



CONTRALORIA DE CUNDINAMARCA
2010-05-25 09:43:40
solicitud concepto hecho

1.4.1.

Bogotá, D.C. Mayo 18 de 2010



Fecha 03/06/2010 11:21:49
Asunto : CONCEPTO HECHO GENERADOR DE DAÑO
Destino : / Rem CIU COANTRALORIA DE CUNDINAMAR
www.orfeogpl.org - Sistema de Gestión

Rad No 2010-233-003116-2

Us Rad. JNRIVERA

Doctor
MARIANA GUTIÉRREZ DUEÑAS
DIRECTORA OFICINA JURÍDICA
AUDITORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA
Carrera 10 N° 17 – 18 Oficina Torre Central
Bogotá, D.C.

Asunto: Concepto Hecho Generador de Daño

Respetada Doctora Mariana:

Teniendo en cuenta que los términos previstos en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, son de carácter procedimental, lo cual conlleva una interpretación de carácter restrictiva, de manera respetuosa elevo a ustedes solicitud de concepto con el objeto de determinar, de manera precisa, el alcance de la expresión "hecho generador".

La finalidad de tal concepto es establecer, de manera puntual, la operancia de la caducidad en el proceso de responsabilidad fiscal, pues ha desarrollado confusión hermenéutica la exposición novedosa, mas no contemplada en la norma citada, de la tesis "del hecho materializador".

Por vía de ejemplo y dentro del campo de la casuística, es el hecho que en el año 2002, se omitió el pago de seguridad social de determinada entidad y en el año 2005, se solucionó la obligación con la cancelación del capital y sus respectivos intereses de mora, en consecuencia, cuándo se genera el hecho ¿en el año 2002? o ¿en el año 2005? o es en el año 2005, año del desembolso de los recursos, ¿en que se evidencia el hecho materializador?.

En el mismo caso, cuál sería el presunto responsable, el que omite el pago oportuno o el que soluciona la obligación con el pago del capital más los intereses?

Agradezco la colaboración oportuna.

Cordial saludo,

ADRIANA MARÍA PÉREZ GÓMEZ

Directora Operativa de Investigaciones (e)

LUIS ROMÁN BOLAGAY ZAMBRANO

Subdirector Operativo de Investigaciones (e)

Proyectó: Ap

[Handwritten signature]
Jun 23/2010

[Handwritten signature]
08-06-2010

M/HB
3106110
23 JUN 2010



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20101100045321
Fecha: 13-08-2010

Bogotá, D. C.

OJ.110.032.2010

Doctores
ADRIANA MARÍA PÉREZ GÓMEZ
Directora Operativa de Investigaciones (e)

LUIS ROMÁN BOLAGAY ZAMBRANO
Subdirector Operativo de Investigaciones (e)
Contraloría Departamental de Cundinamarca
Calle 49 No. 13-33
Ciudad

Asunto: Rad. No. 2010-233-003116-2. Consulta
sobre caducidad de la acción fiscal

Apreciados doctores

Doy respuesta atenta a su comunicación de la referencia en los siguientes términos:

1. Síntesis de la consulta

Ustedes consultan, acerca de la naturaleza del hecho generador del daño patrimonial al Estado, y respecto de esa generación, en qué momento se presenta y cómo se evidencia el hecho que lo materializa, especialmente cuando el daño se deriva de conductas omisivas por parte del gestor fiscal; y quién es el funcionario sobre el cual, presuntamente, recae la responsabilidad.

2. Consideración Preliminar

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, nos permitimos indicar que, dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, éste ente de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que nos corresponde adelantar un control posterior y selectivo de su gestión fiscal. Por lo tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones *MD*.

particulares, individuales o concretas, que puedan llegar a ser objeto de nuestra vigilancia, razón por la cual, emitimos pronunciamientos de carácter general y abstracto.

3. Consideraciones Jurídicas

Sobre la naturaleza del hecho generador del daño

La finalidad del proceso de responsabilidad fiscal, en los términos de la Ley 610 de 2000, es determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos "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", artículo 1, de la citada Ley; dicho fin, se concreta en el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público por la conducta dolosa o culposa del gestor fiscal, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que comprende el daño emergente, el lucro cesante y la indexación correspondiente a la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

El daño al patrimonio del Estado –razón de ser del proceso de responsabilidad fiscal- se encuentra definido en el artículo 6° de la citada Ley, según el cual, "la lesión del patrimonio público, representada en el **menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro** de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, 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".(Negrillas fuera del texto).

El daño inferido al patrimonio público debe ser probado dentro del proceso de responsabilidad fiscal. Es éste, junto con la determinación del daño, uno de los aspectos esenciales que deberán precisarse en el auto de imputación.

De manera que, determinar la existencia del daño comprende un análisis minucioso de la gestión realizada con los recursos públicos y el objetivo alcanzado con ellos. Así lo ha señalado la jurisprudencia del máximo tribunal de la Constitucionalidad:

"Para la estimación del daño debe acudir a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de

éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio.”¹

Para que un hecho se considere dañoso del patrimonio público, se requiere además, la certeza de su existencia, y que su monto sea determinado, lo cual implica no solamente el establecimiento de la dimensión de éste, sino establecer que la administración obtuvo o no algún beneficio.

Esto se manifiesta cuando “a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante. De esta definición inmediatamente se destaca que el daño puede ser pasado, ya ocurrió, o futuro, va a suceder”².

De manera que un hecho generador de daño patrimonial sería cualquier evento causado por un gestor fiscal que, de manera anormal produzca ciertamente un menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro determinado o determinable por los medios probatorios idóneos.

Momento de generación del daño.

Como puede verse, el hecho generador y el daño guardan entre sí una relación de causa a efecto. En este sentido, a primera vista la determinación del momento en que se genera el daño no tendría más dificultad que la de establecer la fecha en la que el servidor público produjo el acto lesivo del patrimonio estatal. En la práctica, sin embargo, la redacción del artículo 9° de la Ley 610 de 2000, no desprovista de ambigüedad, ha generado interpretaciones divergentes acerca del momento en el que debe comenzar a contabilizarse la caducidad de la acción fiscal:

“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 duda surge cuando, en presencia de un daño patrimonial contra el Estado, se requiere fijar en el tiempo el momento preciso en que se concretó éste, con el fin de contabilizar el inicio del término de caducidad; así mismo, cuando con la misma finalidad se necesita conocer la fecha exacta del “último hecho o acto”, entratándose de actos complejos de tracto sucesivo. *PA*

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-840 de 2001. Magistrado Ponente Jaime Araújo Rentería.

² *Ibid*

En el evento de los hechos o actos instantáneos, es decir, aquellos que se agotan con su cumplimiento, la dificultad estribaría en fijar cuándo se entienden cumplidos tales hechos o actos.

Para los hechos o actos complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado, la solución es algo más compleja, dado que la norma en cuestión estableció que el término de caducidad empezará a contarse "desde el último hecho o acto" sin mayores explicaciones y consideraciones. Esta circunstancia ha generado interpretaciones diversas sobre el establecimiento de ese instante con precisión.

No obstante, tal imprecisión no es sino aparente, ya que, aun cuando la norma no lo dice expresamente, el análisis gramatical pone en evidencia que la segunda oración del párrafo del artículo bajo análisis concuerda y se ajusta a la primera, en virtud de la figura gramatical conocida como *elipsis*³, y que en tal sentido, una lectura correcta de la norma sería: "Este término empezará a contarse (...) para los (hechos o actos) complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado, desde el último hecho o acto generador del daño al patrimonio público. Al evitar la repetición de la expresión resaltada, infortunadamente la norma perdió claridad (Resaltado fuera del texto original).

En consecuencia, el término de caducidad de la acción fiscal para los actos, hechos u operaciones complejos, de tracto sucesivo de carácter irregular empezará a contarse a partir del último de éstos. Por vía de ejemplo citaremos el caso del acto del reconocimiento de una pensión de jubilación que causare detrimento patrimonial al Estado. De dicho acto no podría predicarse que sea en sí mismo de tracto sucesivo, aunque sí lo es la obligación que se deriva de su reconocimiento. En este hipotético evento el último hecho generador de daño al patrimonio público sería el último pago irregular.

Aclarado esto, y puesto que el ejemplo planteado en su consulta se enfoca en el alcance del hecho generador derivado de un acto omisivo⁴, traemos a colación que la expresión de la voluntad del Estado puede darse, por los actos, hechos y operaciones contemplados en el citado artículo 9°, o por medio de **omisiones**, que

³ Real Academia Española. Diccionario Usual. Figura de construcción, que consiste en omitir en la oración una o más palabras, necesarias para la recta construcción gramatical, pero no para que resulte claro el sentido.

⁴ En este punto conviene recordar, dada la afinidad que existe entre el proceso de reparación directa y el de responsabilidad fiscal, que antes de la vigencia de la Ley 610 de 2000, la responsabilidad fiscal estaba reglada por la Ley 42 de 1993, la cual, al remitir, en lo no previsto, al Código Contencioso Administrativo, indirectamente precisaba que la acción fiscal podía iniciarse dentro de los dos años siguientes al acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa. Esto concordaba con el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo según el cual, la jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene el deber de juzgar -aparte de los actos administrativos, los hechos, las operaciones administrativas y los contratos administrativos- las omisiones administrativas.

son: "abstenciones de la administración que producen efectos jurídicos respecto de ella. Es decir, consisten en que la administración se abstiene de actuar cuando debería hacerlo".⁵

Como se señaló, el daño patrimonial al Estado puede ser ocasionado también por la conducta omisiva del gestor fiscal, tal como lo establece el inciso segundo del artículo 6° de la Ley 610, ya citado:

"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 (Resaltado fuera del texto original).

Ha sido criterio de esta Oficina, que en los eventos en que una entidad oficial, por negligencia de sus funcionarios, traducida en omisión, se ve obligada a cancelar a favor de otra, intereses por mora, existe daño patrimonial y, subsecuentemente, responsabilidad fiscal en cabeza del funcionario.⁶

Surge entonces la pregunta acerca del momento en que en estos eventos debe considerarse la ocurrencia del daño, entre otras razones, para determinar si se da o no el fenómeno de la caducidad.

En concepto No. 110-047-2002 de fecha 4 de diciembre de 2002 esta Oficina sentó el criterio de la Entidad para resolver esta cuestión. Sin transcribirlo textualmente exponemos a continuación sus bases conceptuales, en cuanto conciernen a los asuntos sometidos a consulta:

Para responder la pregunta acerca del momento del daño derivado de conductas omisivas por parte del gestor fiscal, vale decir, por no pagar obligaciones claras, expresas y exigibles en el tiempo, dos tesis han sido propuestas. La primera sostiene que la ocurrencia del daño (y por consiguiente el inicio del conteo del término de caducidad) coincide en el tiempo con la ocurrencia del hecho u omisión del servidor público. La segunda tesis, postula que el daño solamente se concreta a partir del acaecimiento del último acto, hecho u operación administrativa irregular por parte de la administración.

Según la primera tesis, cuando por causa atribuible a la conducta personal de un funcionario a cuyo cargo estuviera el pago relacionado con una obligación exigible, una entidad pública dejara de cumplir tal deber (v.gr. una obligación tributaria),

⁵ LIBARDO RODRÍGUEZ. Derecho Administrativo. Editorial Temis. Bogotá 2000. Págs. 195.

⁶ Al respecto se pueden consultar los conceptos emanados de esta Oficina 110.026.2001, 110.006.2002 y 110.043.2002.

esta sola circunstancia sería susceptible *per se* de represión fiscal. Se parte, bajo esta perspectiva, de que el daño se produce simultánea y bilateralmente, siendo afectadas tanto la entidad que debería percibir los recursos, como la que debería desembolsarlos, aun si ésta nunca llegara a pagar.

Quienes defienden esta opinión se basan en los siguientes argumentos:

1. El daño lesiona patrimonialmente no sólo a la entidad que debe recibir los recursos oportunamente, sino también a la que debe desembolsarlos. Por lo tanto, aun si ésta nunca llegare a pagar —por prescripción de la deuda, por ejemplo— la cuantificación del daño es certeza del no pago.
2. El gestor fiscal que paga —así sea por fuera del término— lo que otro funcionario omitió cancelar oportunamente, no debe ser responsabilizado fiscalmente, porque está realizando un acto de gestión fiscal al que legalmente está obligado.
3. Puesto que la programación presupuestal registra obligaciones proyectadas en el tiempo, las obligaciones de pago son independientes y separables de los hechos que le dan origen.
4. El daño, ya se dijo, también puede provenir de conductas omisivas, dentro de las cuales puede catalogarse el no pago. En este carácter, la falta de pago oportuno es dañosa al patrimonio estatal y reprochable en sí misma.

Por su parte, la segunda tesis postula que el momento temporal de daño se materializa en la fecha del pago.

Una variante de esta teoría, sostenida por esta Oficina en el concepto citado, manifiesta que el pago a destiempo de una obligación es la evidencia y obligado referente de una sucesión de omisiones que se dieron con antelación al mismo.

Son argumentos que fundamentan esta posición los siguientes:

1. El no pago no constituye, por sí solo, detrimento patrimonial al Estado, dado que hasta la fecha del pago no se produce la erogación y, por tanto, sólo entonces el erario se ve menoscabado por la omisión del servidor público.
2. La responsabilidad fiscal no se predica del perjuicio eventual sino de la certeza de su ocurrencia. Así, no es sino hasta el día del pago tardío que se puede predicar de éste, sin lugar a dudas, que ha causado un daño cierto, anormal, especial y cuantificable, pues hasta ese instante se deja de

computar los intereses de mora o la indexación. En síntesis, el pago es la única actuación que confiere certeza al daño.

3. En este caso el acto generador del daño encaja dentro de los descritos en el segundo inciso del artículo 9° de la Ley 610 de 2000, es decir, dentro de los actos complejos, o de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado. Dicha actuación comprende, como se dijo, un orden de omisiones que se suceden y prolongan en el tiempo los efectos del no pago en la oportunidad, y que solamente cesan cuando la entidad morosa paga lo adeudado, más el valor de los intereses de mora de ley.
4. Contabilizar la caducidad a partir de la omisión y no del pago haría necesario iniciar la investigación una vez se omite el pago, con la posible consecuencia de que el proceso culmine sin responsabilidad fiscal, dado que el daño nunca se concretó. De paso, se vulnerarían los principios de eficacia y economía, pilares de la acción fiscal.
5. El proceso de responsabilidad fiscal no tiene carácter sancionatorio ni penal ni disciplinario, sino resarcitorio administrativo; por lo tanto no es su tarea cumplir ni suplir los fines de otras ramas de la Administración, tales como el cobro de impuestos, que es una función de la administración tributaria.⁷

Adicionalmente, la aplicación del principio de responsabilidad, desarrollado constitucionalmente en los artículos 6, 90, 121 y 122 de la Carta, y que se traduce en que no hay lugar a deducir responsabilidad si el daño efectivamente no se ha ocasionado, obliga a inferir que las meras expectativas sobre la ocurrencia de éste no son título suficiente para deducir responsabilidad de la conducta del gestor fiscal.

En síntesis, para esta Oficina, la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público se materializa, tratándose de conductas omisivas de un gestor fiscal, cuando se subsana la omisión de éste con la solución o pago de lo adeudado, los intereses por mora causados y los demás conceptos a que hubiera lugar.

Lo anterior no significa en modo alguno una liberación de las responsabilidades a cargo del servidor público, pues la Constitución y las leyes imponen a éste deberes cuya inobservancia acarrea consecuencias en el campo de lo disciplinario y lo penal.

⁷ En este sentido se manifestó la Corte Constitucional en fallo SU-620 de 1996

- computar los intereses de mora o la indexación. En síntesis, el pago es la única actuación que confiere certeza al daño.
3. En este caso el acto generador del daño encaja dentro de los descritos en el segundo inciso del artículo 9° de la Ley 610 de 2000, es decir, dentro de los actos complejos, o de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado. Dicha actuación comprende, como se dijo, un orden de omisiones que se suceden y prolongan en el tiempo los efectos del no pago en la oportunidad, y que solamente cesan cuando la entidad morosa paga lo adeudado, más el valor de los intereses de mora de ley.
 4. Contabilizar la caducidad a partir de la omisión y no del pago haría necesario iniciar la investigación una vez se omite el pago, con la posible consecuencia de que el proceso culmine sin responsabilidad fiscal, dado que el daño nunca se concretó. De paso, se vulnerarían los principios de eficacia y economía, pilares de la acción fiscal.
 5. El proceso de responsabilidad fiscal no tiene carácter sancionatorio ni penal ni disciplinario, sino resarcitorio administrativo; por lo tanto no es su tarea cumplir ni suplir los fines de otras ramas de la Administración, tales como el cobro de impuestos, que es una función de la administración tributaria.⁷

Adicionalmente, la aplicación del principio de responsabilidad, desarrollado constitucionalmente en los artículos 6, 90, 121 y 122 de la Carta, y que se traduce en que no hay lugar a deducir responsabilidad si el daño efectivamente no se ha ocasionado, obliga a inferir que las meras expectativas sobre la ocurrencia de éste no son título suficiente para deducir responsabilidad de la conducta del gestor fiscal.

En síntesis, para esta Oficina, la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público se materializa, tratándose de conductas omisivas de un gestor fiscal, cuando se subsana la omisión de éste con la solución o pago de lo adeudado, los intereses por mora causados y los demás conceptos a que hubiera lugar.

Lo anterior no significa en modo alguno una liberación de las responsabilidades a cargo del servidor público, pues la Constitución y las leyes imponen a éste deberes cuya inobservancia acarrea consecuencias en el campo de lo disciplinario y lo penal.

⁷ En este sentido se manifestó la Corte Constitucional en fallo SU-620 de 1996

3. Conclusiones



1. El hecho generador de daño al patrimonio del Estado es cualquier evento causado por un gestor fiscal, por acción o por omisión, que de manera irregular produzca un menoscabo, disminución o perjuicio al patrimonio estatal, determinado o determinable por los medios probatorios idóneos.
2. Frente a conductas omisivas por parte de gestores fiscales, las cuales generen un daño patrimonial mensurable al Estado, el momento de generación de tal daño, y por consiguiente el punto en el tiempo a partir del cual se comenzará a contabilizar el término de caducidad de la acción fiscal, será el de la fecha en que se produzca el pago inoportuno de lo adeudado, más lo liquidado por intereses moratorios, indexación, sanciones, etcétera.
3. El funcionario o servidor público que paga capital más intereses causados por la ineficiente gestión de otro, cierra, con el hecho del pago, un consecutivo de omisiones; de lo anterior se deduce que dicho pago no pueda ser sometido en sí a reparo fiscal, ni el gestor fiscal que lo hace, imputado como presunto responsable fiscal, a no ser que en el no pago oportuno haya mediado dolo o culpa de su parte, o que se trate de la misma persona que incumplió la obligación

Agréguese a lo anterior que, por mandato del párrafo 1º del artículo 4º de la Ley 610 de 2000, la responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.⁸

De esta manera, esperamos haber resuelto las inquietudes por ustedes planteadas. Este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, por lo tanto no tiene carácter obligatorio, ni fuerza vinculante.

Cordialmente,


MARIANA GUTIERREZ DUEÑAS
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: Rafael Villalobos 
Revisó: Janis Molina 

⁸ En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-832 de 8 de octubre de 2002, con ponencia del magistrado Álvaro Tafur Galvis