclusiva del operador jurídico al momento de analizar la situación jurídica concreta. **Es decir, no existe una fórmula o regla exacta que permita aplicar el término de la caducidad de la acción fiscal tratándose de hechos de tracto sucesivo o permanente o continuado, correspondiéndole entonces al operador jurídico el identificar en el acto u**

operación administrativa, el último hecho generador del daño patrimonial para fijar el inicio del término de caducidad.

Así pues que para el conteo del término de caducidad siempre debe acudir al caso concreto y observar rigurosamente sus particularidades, y en tal sentido no es posible elaborar una conclusión de acuerdo a la hipótesis elevada a consulta, esto es, que si se requieren de hechos posteriores que perpetúen sus efectos o no, pues es clara la jurisprudencia en determinar que este ha sido un tema complejo en tanto que no todos los daños se constatan de la misma forma en relación con el tiempo, y por tanto el conteo del término iniciará dependiendo de las circunstancias fácticas del mismo.

Y, en lo que tiene que ver con el segundo interrogante de la consulta, basta señalar que cada acto administrativo que se expide obedece a unos supuestos fácticos determinados por las circunstancias de tiempo, modo y espacio diferentes, y por tanto el operador jurídico deberá analizar los actos administrativos al interior de los hechos que motivaron cada una de esas decisiones, esto en consideración que en cada supuesto el momento a partir del cual se realiza el conteo de la caducidad puede tornarse diferente.

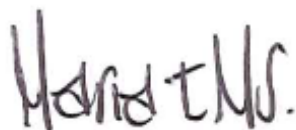
En síntesis, se considera que lo importante en el presente asunto es una posible discrepancia que observa el consultante en varios actos administrativos expedidos por la segunda instancia en torno al momento a partir del cual se fijó el conteo de la caducidad de la acción fiscal, diferencia que en criterio de esta oficina jurídica se resuelve teniendo presente en lo adelante que el operador jurídico responsable de evaluar en la primera instancia la institución jurídica de la caducidad, lo deberá hacer teniendo en cuenta los lineamientos fijados en las normas y en el precedente, este último en tanto que se trate de hechos iguales..

En este orden de ideas, en los términos anteriores se absuelve su consulta, indicando que, para hacerlo, esta Dependencia se ciñó a la información presentada por el consultante y a la normativa existente referente a la materia haciendo claridad que los efectos de este escrito son los previstos por el artículo el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, y su contenido no compromete la responsabilidad de esta Oficina Asesora, pues no es de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Es de resaltar que los términos de respuesta al Derecho de Petición de consulta fueron suspendidos a partir de las Resoluciones 126 y 131 del 17 de marzo de 2020,

y posteriormente prorrogados por la Resolución 135 de la misma anualidad. Lo anterior dada la declaratoria de la calamidad pública.

Atentamente,



MARIA ISABEL MORALES SANCHEZ
Jefe de Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Beatriz Colorado – Profesional Universitario 2
Revisó y aprobó: María Isabel Morales – Jefe Oficina Asesora Jurídica