

DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL DE MEDELLÍN

AUTO N°040 DE 2022

POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN RRECURSO DE APELACIÓN RADICADO N° 009 DE 2019

Medellín, dieciocho (18) de octubre de dos mil veintidós (2022)

REFERENCIA: APERTURA E IMPUTACIÓN	
Entidad afectada:	COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.
Presuntos responsables:	- JOSE ANTONIO TORRES OSPINA – Cédula 80.241.911. - PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA. con Nit. 860.046.645-9.
Garante:	CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. NIT 860.026.518-6
Hecho investigado:	<p><i>"Se encontró en la revisión de las cuentas contables número 5120089901 (Sanciones) y número 5120179901 (Intereses de mora), que Colombia Móvil SA ESP pagó el 2 de junio de 2017 a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales la suma de \$101.130.804, según consta en recibos oficiales de pago de impuestos nacionales No. 4910129723407 y 4910119724516, por concepto de intereses de mora y sanción por corrección de la declaración de Retención en la fuente de octubre y noviembre de 2016, realizada específicamente a "Pagos a empleados sujetos a retención (Art 383 y 384 E.T.) de acuerdo a lo evidenciado en los formularios de declaración de retención en la fuente número 3509662790653 y 3509662790718.</i></p> <p><i>Lo anterior por incumplimiento a las disposiciones del estatuto tributario en lo referente a retención en la fuente, de acuerdo a lo estipulado en los artículos 365 a 383 contenidos en los títulos I, II y III del libro segundo del Estatuto Tributario Decreto 624 de 1989.</i></p> <p><i>Los hechos descritos se presentaron debido a un error en el procesamiento de la información de pago a empleados suministrada en archivo por el proveedor PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA, quien tiene a su cargo todo el proceso de operación de nómina de la compañía bajo la modalidad de outsourcing, en razón a que según lo comunicado en el desarrollo de la auditoría, los valores retenidos por salarios contenidos en el archivo generado por el proveedor, fueron registrados en el software de contabilidad SAP en otra cuenta diferente a la de Retención en la fuente salarios y pagos laborales (pasivo vacaciones); lo que indica que se generó un error en el proceso de carga del archivo de pago de empleados suministrado por el proveedor, al sistema contable del sujeto de control, incumpliéndose lo exigido en el numeral VII de la cláusula segunda del contrato 460001411 del 13 de septiembre de 2016, suscrito entre Colombia Móvil S.A. y el mencionado proveedor para los servicios profesionales de administración y operación del proceso de nómina que expresamente señala</i></p>

	<p>como obligación a cargo del contratista "generar un archivo de pago a empleados, que pueda ser cargado a los sistemas contables de las compañías" Lo anterior es corroborado y aceptado por la empresa auditada en respuesta al informe preliminar de auditoría.</p> <p>Lo expuesto obedece a errores en el control del procesamiento de información contenida en los sistemas de la compañía y deficiencias en los controles que la supervisión del contrato 460001411 debió realizar conforme a la cláusula sexta del mismo, verificando que el archivo de pagos suministrado por el proveedor pudiera ser cargado correctamente en los sistemas contables del sujeto de control, generándose un presunto detrimento patrimonial, derivado de las correcciones en la declaración de retención en la fuente."</p>
Cuantía:	Ciento un millones ciento treinta mil ochocientos cuatro pesos (\$101.130.804)
Procedimiento:	Verbal de doble instancia.

I. OBJETO A DECIDIR

La Contralora Auxiliar de Auditoría Fiscal Educación en Funciones de Contralor General de Medellín, según Resolución 1238 del 14 de octubre de 2022, en virtud de las facultades establecidas en los artículos 268, numeral 5° y 272 de la Constitución Política, las Leyes 610 de 2000, 1474 de 2011 y 1437 de 2011; el Acto Legislativo 04 de 2019, el Decreto Legislativo 403 del 2020, el Acuerdo Municipal 087 y 088 de 2018, la Resolución 150 de 2021 y demás normas concordantes, procede a decidir el recurso de alzada contra la decisión emitida por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 009 de 2019, mediante la cual se negó la reiteración del decreto de una prueba.

II ANTECEDENTES

2.1 HECHOS.

Mediante Auto 555 del 28 de octubre de 2021, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva emite auto de imputación por el presunto detrimento patrimonial generado a las arcas de la empresa COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., en contra del señor JOSÉ ANTONIO TORRES OSPINA – Cédula 80.241.911.

El día 16 de marzo de 2022, se instala la audiencia de descargos y como quiera que los apoderados y el operador del juicio fiscal coinciden que se requiere la vinculación de un segundo tercero civilmente responsable, por lo que existe unanimidad en la suspensión de la diligencia.

Posteriormente, y según acta de registro de la diligencia, se reanuda la audiencia de descargos el 17 de mayo del 2022, en esta oportunidad interviene el apoderado, doctor César Rueda como abogado de la empresa contratista PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA, siendo uno de sus argumentos el concerniente a que era la empresa Colombia Móvil la que debía presentar oportunamente la información y el correspondiente desembolso económico ante la entidad tributaria, a través de su dependencia denominada Gerencia de Impuestos.

Es por ello que la Primera Instancia consideró procedente atender favorablemente la solicitud de vinculación al proceso de la persona que desempeñaba el cargo de Gerente de Impuestos en el lapso de tiempo comprendido entre enero de 2017 y julio de 2017, y expresa que ello tiene apoyo en el deber que le asistía a la entidad de presentar las declaraciones ante la DIAN. No obstante consideró pertinente previo a la vinculación, decretar el siguiente exhorto a efectos de individualizar la persona respecto de la cual se hará el llamado al proceso. La solicitud de la información fue elevada en los siguientes términos:

“Certificado laboral de la persona que ocupara el cargo de Gerente de Impuesto de Colombia Móvil S.A., durante el lapso de tiempo comprendido entre enero de 2017 y julio de 2017, el salario devengado para la época de los hechos, los datos sobre su identidad personal, su última dirección conocida o registrada y el manual de funciones, arquitectura o descripción del cargo o copia del documento donde se establezcan sus actividades, obligaciones o labores en el cargo cualquiera sea su denominación”.

La respuesta fue allegada mediante oficio 2221029176 del pasado 23 de junio, ostensible a folios 244-245 del expediente y se indicó expresamente por Colombia Móvil lo siguiente: *“De acuerdo con la validación realizada por el área de Nómina y Operaciones HR, para el lapso de tiempo comprendido entre enero y julio de 2017, no existía el cargo de Gerente de Impuestos.”*

Consideró el Despacho entonces, que ante la respuesta, se debía negar la vinculación del tercero por la probada inexistencia del mismo, y dada la naturaleza de esta decisión, esto es de tratarse de un acto de trámite, no procedía otorgarle recursos, pues estos son propios conforme al artículo 75 de la Ley 1437 de 2011, de los actos definitivos.

EH

La doctora Beatriz Estrada, es la primera apoderada en intervenir y eleva dos solicitudes:

La primera es la interposición del recurso de reposición y en subsidio la reconsideración respecto a la decisión de negar la vinculación del tercero al que denominó inicialmente como el gerente de impuestos de la empresa COLOMBIA MÓVIL.

La segunda solicitud fue elevar la petición de decreto de la prueba consistente en requerir nuevamente a Colombia Móvil para que indique la persona que tenía a su cargo la presentación de las declaraciones, pues ella y su poderdante no conocen el nombre o denominación del cargo al interior de Colombia Móvil.

El a quo explicó que procedía rechazar el recurso de reposición y la solicitud de reconsideración, ambas por improcedentes y carentes de sustento y respecto a la decisión de negar la repetición del exhorto se le daría el trámite de decisión de negativa de prueba, y frente a esta última el legislador dispuso que era susceptible del recurso de apelación, esto de conformidad con el artículo 102 de la Ley 1474 de 2011.

Por tanto la doctora Beatriz Estrada presenta el recurso de apelación en contra de la decisión que negó la reiteración de la solicitud de información.

Con fundamento en lo anterior, el despacho procede a remitir el recurso de apelación a efectos de que se decida por la segunda instancia.

2.2 PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

Como presunto responsable fiscal, se determinó en el Auto de Apertura de Investigación Fiscal¹ al señor JOSÉ ANTONIO TORRES OSPINA – Cédula 80.241.911. - PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA con Nit. 860.046.645-

2.3 LA ENTIDAD ESTATAL PRESUNTAMENTE AFECTADA

Como entidad afectada se identificó a la COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.

¹ Folios 36 al 47.

2.4 LA DETERMINACIÓN DEL PRESUNTO DAÑO PATRIMONIAL Y LA DETERMINACIÓN DE SU CUANTÍA.

El presunto daño patrimonial objeto de investigación se estableció en el Auto de Apertura por un valor de Ciento un millones ciento treinta mil ochocientos cuatro pesos (\$101.130.804).

2.5 DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Tal y como quedó expuesto en los antecedentes de esta providencia, la decisión objeto del recurso fue notificada en estrados, y la sustentación del mismo, así como su correspondiente traslado se surtió igualmente en el marco de la audiencia de descargos.

Es claro que en definitiva el objeto de debate procesal lo originó la negativa de vinculación al proceso de aquel servidor adscrito a COLOMBIA MÓVIL y que le había sido asignado el deber de remitir la información y el resultado del recaudo de la retención en la fuente a la DIAN, dada su condición de agente retenedor, pues fue a partir de allí que se generaron actuaciones procesales que desencadenaron en una decisión que se interpretó como negativa de prueba y por tanto se interpuso el recurso de apelación, que hoy nos convoca a ejercer la competencia de segunda instancia.

Puntualizó la apoderada y los demás que se unieron a esta herramienta procesal lo siguiente:

"i) La respuesta de Colombia Móvil S.A. es una respuesta formal, es difícil de creer que no haya nadie responsable de dicha actividad; ii) la función debe ser ejercida por alguien, debe de existir; iii) esa persona debe responder por los actos que ocasionaron la generación de intereses ante la DIAN luego de las actuaciones de su representado; iv) vincular a ese tercero resulta muy importante para la defensa de su representado"

Se unen a esta apelación los apoderados Rueda y Estrada, como abogados de PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES GERENCIALES LTDA y BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A., respectivamente.

En cuanto a la solicitud de repetición de librarse nuevamente el exhorto a efectos de clarificar la individualización del servidor que tenía a su cargo la rendición de información y el recaudo del dinero a la DIAN, consideró la primera instancia que no era procedente en tanto que es deber de los sujetos intervenientes probar los hechos

4

que alegan, e igualmente indicó que de igual forma resulta inconducente volver a remitir una solicitud que ya fue contestada

III. CONSIDERACIONES

3.1. LA COMPETENCIA.

La función de Control Fiscal, asignada a la Contraloría General de la República, y a las Contralorías Territoriales por la Constitución Política (Art. 267, 268 y 272), incluye la competencia de “*Establecer la responsabilidad fiscal que se derive de la gestión fiscal*”. Estas normas fueron posteriormente desarrolladas por la Ley 610 de 2000 y la Ley 1474 de 2011, dando contenido y alcance al concepto de responsabilidad fiscal y estableciendo un procedimiento para su imputación y establecimiento.

Acorde a las funciones establecidas en la Constitución Política, artículos 267, 268, 271 y 272 de la Carta, en las Leyes 610 de 2000, y 1474 de 2011, y los Acuerdos 087 y 088 de 2018 y la Resolución 150 de 2021 expedidas por la Contraloría General de Medellín, la Contralora Auxiliar de Auditoría Fiscal Educación en Funciones de Contralor General de Medellín, goza de competencia para revisar la decisión del *a quo* emitida en el plazo de un auto que es susceptible del recurso de apelación y tomar las decisiones que en derecho corresponda.

3.2 DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Es importante resaltar que el recurso de apelación, establecido en el artículo 102 de la Ley 1474 de 2011, procede contra el auto que niega la práctica de una prueba.

El tenor literal del Artículo 102 dispone:

“Artículo 102. Recursos. *Contra los actos que se profieran en el proceso verbal de responsabilidad fiscal, proceden los siguientes recursos:*

El recurso de reposición procede contra el rechazo a la petición de negar la acumulación de actuaciones.

El recurso de reposición en subsidio el recurso de apelación procede contra la decisión que resuelve las solicitudes de nulidad, la que deniegue la práctica de pruebas y contra el auto que decrete medidas cautelares, en este último caso el recurso se otorgará en el efecto devolutivo". Negrillas propias

3.3 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Como ha quedado expuesto en este texto, el recurso se presentó porque el Despacho Conductor del proceso decidió no repetir una prueba que originalmente había sido decretada y practicada de manera oficiosa, pero que tenía como finalidad la individualización de un tercero que presuntamente podría ostentar la condición de gestor fiscal, habida consideración de los apoderados, pues según su sentir era el que en definitiva ejercía la condición de agente retenedor y por su omisión fue que se generó la sanción pecuniaria de la autoridad tributaria.

Habiéndose determinado el problema jurídico por parte del Despacho, corresponde en primer lugar examinar la Pertinencia **Conducencia y Utilidad de la prueba, la figura del Agente Retenedor y por último el análisis respectivo al caso concreto.**

i). Pertinencia Conducencia y Utilidad de la prueba.

Debe puntualizarse que en materia de responsabilidad fiscal una vez se inicia la investigación, la defensa material comienza formalmente con la formulación de cargos, ya que en este momento se concreta la imputación jurídico fáctica contra el imputado, al señalarle entre otros aspectos, las posibles irregularidades en que pudo haber incurrido, la identificación del autor o autores, de manera, que el auto de cargos es una pieza esencial con la cual podría señalarse que se traba probatoriamente la relación entre imputado y el Ente de Control, porque es a partir de allí, cuando se despliega una mayor actividad y se ejerce plenamente el derecho de contradicción y defensa.

Naturalmente la petición que se haga de una prueba, llámese prueba nueva o reiteración de aquella, debe ceñirse a unos parámetros relacionados con la pertinencia, conducencia y utilidad, y todo en relación con los hechos objeto de la investigación, pues no debe perderse de vista que el medio de prueba ha de orientar al Operador Fiscal de si consolida o desvirtúa la responsabilidad fiscal. Así pues que si no se satisfacen estos presupuestos, el decreto de la misma no debe tener esa vocación de prosperidad.

21.

7

Sobre el tema de la conductencia y la pertinencia de la prueba, la jurisdicción contenciosa ha precisado en providencia del 16 de marzo de 2006, Radicado 2003 00133, Magistrado Ponente Jorge Alonso Flechas Díaz, lo siguiente:

"Ha sostenido pacíficamente la doctrina que las pruebas son una especie, esto es, algo que cae bajo los sentidos del juez, o en general de quien deba pronunciar un juicio, sirviendo para procurarle una experiencia o como lo concluyó CARNELUTTI: "Las pruebas son pues, los objetos mediante los cuales el juez obtiene las experiencias que le sirven para juzgar..."

El juez inicia el proceso de cognición con el aporte de las pruebas al asunto materia de debate y para lograr la certeza que demanda la sentencia que debe proferir en el asunto sometido a su consideración sólo está obligado a decretar y tener como tales, aquéllas que lo conduzcan a la referida seguridad sobre la ocurrencia de una conducta disciplinaria y la responsabilidad del disciplinable, de tal suerte que no toda prueba que se pretenda llevar al proceso resulta útil, necesaria, pertinente o conducente y ese discernimiento sólo le está atribuido al agente del Estado que dirige el debate, esperando de los sujetos procesales la capacidad para solicitar y aportar sólo aquellos medios probatorios que cumplan tales características, pues, lo contrario podría conducir al desgaste y la innecesaria dilación del asunto.

Así pues, la jurisprudencia en materia penal que sirve al tema por razón de la característica de derecho sancionatorio que lleva aparejado el derecho disciplinario, conviene como apoyo a la determinación que asumirá la Sala y al efecto la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

"(...) "Con base en el principio de permanencia de la prueba, muy propio de sistemas mixtos con tendencia acusatoria, los criterios de conductencia y de pertinencia de la prueba se imponen desde el momento en que se decide abrir una investigación penal, pues de acuerdo con el artículo 331 del código de procedimiento penal, la instrucción tiene como finalidad recolectar no cualquier prueba, sino solo aquellas destinadas a establecer los precisos objetivos que allí se indican.

Ahora, allí se hace alusión a los objetivos generales de la investigación, pero de acuerdo a las delicadas decisiones que fiscales y jueces deben proferir y al grado de complejidad de las mismas, al proceso deben aportarse pruebas compatibles con los fines de la materia que se decide. Así, por ejemplo, cuando el artículo 393 de la ley 599 de 2000, hace referencia a que la investigación se cerrará cuando se haya reunido la prueba necesaria para calificar el sumario, está diciendo que el proceso debe contener las pruebas conducentes y pertinentes para probar la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del sancionado, si es que de acusar al sancionado se trata.

Esto último, por ejemplo, le impone un límite adicional al decreto y práctica de pruebas durante la investigación. En efecto, a ella deben aportarse las destinadas a probar la ocurrencia de un hecho desde una perspectiva fáctico normativa. Por lo mismo, es la descripción típica la que permite trazar los límites de conducencia y pertinencia, pues aun cuando los elementos constitutivos de una conducta punible pueden probarse a través de cualquier medio de prueba, no todos tienen la aptitud para demostrar lo que se pretende probar.

Así, son impertinentes los medios de prueba con los cuales se pretende aducir hechos que no se relacionan con el objeto del proceso penal, de modo que la pertinencia busca que se lleven al proceso hechos que tienen relación mediata o inmediata con el objeto de investigación, desde una perspectiva fundamentalmente fáctica.

En cambio, la conducencia es normativa, mientras que prueba superflua es la que sobra, la que está demás, la que no se necesita, la innecesaria, la reiterativa. A pesar de que el Tribunal no hizo alusión a este concepto, es de ver que las pruebas solicitadas lo que buscan es reiterar hechos ya acreditados en el proceso, de modo que por esa causa son innecesarias y por lo tanto improcedentes....”

Lo anterior significa que para determinar si procede el decreto de las pruebas propuestas por los sujetos procesales, el Operador debe analizar si estas cumplen los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad. La conducencia consiste en que el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho, la pertinencia, por su parte, se fundamenta en que el hecho a demostrar tenga relación con el litigio y la utilidad, a su turno, radica en que el hecho que se pretende demostrar con la prueba no esté suficientemente acreditado con otra.

Ahora bien, si alguno de los sujetos procesales no ejecuta en debida forma su labor de entregar los argumentos suficientes para demostrar los hechos que pretende evidenciar, ello no quiere decir que el funcionario de instrucción no pueda mediante la expedición de oficios, esclarecer cualquier circunstancia, hecho o incluso la individualización de un gestor fiscal. Es por ello que aunque el procedimiento de responsabilidad fiscal ostente la condición de reglado, no impide que se pueda reproducir una solicitud de una prueba que ya había sido decretada de oficio.

Aunque un proceso que se lleve por el trámite verbal, concebido para dar agilidad al procedimiento, ello no puede ser óbice para que se acceda a reiterar una prueba que se iteró habría sido decretada de oficio.

31

Y es que la prueba de oficio ha sido tratada como aquella herramienta procesal a la cual accede el instructor acceder para alcanzar la verdad en el proceso. En ese orden el decreto oficioso de las pruebas lo trata la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“El decreto oficioso de pruebas no es una mera liberalidad el juez, es un verdadero deber legal. De acuerdo a esta Corporación, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente: (i) cuando a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; (ii) cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o (iii) cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material; (iv) cuidándose, en todo caso, de no promover con ello la negligencia o mala fe de las partes.” (Sentencia SU-768 de 2014).

El aparte citado, nos permite concluir que en criterio de la Corte Constitucional, la prueba de oficio no resquebraja la imparcialidad del proceso y precisamente la primera instancia puede perfectamente considerar pertinente y conducente despejar una duda que traen los sujetos al proceso, mediante la prueba de oficio.

ii). La condición de Agente Retenedor.

La retención en la fuente es el mecanismo mediante el cual el Estado pretende recaudar gradualmente ciertos impuestos, en lo posible dentro del mismo ejercicio en el que se causan.

El artículo 367 del Estatuto Tributario señala: “Finalidad de la retención en la fuente.

La retención en la fuente tiene por objeto conseguir en forma gradual que el impuesto se recaude en lo posible dentro del mismo ejercicio gravable en que se cause.”

Y a su vez el Art. 368. Nos señala Quienes son agentes de retención.

“Son agentes de retención o de percepción, las entidades de derecho público, los fondos de inversión, los fondos de valores, los fondos de pensiones de jubilación e invalidez, los consorcios, las comunidades organizadas, las uniones temporales y las demás personas naturales o jurídicas, sucesiones ilíquidas y sociedades de hecho, que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente.

PAR 1. Radica en el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, la competencia para autorizar o designar a las personas o entidades que deberán actuar como autorretenedores y suspender la autorización cuando a su juicio no se garantice el pago de los valores autorretenidos.

PAR 2. Además de los agentes de retención enumerados en este artículo, el Gobierno podrá designar como tales a quienes efectúen el pago o abono en cuenta a nombre o por cuenta de un tercero o en su calidad de financiadores de la respectiva operación, aunque no intervengan directamente en la transacción que da lugar al impuesto objeto de la retención”.

Y respecto del deber u obligación es el Art. 375 la norma que señala a quien le asiste cumplirla.

“Efectuar la retención. Están obligados a efectuar la retención o percepción del tributo, los agentes de retención que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar dicha retención o percepción”.

Sobre la conducta que fue objeto de sanción en el caso que nos ocupa se indicó que consistió en errores en la presentación de la información, omisión que generó el pago a la autoridad tributaria de una sanción pecuniaria e intereses moratorios, y adicional a lo anterior, la sanción pudo haber comprometido en el presente caso, presupuesto de COLOMBIA MÓVIL y no precisamente aquellos que son objeto del recaudo como agente retenedor o de sus saldos a favor.

La irregularidad en la información puede consistir en cifras, o datos que por ley hubiera estado obligado a reportar el agente retenedor, por lo que se torna necesario conocer si en COLOMBIA MÓVIL, existía un servidor que tenía a su cargo el deber de materializar ante la DIAN la condición de agente retenedor, y si además existió un tercero intermediario para desarrollar esta actividad, en cuyo caso se deberá conocer igualmente con precisión las condiciones de esta intermediación. Así lo plantea la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en Sentencia del siete (7) de mayo de dos mil veinte (2020), Radicación Número: 85001-23-33-000-2015-00332-01(22958), **Demandado: MUNICIPIO DE PAZ DE ARIPORO**, cuando señala la operatividad de esta figura de la intermediación.

“En este caso no se observa que la demandante intervenga en nombre de otra persona jurídica ni natural, por el contrario, se observa que se trata de un contrato para el desarrollo de su actividad comercial principal que consiste en el transporte de oleoducto.



Así las cosas, no se establece que la actuación de la demandante tenga como finalidad que dos partes contraigan obligaciones contractuales por su conducto, lo cual sería la finalidad de la intermediación, como se evidencia claramente de las otras actividades enlistadas en la norma, las empresas de transporte y los mandatarios.

Adicionalmente, del recurso de apelación se desprende que el municipio le otorga a la demandante la calidad de intermediaria con el único fin de obtener por parte de su contratista SICIM un recaudo anticipado del impuesto de industria y comercio. No obstante, no puede interpretarse la norma municipal como intermediario en el recaudo, esto es entre el sujeto pasivo - contratista - y sujeto activo - municipio -, dado que la disposición consagra expresamente la intermediación entre operaciones económicas y no la intermediación entre obligaciones tributarias. La demandante nunca actuó como intermediaria en la actividad económica que se cuestiona y, por tanto, tampoco puede actuar como "puente" entre el municipio y su contratista, respecto del recaudo del impuesto. Es por lo anterior, que a una sociedad que actúa directamente como contratante no se le puede dar la categoría de intermediaria con el objetivo de que recaude anticipadamente el tributo, cuando aquella obligación tributaria no le corresponde según lo dispuesto por la norma municipal." Negrillas propias.

IV. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Este Despacho analiza el desarrollo de la audiencia de descargos, y observa que al momento de la intervención de uno de los apoderados en la etapa de los descargos, solicitó primigeniamente la vinculación un tercero civilmente responsable, a quien identificó como el servidor que ejercía el cargo de gerente de impuestos en COLOMBIA MÓVIL, por lo que el operador de la primera instancia previo a decidir la procedencia de esta solicitud consideró de manera oficiosa exhortar a la entidad COLOMBIA MÓVIL, para indagar respecto de la persona que ocupaba este cargo de gerente de Impuestos.

Así las cosas, la cuestión a resolver por este Despacho se centra en determinar lo siguiente: si debe volverse a practicar la prueba que había sido objeto del decreto de manera oficiosa pero reformulando el sentido de la pregunta, en tanto que lo que finalmente se requiere conocer es la identificación del servidor público que tenía a su cargo la operatividad y materialización del deber de agente retenedor. Esta petición de reiteración de la prueba por parte de la apoderada denota su inasistencia en la práctica de dicho elemento de convicción como primordial en tanto que lo relaciona con la posible individualización de un presunto gestor fiscal.

Para el caso que se examina en esta oportunidad, se advierte que el Despacho instructor del proceso otorgó dentro de la audiencia de descargos la oportunidad para que el presuntamente gestor fiscal y los demás apoderados solicitaran pruebas, e hicieran las solicitudes que consideraran pertinentes, situación que se cumplió fielmente y fue precisamente en atención a una de estas peticiones que se consideró decretar de oficio una solicitud de información, lo que le implicó al A quo seguramente considerar previamente su pertinencia y conducencia.

Y que es la prueba de oficio, como se ha expresado en párrafos precedentes, su finalidad es la de encontrar la verdad y esclarecer dudas determinantes para la decisión, dudas que para el caso que se analiza, deben ser resueltas en beneficio del proceso de responsabilidad fiscal, en tanto que identificar un presunto gestor fiscal siempre será un interés del funcionario instructor.

En este caso la prueba decretada y practicada de oficio requirió una información, pero no satisfizo la necesidad visualizada al momento de considerar su decreto, pues la entidad consultada se limitó a exponer en su respuesta que no existía el cargo de Gerente de Impuestos, obviando el sentido de la solicitud de información, cual era conocer el cargo y la identificación de la persona que tenía asignado para el momento de los hechos la función de remitir la información y el desembolso del dinero producto del recaudo de la retención en la fuente, por parte de COLOMBIA MÓVIL.

Por supuesto, que la respuesta no resultó suficiente para el propósito buscado con el decreto de oficio, en tanto que aún persiste la necesidad que advirtió el Operador de Primer Grado cuando consideró el decreto de oficio, en tanto que la utilidad, pertinencia y conducencia verificada al momento de su decreto, permanecen incólumes ahora que se pretende reiterar la misma petición reformulando los términos de la inicial y que corresponden ambas a lo que finalmente pretenden los apoderados, análisis que hace este operador de segunda instancia en pro del derecho de contradicción y defensa del presunto responsable fiscal, quien en este escenario es el recurrente a través de su apoderado.

Es por lo anterior que esta Superioridad, considera que los planteamientos esbozados en esta decisión son suficientes para acceder a la reiteración de la práctica de la prueba, por cuanto la solicitud requerida, ya había sido considerada por la primera instancia cuando accedió a su decreto oficioso, y por tanto desde ya se anuncia la revocatoria de la decisión objeto de alzada.

Sin mayores elucubraciones, y en mérito de lo expuesto, la Contralora Auxiliar de Auditoría Fiscal Educación en Funciones de Contralor General de Medellín, según Resolución 1238 del 14 de octubre de 2022.



13

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: REVOCAR la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción mediante la cual negó la práctica de la prueba consistente en requerir nuevamente a COLOMBIA MÓVIL para que indique la persona que tenía a su cargo la presentación de las declaraciones ante la autoridad tributaria, decisión que se emitió en el marco de la audiencia de descargos del proceso de responsabilidad fiscal con radicado 009 – 2019, celebrada el 13 de septiembre de 2022; con fundamento en la motivación expuesta en la parte considerativa de este proveído.

ARTICULO SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, se **ORDENA** a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de Medellín **proceder de conformidad con lo señalado en las consideraciones de la presente decisión**, esto es, decretar la práctica de la prueba reiterando la solicitud de la información a COLOMBIA MÓVIL en los términos solicitados por la apoderada recurrente.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR la presente providencia de acuerdo con el Artículo 106 de la Ley 1474 de 2011, advirtiéndose que contra la presente decisión **no procede recurso alguno**. De igual forma, **publíquese en la página web de la Entidad**.

ARTÍCULO CUARTO: Una vez en firme la providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, para lo de su competencia y el respectivo archivo del expediente.

NOTIFÍQUESE, REMÍTASE Y CÚMPLASE



MARY LUZ ARROYAVE LONDOÑO

Contralora Auxiliar de Auditoría Fiscal Educación en
Funciones de Contralor General de Medellín

Revisó y aprobó: Martín Alonso García Agudelo – Jefe Oficina Asesora de Jurídica

Proyectó: Beatriz Elena Colorado - Profesional Universitario