

Bogotá D.C.,  
110



Auditoría General de la República  
Al contestar cite el radicado No: 1102-202302261  
Fecha: 23 de agosto de 2023 08:31:51 AM  
Origen: Oficina Jurídica  
Destino: Peticionario

Doctor  
**OMAR ALFONSO OCHOA MALDONDO**  
[ochoaomar2006@yahoo.es](mailto:ochoaomar2006@yahoo.es)

Referencia: Concepto 110.070.2023  
SIA-ATC. 012023000577

1. *De los aportes al Sistema General de Seguridad Social Integral - SGSSI*
2. *Del proceso de responsabilidad fiscal y de la responsabilidad fiscal*
3. *Del daño patrimonial por pago de intereses moratorios*
4. *De la caducidad de la acción fiscal*

Respetado doctor Ochoa Maldondo:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en oficio del 24 de julio de 2023 allegado mediante correo electrónico, radicado en la AGR el 24 de julio de 2023 con el número 02331202301857 bajo el SIA-ATC. 012023000577, en el que consulta:

«1. En una entidad estatal, se pagan en forma inexacta en lo referente a su liquidación, unos aportes a la seguridad social – pensiones, durante algunas vigencias fiscales.

2. Años después, el administrador del sistema de pensiones, detecta esa situación, e inicia el cobro de los aportes respectivos, más sus intereses moratorios hasta su efectivo pago.

3. Dado que el daño se causó, por el pago inexacto de los aportes parafiscales, se consulta:

La caducidad de la acción fiscal, se debe computar en este caso, desde la fecha en que se generaron los pagos inexactos, dado que dicho hecho fue el causante del proceso de cobro futuro?» (sic)

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

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del

control fiscal, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando:

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

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

Este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico y permitan al consultante dilucidar la problemática planteada traerá a colación las normas, jurisprudencia y doctrina referentes que se encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir concepto de manera general y abstracta abordando los siguientes temas: i) De los aportes al Sistema General de Seguridad Social Integral – SGSSI; ii) Del proceso de responsabilidad fiscal y de la responsabilidad fiscal; iii) Del daño patrimonial por pago de intereses moratorios; y iv) De la caducidad de la acción fiscal.

### **1. De los aportes al Sistema General de Seguridad Social Integral - SGSSI**

En primer lugar para abordar el asunto se procede a transcribir *-in extenso-* apartes relevantes de la Ley 100 de 1993 «Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones», respecto de los aportes al SGSSI así:

«Artículo 8º. Conformación del Sistema de Seguridad Social Integral. El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y esta conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente Ley.»

«Artículo 17. Obligatoriedad de las Cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.»

«Artículo 20. Monto de las Cotizaciones. La tasa de cotización continuará en el 13.5% del ingreso base

de cotización.

(...)

A partir del 1º de enero del año 2004 la cotización se incrementará en un uno por ciento (1%) sobre el ingreso base de cotización. Adicionalmente, a partir del 1º de enero del año 2005 la cotización se incrementará en medio por ciento (0.5%) y otro medio punto (0.5%) en el año 2006. A partir del 1º de enero del año 2008, el Gobierno Nacional podrá incrementar en un (1%) punto adicional la cotización por una sola vez, siempre y cuando el crecimiento del producto interno bruto sea igual o superior al 4% en promedio durante los dos (2) años anteriores.

(...)

Los empleadores pagarán el 75% de la cotización total y los trabajadores el 25% restante.

(...))»

«Artículo 22. Obligaciones del Empleador. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.

Artículo 23. Sanción Moratoria. Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso.

Los ordenadores del gasto de las entidades del sector público que sin justa causa no dispongan la consignación oportuna de los aportes, incurrirán en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.

En todas las entidades del sector público será obligatorio incluir en el presupuesto las partidas necesarias para el pago del aporte patronal a la Seguridad Social, como requisito para la presentación, trámite y estudio por parte de la autoridad correspondiente.

Artículo 24. Acciones de cobro. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.»

«Artículo 161. Deberes de los Empleadores. Como integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, los empleadores, cualquiera que sea la entidad o institución en nombre de la cual vinculen a los trabajadores, deberán:

(...)

2. En consonancia con el artículo 22 de esta Ley, contribuir al financiamiento del Sistema General de

Seguridad Social en Salud, mediante acciones como las siguientes:

- a) Pagar cumplidamente los aportes que le corresponden, de acuerdo con el artículo 204.
- b) Descontar de los ingresos laborales las cotizaciones que corresponden a los trabajadores a su servicio;
- c) Girar oportunamente los aportes y las cotizaciones a la Entidad Promotora de Salud, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno.

(...)

Parágrafo. Los empleadores que no observen lo dispuesto en el presente artículo estarán sujetos a las mismas sanciones previstas en los artículos 22 y 23 del Libro Primero de esta Ley. Además, los perjuicios por la negligencia en la información laboral, incluyendo la subdeclaración de ingresos, corren a cargo del patrono. La atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y ATEP serán cubiertos en su totalidad por el patrono en caso de no haberse efectuado la inscripción del trabajador o no gire oportunamente las cotizaciones en la entidad de seguridad social correspondiente.»

«Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).

La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional, la cual se hará efectiva a partir del primero de enero de 2008.

(...))»

En línea con lo anterior, el Decreto Único 1833 de 2016 «Por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones», establece:

«Artículo 2.2.3.1.1. Obligatoriedad de las cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del Sistema General de Pensiones por parte de los afiliados y empleadores.

(...)

(Decreto número 691 de 1994, artículo 6°, modificado por el Decreto número 1158 de 1994, artículo



1°).»

«Artículo 2.2.3.1.6. Cotización al sistema general de pensiones a partir del 1 de enero de 2008. La tasa de cotización al sistema general de pensiones será del 16% del ingreso base de cotización.

El valor total de la tasa de cotización de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será de 28.5% del ingreso base de cotización.

(Decreto 4982 de 2007, art. 1)»

«Artículo 2.2.3.1.25. Causal de mala conducta. De conformidad con el inciso segundo del artículo 23 de la Ley 100 de 1993, los ordenadores del gasto del sector público que sin justa causa no dispongan la consignación oportuna de los aportes o cotizaciones al sistema general de pensiones, incurrirán en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.

(Decreto número 1642 de 1995, artículo 10).»

«Artículo 2.2.3.3.1. Intereses de mora. Sin perjuicio de las demás sanciones que puedan imponerse por la demora en el cumplimiento de la obligación de retención y pago, en aquellos casos en los cuales la entrega de las cotizaciones se efectúe con posterioridad al plazo señalado, el empleador deberá cancelar intereses de mora a la tasa de mora que se encuentre vigente en el Estatuto Tributario. Dichos intereses de mora deberán ser autoliquidados por el empleador, sin perjuicio de las correcciones o cobros posteriores a que haya lugar.

La liquidación de los intereses de mora se hará por mes o fracción de mes, en forma análoga a como se liquidan los intereses de mora para efectos de impuestos nacionales.

Las sumas canceladas a título de mora serán abonadas en el fondo de reparto correspondiente o en la cuenta de capitalización individual del respectivo afiliado.

(Decreto número 692 de 1994, artículo 28).»

«Artículo 2.2.3.3.3. Acciones de cobro. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes entablar contra los empleadores las acciones de cobro de las cotizaciones que se encuentren en mora así como de los intereses de mora a que haya lugar, pudiendo repetir contra los respectivos empleadores por los costos que haya demandado el trámite pertinente, en los términos señalados en el literal h) del artículo 14 del Decreto número 656 de 1994.

Estas acciones deberán iniciarse de manera extrajudicial a más tardar dentro de los tres meses siguientes a la fecha en la cual se entró en mora. Lo anterior es aplicable inclusive a las administradoras del régimen de prima media con prestación definida, las cuales podrán iniciar los correspondientes procesos coactivos para hacer efectivos sus créditos de conformidad con el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo y el artículo 112 de la Ley 6ª de 1992 y demás normas que los adicionen o reformen.

Parágrafo. En aquellos casos en que sea pertinente, las administradoras deberán informar al Fondo de

Solidaridad Pensional sobre las acciones de cobro que deban adelantarse, con el objeto de que este, si lo estima pertinente y por conducto de su representante, tome participación en el correspondiente proceso.

(Decreto número 1161 de 1994, artículo 13)»

«Artículo 2.2.3.3.5. Del procedimiento para constituir en mora al empleador. Vencidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores, la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá. Si dentro de los quince (15) días siguientes a dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

(Decreto número 2633 de 1994, artículo 2º)».

Así mismo, la Ley 1066 «Por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública y se dictan otras disposiciones», establece:

«Artículo 3º. Intereses moratorios sobre obligaciones. A partir de la vigencia de la presente ley, los contribuyentes o responsables de las tasas, contribuciones fiscales y contribuciones parafiscales que no las cancelen oportunamente deberán liquidar y pagar intereses moratorios a la tasa prevista en el Estatuto Tributario.

Igualmente, cuando las entidades autorizadas para recaudar los aportes parafiscales no efectúen la consignación a las entidades beneficiarias dentro de los términos establecidos para tal fin, se generarán a su cargo y sin necesidad de trámite previo alguno, intereses moratorios al momento del pago, a la tasa indicada en el inciso anterior y con cargo a sus propios recursos, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar.

(...)»

Respecto de los intereses moratorios la Corte Constitucional en la sentencia C-604 del 1º de agosto de 2012 se pronunció así:

«Los intereses moratorios son aquellos que se pagan para el resarcimiento tarifado o indemnización de los perjuicios que padece el acreedor por no tener consigo el dinero en la oportunidad debida. La mora genera que se hagan correr en contra del deudor los daños y perjuicios llamados moratorios que representan el perjuicio causado al acreedor por el retraso en la ejecución de la obligación. Sobre este aspecto afirman Planiol y Ripert:

*“Los daños y perjuicios moratorios tienen como carácter esencial, se acumulables necesariamente con el cumplimiento efectivo de la obligación, **puesto que representan el perjuicio resultante del retraso, perjuicio que no se repara por el ulterior cumplimiento de la obligación**” (negritas y subrayado fuera de texto).».* (Cursiva, negrilla y resaltado propios del texto)

## 2. Del proceso de responsabilidad fiscal y de la responsabilidad fiscal

El proceso de responsabilidad fiscal se encuentra regulado en las leyes 610 de 2000 (para el procedimiento ordinario) y 1474 de 2011 (para el procedimiento verbal), definiéndose en la Ley 610 de 2000 así:

«Artículo 1º. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.»

Este cuerpo normativo define el daño patrimonial al Estado así:

«Artículo 6º. Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

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

Así mismo, define la gestión fiscal en los siguientes términos:

«Artículo 3º. Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal **el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas**, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, **gasto**, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.» (Resaltamos en negrilla)

Se tiene entonces que, los servidores públicos o particulares que tengan dentro de sus funciones la gestión fiscal, o funciones relacionadas con ella, deben responder fiscalmente cuando en su ejercicio causen daño al erario. Dentro de las actividades de gestión fiscal o afines a ella se encuentra el gasto.

## 3. Del daño patrimonial por pago de intereses moratorios

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el concepto dentro de la radicación 11001-03-06-000-2007-00077-00(1852) del 15 de noviembre de 2007 respecto del daño patrimonial

originado en el pago de intereses moratorios, concluyó:

«Así las cosas, encuentra la Sala que cuando una entidad u organismo público por causa de la negligencia, el descuido, o el dolo de un servidor público, a cuyo cargo esté la gestión fiscal de los recursos públicos, deba pagar una suma de dinero por concepto de intereses de mora, multas o sanciones, esa gestión fiscal no es susceptible de calificarse como eficiente y económica. Por el contrario, este tipo de erogaciones, como se analizará más adelante, representan para las entidades u organismos públicos deudores, gastos no previstos que afectan negativamente su patrimonio.

(...)

En resumen, daño patrimonial es toda disminución de los recursos del estado, que cuando es causada por la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal, genera responsabilidad fiscal.

(...)

En el caso concreto del pago de multas, sanciones e intereses de mora entre entes de carácter público, hay que determinar si ellos se produjeron por la conducta dolosa, ineficiente, ineficaz o inoportuna o por una omisión **imputable a un gestor fiscal**. Si así se concluye, surge para el ente que hace la erogación, un gasto injustificado que se origina en un incumplimiento de las funciones del gestor fiscal. Es claro, entonces, que dicho gasto implica una disminución o merma de los recursos asignados a la entidad u organismo, por el cual debe responder el gestor fiscal. (Negrilla propia del texto)

No sobra enfatizar en este punto, que la Constitución y el régimen de control fiscal vigente no consagran la responsabilidad fiscal objetiva de los servidores públicos, de manera que para que ella se pueda declarar, se requiere, en todo caso, que en el proceso de responsabilidad fiscal que se adelante se pruebe fehacientemente la existencia de los tres elementos que la integran, vale decir, **el daño patrimonial, representado en este caso, por el monto de los recursos que la entidad u organismo tuvo que pagar por concepto de multas, sanciones o intereses de mora**, “la conducta dolosa o gravemente culposa” del servidor y el nexo causal entre los dos anteriores (artículo 5º de la ley 610 de 2000).

(...)

El conjunto normativo transcrito, es decir, las disposiciones del régimen fiscal y las de carácter orgánico contenidas en el decreto 111 de 1996, que para la doctrina son la génesis del derecho fiscal como disciplina autónoma[15], lleva a la Sala a reiterar que constitucional y legalmente el órgano de control fiscal está obligado a investigar la eventual responsabilidad del gestor fiscal cuando se pagan multas, sanciones o intereses de mora por causa de un incumplimiento de las obligaciones adquiridas por las entidades u organismos públicos.

Así las cosas, el principio de unidad de caja no puede tenerse como eximente de responsabilidad fiscal.

En concordancia con lo expuesto, esta Sala en el concepto 1637 de 2005, al analizar los efectos que pueden producirse a raíz del incumplimiento de la obligación de transferir recursos entre entidades u organismos públicos, consideró que eventualmente los servidores públicos podrían ser responsables patrimonialmente por *“los intereses y demás perjuicios que puedan causarse por la demora injustificada en la cancelación de los compromisos adquiridos”*. (Cursiva y negrilla propias del texto)

Por último, considera esta Sala que el pago de sumas por concepto de intereses de mora, sanciones o multas entre entidades u organismos públicos originados en la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal, no puede calificarse contable, ni presupuestalmente como una mera transferencia de recursos, sino como un gasto injustificado que surge del incumplimiento de las funciones de dicho

gestor fiscal. En consecuencia, tiene razón un sector de la doctrina cuando afirma que en estos casos no puede hablarse simplemente de que el dinero público pasa de un bolsillo a otro de la misma persona. La Sala responde:

1 y 2 De acuerdo con lo dispuesto en las leyes 42 de 1993 y 610 de 2000, en concordancia con el Estatuto Orgánico del Presupuesto, **cuando una entidad u organismo de carácter público paga a otro de su misma naturaleza una suma de dinero por concepto de multas, intereses de mora o sanciones, se produce un daño patrimonial**. Dicho daño puede dar lugar a responsabilidad fiscal del gestor fiscal comprometido, cuando en el proceso de responsabilidad se pruebe que existió una conducta dolosa o gravemente culposa y el nexo causal entre ésta y el daño.

El pago que una entidad u organismo público efectúe por estos conceptos a otra de su misma naturaleza, presupuestal y contablemente es un gasto que merma su patrimonio y no una mera operación de transferencia de recursos entre entes públicos.» (Resaltamos en negrilla)

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República en el concepto CGR-OJ-041-2022 (radicado 2022EE0048917 del 23 de marzo de 2022) respecto del daño patrimonial por pago de intereses moratorios, conceptúo:

«Sobre la ocurrencia del daño por el pago de intereses de mora por parte de las entidades públicas, esta oficina se ha pronunciado en diferentes oportunidades, en los cuales se ha reiterado que, se genera daño con ocasión del pago de intereses, multas y sanciones impuestas a las entidades estatales por el no pago oportuno de sus obligaciones.

En ese orden, es posible el daño generado entre entidades estatales, y que éste se hace exigible en cabeza del servidor público titular de la gestión fiscal en cuyo desarrollo se generó la merma o detrimento patrimonial, como consecuencia de su acción u omisión dolosa o gravemente culposa y en su condición de titular de la capacidad decisoria sobre el cumplimiento de sus objetivos misionales y sobre la ordenación funcional del gasto. Así las cosas, es posible que responda fiscalmente, quién dio lugar a la obligación resarcitoria de una entidad a otra; y, por otra parte, quien, al estar en la obligación de hacer resarcir la merma del patrimonio de una entidad pública afectada, omite adelantar las acciones correspondientes.

En ese orden de ideas los elementos para que se configure la responsabilidad fiscal por el pago de multas, sanciones e intereses de mora, serán los contenidos en el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, a saber: una conducta por acción o por omisión realizada por alguien que revista la calidad de gestor fiscal o que actúe con ocasión de la gestión fiscal, con dolo o con culpa grave; la existencia de un daño patrimonial; y, un nexo entre los dos anteriores.

(...)

5. Conclusiones:

(...)

Los intereses moratorios son aquellos que se generan por el incumplimiento en el pago de una obligación en un plazo determinado a favor del acreedor, constituyéndose en un resarcimiento tarifado o una indemnización de perjuicios que padece el acreedor por no tener consigo el dinero en la oportunidad debida.

Es así, que el pago de intereses moratorios por parte de las entidades públicas, constituye un daño al patrimonio público, cuando dichas erogaciones se efectúan por culpa grave o dolo del gestor fiscal, siendo entonces viable dar inicio al proceso de responsabilidad fiscal, en los términos de la Ley 610 de 2000, modificada por la Ley 1474 de 2011.»

Posición jurídica ya determinada anteriormente en el concepto CGR-OJ-001-2019 (radicado 20191E0000047 del 02 de enero de 2019), en el que dijo:

«A *contrario sensu*, el pago de intereses de mora puede igualmente derivar en un detrimento al patrimonio público de la entidad que los paga, que podría generar un fallo con responsabilidad fiscal de los gestores responsables si, de acuerdo con las circunstancias específicas, se comprueba que tal pago se causó por falta de planeación, o de la ubicación de este hecho como consecuencia del proceder doloso o gravemente culposo del gestor fiscal.»

Y en el concepto 80112-2008IE8857 del 5 de marzo de 2008, había dicho:

«Dicho de otra forma, cuando se presente en las entidades estatales la cancelación de multas, sanciones e intereses de mora debe procederse primero a adelantar una indagación preliminar y en estas diligencias examinar la conducta del gestor fiscal a fin de determinar si éste obró con dolo o culpa grave y de obtenerse al menos indicios serios de ello, adelantar el proceso de responsabilidad fiscal.

De otro lado, se considera que además de la acción fiscal, o aún si ésta no procede deberá comunicarse a las autoridades correspondientes, para que se adelanten actuaciones como la disciplinaria ya que el no pago oportuno de las obligaciones constituye una falta a los deberes como servidor público.»

Se tiene entonces que, el pago de intereses moratorios conlleva la disminución de los recursos de la entidad afectando así el cumplimiento de sus funciones, por lo tanto y en el entendido que dicho pago se produzca por dolo o culpa grave del funcionario responsable de la gestión fiscal, se tendrá que adelantar el respectivo proceso de responsabilidad fiscal a fin de obtener el resarcimiento de estos recursos.

#### 4. De la caducidad de la acción fiscal

La Ley 610 de 2000 «Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías», contempla la caducidad de la acción fiscal en los siguientes términos:

«Artículo 9°. Caducidad y prescripción. La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, **de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto.**

La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del

proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.

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

La norma vigente es clara al establecer en cinco (5) años el término de caducidad de la acción fiscal, el cual se cuenta desde el acaecimiento del hecho que genera el daño patrimonial; entonces, se debe primeramente establecer de manera cierta cuál es el hecho que genera el daño y luego la fecha de ocurrencia de este, para así establecer si transcurrió o no el término para la configuración del fenómeno jurídico de la caducidad.

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”.»

La 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), se pronuncia sobre la caducidad, 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.»

Respecto de la caducidad de la acción fiscal, esta Oficina Jurídica en el concepto 110.35.2020 (radicado 20201100018811 del 04 de agosto de 2020), conceptúo:

«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.»

Y en el reciente concepto 110.062.2023 (radicado 1102-202301998 del 26 de julio de 2023), concluyó:

- i. «La caducidad es el fenómeno jurídico consistente en el establecimiento de un lapso de tiempo determinado en el que puede el interesado exigir un derecho afectado, con la consecuencia de la imposibilidad de ejercer la acción si este término es agotado sin que se ejerza.
- ii. Para el proceso de responsabilidad fiscal, luego de la declaratoria de inexecutable del Título XIII del Decreto-Ley 403 de 2020 y la reviviscencia del artículo 9º de la Ley 610 de 2000, el término de caducidad es de cinco (5) años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del daño.»

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República respecto del hecho generador del daño, en el concepto CGR-OJ-004-2022 (radicado 2022EE0004357 del 17 de enero de 2022, se pronunció así:

«Resulta entonces relevante determinar cuál fue el último hecho o acto generador del daño y cuándo ocurrió pues es a partir de este que se contará el término que corresponda según la norma aplicable, 5 o 10 años, después del cual, si no se ha dictado auto de apertura de proceso de responsabilidad fiscal, caduca la acción fiscal. Cuando el artículo en cita se refiere a la ocurrencia de los hechos, no se trata de un hecho cualquiera, sino del hecho generador del daño y para determinar la existencia de este, debe deslindarse el hecho que ocasiona el daño del daño propiamente dicho, es decir, que debe determinarse el origen del daño. En otras palabras, uno es el hecho generador (la causa), y otro es el daño (el efecto).

Tal como lo definió esta Oficina, "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"<sup>[11]</sup>.

En el concepto CGR-OJ-094 (radicado 2018EE0078536 del 27 de junio de 2018), además de anotar lo relacionado en el inciso segundo del concepto anteriormente transcrito, se refirió al daño así:

«Entonces, el daño, desde la óptica de la responsabilidad fiscal, es la lesión que sufre el patrimonio económico del Estado, a consecuencia del hecho que lo genera. Hecho generador y daño son eventos diferentes y diferenciables por el operador jurídico de cara a la situación concreta, resultando posible que acaezca un hecho generador de daño patrimonial para el Estado en las diferentes fases de la contratación, máxime tratándose de contratos tracto sucesivo <sup>[12]</sup> los cuales se caracterizan porque su ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo (artículo 60 de la Ley 80 de 1993).

Fruto de lo anterior, es que la identificación del momento en que se genera el daño debe determinarse para cada caso, según sus especificidades, toda vez que no todos los hechos generadores del mismo 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.»

Así mismo, esta Oficina Jurídica en el concepto 110.032.2010 (radicado 20101100045321 del 13 de agosto de 2010) trató de manera amplia el tema del hecho generador del daño y del daño como tal, frente al pago de intereses moratorios, el cual por su importancia transcribimos *in extenso*:

«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. (...)

(...)

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", entrándose de actos complejos de tracto sucesivo.

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 omisivo[4], 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 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]

(...)

**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), 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 -asi 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.

### 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 si 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 parágrafo 1° del artículo 4° 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]» (Resaltamos en negrilla)

En el concepto 110.047.2002 (radicado 212-3-12805 del 04 de diciembre de 02002) base del anterior concepto relacionado, también se dijo:

«A esta misma conclusión se arriba si el hecho del no pago oportuno del tributo y sus consecuencias se les otorga el carácter de actuaciones complejas, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado, pues, en ellos el detrimento inicia al momento del incumplimiento de la obligación tributaria y sigue persistiendo hasta el momento del pago en que también se cuantifica el detrimento.

Con base en lo anterior, esta oficina considera, entonces, que el daño en esta clase de eventos se produce tomando en cuenta el pago (un día antes). Sólo entonces es posible darle entidad de certeza y converge en la precisión que esa Dirección realiza en torno a la diferencia entre el hecho generador de la obligación tributaria y el hecho generador del daño al patrimonio público, en los términos previstos en el artículo 6°.»

Las anteriores reflexiones son igualmente válidas para el evento en que los intereses moratorios se generen ante una liquidación irregular de los aportes a la seguridad social, toda vez que si bien los aportes se pudieron haber transferido de manera oportuna, su posterior reliquidación hace que lo no liquidado entre en mora, pudiéndose configurar un daño futuro, el cual sólo se materializa al momento de efectuarse el pago, por lo tanto, el hecho generador se considera de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado en el entendido que este permanece hasta el momento en que se realiza efectivamente el pago de los intereses moratorios, siendo a partir de allí que se determina la caducidad de la acción fiscal.

Respecto al hecho generador del daño y el daño como tal, esta Oficina Jurídica en el concepto 110.031.2023, dijo:

«Se tiene entonces que el daño se origina o es el efecto de la realización u omisión de un hecho, es decir, que el hecho es la causa del daño, siendo aquel cualquier evento, suceso, acto o acción que lleva a la producción del daño. Así lo anotó esta Oficina como en el concepto 110.032.2010 (Radicado,

20101100045321 del 13 de agosto de 2010):

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

Teniendo en cuenta que la existencia del daño es requisito fundamental para el inicio del proceso de responsabilidad fiscal y que el mismo es el resultado o consecuencia de la ocurrencia de un hecho, es indispensable establecer dicho hecho (...).

Igualmente, el establecimiento del hecho generador del daño cobra especial importancia para el conteo del término de la caducidad de la acción fiscal en su extremo inicial, tal como lo indica el cuerpo normativo anotado anteriormente en su artículo 9º transcrito, anotando que, si el hecho o acto es instantáneo, su conteo será desde el día de su realización, en tanto que, si es complejo o de tracto sucesivo, su conteo será desde el último hecho o acto.

Así, corresponde al operador fiscal establecer la existencia del daño y con ello determinar cuál es el hecho que lo generó, siendo ello de suma importancia para efectos de establecer inicialmente si se ha configurado o no la caducidad de la acción fiscal atendiendo el momento de su realización u omisión, sea un hecho instantáneo, complejo, de tracto sucesivo, permanente o continuado.

Ahora bien, teniendo en cuenta la relación directa entre el hecho y el daño, siendo el primero la causa y el segundo el efecto como se ha anotado, es evidente que el hecho o hechos a tener en cuenta para la determinación del daño, será(n) aquel(llos) que lo cause(n).»

## 5. Conclusiones

De conformidad con la normatividad, jurisprudencia y conceptualización anotada anteriormente respecto a los temas consultados, se concluye lo siguiente:

- i. Durante la vigencia de la relación laboral tanto el empleador como el trabajador deben efectuar las cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de seguridad social integral - SGSSI: salud, pensiones y riesgos laborales, las cuales son liquidadas con base en el salario devengado, siendo responsabilidad del empleador el responsable del pago de estos aportes, tanto de los suyos como de los trabajadores.
- ii. El no pago oportuno de los aportes o cotizaciones al SGSSI o en debida forma, genera intereses moratorios a cargo del empleador, así como una eventual responsabilidad disciplinaria pudiéndose constituir en causal de mala conducta.
- iii. Los intereses moratorios son una forma de indemnización al acreedor por no contar de manera oportuna o en forma debida, con los recursos a él debidos.

- iv. El daño patrimonial es aquel que sufre el erario por un hecho generado en la acción u omisión del gestor fiscal en desarrollo de la gestión fiscal o con ocasión de ella.
- v. La responsabilidad fiscal se determina a través del proceso de responsabilidad fiscal, siendo aquella que recae sobre el servidor público o particular que maneje o administre bienes del Estado y que por su culpa grave o dolo produzca un detrimento al patrimonio público, bien sea por acción u omisión en su gestión.
- vi. El pago de intereses moratorios por parte de una entidad pública es susceptible de generar daño al patrimonio de Estado al tratarse de un gasto injustificado proveniente del incumplimiento en el pago oportuno o en debida forma de las deudas de la entidad o de las transferencias a que está obligada.
- vii. Este detrimento patrimonial puede originar responsabilidad fiscal al servidor público o particular si a través del proceso de responsabilidad fiscal se comprueba que en el ejercicio de su gestión fiscal desarrolló una conducta gravemente culposa o dolosa, por acción u omisión y el nexo causal entre ésta y el daño, es decir el pago de los intereses moratorios.
- viii. La caducidad es el fenómeno jurídico consistente en el establecimiento de un lapso de tiempo determinado en el que puede el interesado exigir un derecho afectado, con la consecuencia de la imposibilidad de ejercer la acción si este término es agotado sin que se ejerza.
- ix. Para el proceso de responsabilidad fiscal el término de caducidad es de cinco (5) años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del daño si éste es de producción instantánea, o del último hecho si estos son de tracto sucesivo, continuos o permanentes.
- x. La inoportunidad y/o irregularidad en el pago de las transferencia o aportes al SGSSI es dable que constituya el hecho generador del daño patrimonial por el pago de intereses moratorios, pudiendo considerarse éste como un hecho de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado en el entendido que permanece hasta el momento en que se realiza efectivamente el pago de los intereses moratorios, por lo tanto, es posible concluir que es a partir del pago que se determina el término de caducidad de la acción fiscal.

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:

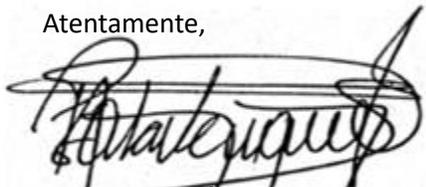
«(...) el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la

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'»** (Resaltamos en negrilla)

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](mailto:juridica@auditoria.gov.co) y [fljimenez@auditoria.gov.co](mailto: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](http://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 ingresar los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña 778eaf2e. 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 Cargo
Proyectado por:	Fabio Luis Jiménez Castro – Asesor de Despacho Grado 02 (E)
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet – Director Oficina Jurídica
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet – Director Oficina Jurídica
<i>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.</i>	