

DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL DE MEDELLÍN

AUTO N° 044 DE 2022

POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO DE CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N° 064 DE 2019

Medellín, diez (10) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Objeto decisión Despacho Contralor:	Resolver en grado de consulta
Decisión Consultada:	Auto 599 del 13 de octubre de 2022. Por medio del cual se ordena el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 064 de 2019.
Entidad Afectada:	Municipio de Medellín-Secretaría de Gestión y Control Territorial-identificado con NIT 890.905.211-1.
Hecho Investigado:	Incumplimiento en el pago compensado en dinero en obligaciones urbanísticas de cesión pública en suelos de zonas verdes, recreacionales y equipamiento y para la construcción de equipamiento en el Proyecto Urbanístico Arezzo.
Cuantía Total del Daño:	Seiscientos Noventa y Tres Millones Novecientos Ochenta y Dos Mil Doscientos Cincuenta y Cinco Pesos (\$693.982.255).
Presunto(s) Responsable(s):	Jorge Alberto Pérez Jaramillo, identificado con cédula 15.347.619, en calidad de Director Departamento de Planeación del Municipio de Medellín y Juan Manuel Patiño Marín, identificado con cédula de ciudadanía 98.492.944, en calidad de Subdirector de Planeación Territorial y Estratégica de Ciudad.
Temas y Subtemas:	El daño patrimonial al Estado se materializa cuando ha prescrito la posibilidad de resarcir el erario por medio del correspondiente proceso administrativo de cobro coactivo.
Decisión en grado de Consulta:	Confirma
Garante:	Solidaria de Colombia S.A., con NIT 860.524.654-6.

I. OBJETO A DECIDIR

El Contralor General de Medellín, en virtud de las facultades establecidas en las Leyes 610 de 2000, 1437 de 2011, 1474 de 2011, artículo 267 y 268 de la Constitución Política, los Acuerdos municipales 087 y 088 de 2018 y la Resolución 150 de 2021

expedidas por la Contraloría General de Medellín, procede a conocer en Grado de Consulta respecto a la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante Auto 599 del 13 de octubre de 2022, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 064 de 2019.

II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS FÁCTICOS

2.1. HECHO INVESTIGADO

La génesis del averiguatorio fiscal se soporta en el traslado realizado por la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal Municipio 3¹ mediante memorando 1103-201900005493 del 28 de junio de 2019 en el cual se informa² que dentro de la Auditoría Especial Planes Parciales y Licencias Urbanísticas vigencia de 2015-2017, se especifica como hecho constitutivo del hallazgo, que en el Proyecto Urbanístico AREZZO, se evidenció el incumplimiento de la obligación por concepto de suelo a ceder para zonas verdes recreacionales y para la construcción de equipamientos con pago de dinero.

Como sustento fáctico se esgrime por parte del equipo auditor que en visita del Departamento Administrativo de Planeación en agosto de 2013, se encontró una construcción diferente a lo aprobado mediante Resolución C4-4522 de 2011, evidenciando mayor área construida en cada uno de los pisos; un semisótano adicional (no contemplado en planos) y 18 destinaciones de vivienda, superando las nueve (9) contempladas en la licencia para el proyecto.

De conformidad con el examen realizado, se encuentra que Invernorte S.A.S no cumplió con la obligación por concepto de suelo a ceder para zonas verdes recreacionales y para la construcción de equipamientos con pago en dinero, para el proyecto urbanístico y constructivo de forma simultánea, sin proceso de construcción por etapas, precisando que en la documentación revisada, la Secretaría de Gestión y Control Territorial no dispuso el acta de recibo de obra, ni las actas de recibo de las áreas constitutivas del espacio público.

Por lo tanto, consideró el equipo auditor, que se presenta un presunto detrimento patrimonial tasado en Seiscientos Noventa y Tres Mil Novecientos Ochenta y Dos Mil Doscientos Cincuenta y Cinco Pesos (\$693.982.255), según reporte de liquidación de obligaciones en dinero GTOU 2344-18 del 4 de julio de 2018, al infringirse el principio

¹ Folios 2 al 6 y su correspondiente CD Folio 40

² Folios 3 y 4

de la gestión fiscal de eficiencia prescrito en el artículo 8° de la Ley 42 de 1993 entre otros.

Se aduce que la causa de lo anterior, es no ejercer la vigilancia y control de manera oportuna y apremiante, durante la ejecución de las obras por parte de la administración municipal, con el fin de asegurar el cumplimiento de las licencias urbanísticas y de las normas contenidas en el Plan de Ordenamiento Territorial.

El efecto adverso, según se expone en el hallazgo, es que la Subsecretaría de Control Urbanístico o quien ejercía su competencia funcional al momento de la ocurrencia de los hechos, no procuró garantizar el cumplimiento o compensación de las obligaciones urbanísticas prescritas en las Resoluciones C4-4233-13 y C4 -4522-11.

2.2. PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

Como presuntos responsables fiscales, se determinó en el Auto 497 del 29 de septiembre de 2021 que Aperturó el Proceso de Responsabilidad Fiscal³ a los señores Jorge Alberto Pérez Jaramillo, identificado con cédula de ciudadanía 15.347.619, en calidad de Director Departamento de Planeación del Municipio de Medellín y Juan Manuel Patiño Marín, identificado con cédula de ciudadanía 98.492.944, en calidad de Subdirector de Planeación Municipal.

2.3. LA ENTIDAD ESTATAL PRESUNTAMENTE AFECTADA

Como entidad afectada se identificó al Municipio de Medellín Secretaría de Gestión y Control Territorial, identificado con NIT 890.905.211-1.

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

El presunto daño patrimonial objeto de investigación se estableció por un valor de Seiscientos Noventa y Tres Millones Novecientos Ochenta y Dos Mil Doscientos Cincuenta y cinco pesos (\$693.982.255).

³ Folio 71 al 80 vuelto

2.5. COMPAÑÍA GARANTE VINCULADA – TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE.

En el presente proceso, se vinculó a la compañía de Seguros Solidaria de Colombia S.A., identificada con el NIT 860.524.654-6.

2.6. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE EN PRIMERA INSTANCIA

- El 28 de junio de 2019 se remite por parte de la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal Municipio 3, el hallazgo con connotación fiscal que fue objeto de pesquisa en el presente averiguatorio, con su correspondiente soporte (CD)⁴.
- Por Auto 898 del 10 de diciembre de 2019, se ordena una indagación preliminar (Folios 41 al 44).
- Por Auto 497 del 29 de septiembre de 2021, se apertura el proceso de responsabilidad fiscal 064 de 2019 (Folios 71 al 80 vuelto).
- Por Auto 283 del 5 de julio de 2022 (Folios 113 al 115) se vincula a la Compañía de Seguros Aseguradora Solidaria de Colombia, en calidad de tercero civilmente responsable.
- Por Auto 599 del 13 de octubre de 2022, se ordena el archivo del proceso por ausencia de certeza del presunto daño patrimonial.
- Mediante Memorando 202200009994 del 25 de octubre de 2022, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, envía el proceso al Despacho del Contralor General de Medellín para que se surta el grado de consulta, el cual se recibe el mismo día señalado según constancia secretarial. Folios 236 y 237.

III. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

Mediante el proveído de consulta, el Operador de Instancia, trae a colación, la competencia para rituar el averiguatorio fiscal, los antecedentes y las actuaciones procesales obrantes en autos.

⁴ CD Folio 40

Como supuestos fácticos, enfatiza que el introductorio fiscal se sustenta en el hallazgo con incidencia fiscal, que al efecto remitió la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal Municipio 3, en la que se esbozó que en el Proyecto Urbanístico Arezzo, no se evidenció el cumplimiento de las obligaciones urbanísticas de áreas para zonas verdes y equipamientos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 63 del Decreto 1469 de 2010.

Como fundamentos constitucionales que habilitan el ejercicio de la prosecución de un proceso de responsabilidad fiscal, cita los artículos 119, 267, 268 del Estatuto Superior, las Leyes 42 de 1993, 610 de 2000 y 1474 de 2011.

Expone que de acuerdo a lo observado por el equipo auditor, el hallazgo fiscal se cimienta en el hecho en que en el proyecto urbanístico Arezzo, la empresa Invernorte no cumplió con la obligación por concepto de suelo a ceder para zonas verdes recreacionales y equipamiento y, que el monto del mismo se tasó en la suma de Seiscientos Noventa y Tres Millones Novecientos Ochenta y Dos Mil Doscientos Cincuenta y Cinco Pesos (\$ 693.982.255), según el reporte de liquidación de obligaciones urbanísticas en dinero que se consigna en formato GTOU N° 2344-18 del 4 de julio de 2018⁵.

Se arguye, por otra parte, en el proveído objeto de consulta, que de acuerdo al material probatorio que milita en el compendio, permiten llegar al convencimiento, que el presunto daño patrimonial cuantificado por el equipo auditor, no existió, pues en la prosecución de la pesquisa fiscal, se logró desvirtuar el hallazgo fiscal, en virtud de la información suministrada por el sujeto de control.

Aserción anterior, que la sustenta en el hecho en que obra en la causa fiscal, autos de archivo 048 del 31 de enero de 2018 y 499 del 2 de septiembre de 2019, proferidas por la Subsecretaría de Control Urbanístico, con ocasión del cobro de las obligaciones urbanísticas objeto de reproche fiscal⁶.

Aduce que, de manera posterior a tales autos de archivo, mediante Resolución 201950121475 del 19 de diciembre de 2019, proferida por la Subsecretaría de Gestión y Control Territorial del Municipio de Medellín, se determina el monto total de las obligaciones urbanísticas a compensar en dinero, pendientes por cumplir a favor del tesoro público, a cargo de la Sociedad Constructora Invernorte S.A.S., por la licencia urbanística otorgada por la Curaduría Cuarta de Medellín C4-4522-11 del 11 de diciembre de 2011⁷, en la cual se determina el monto a compensar en dinero, así:

⁵ Folio 151

⁶ Folio 177 vuelto y 178 vueltos.

⁷ Folios 179 y 180.

ÍTEM	Suelo zonas verdes, recreacionales y equipamientos Resol. Acuerdo 46	Equipamiento Básico	Equipamiento otros usos
M2 en sitio	170,35	9,00	0,00
Valor M2 en Sitio	\$1892.574	\$1.446.501	0
Incremento 15%	\$0	N/A	N/A
SUBTOTAL	\$322.399.981	\$13.018.511	\$0
VALOR OBLIGACIONES URBANÍSTICAS	\$335.418.492		

Esta resolución, fue remitida de acuerdo a documento obrante en el cartulario fiscal⁸, para el respectivo cobro coactivo, el cual incluye la siguiente información:

LICENCIA	CC/NIT	TITULAR	RL.	Aviso SAP	Folios
C4-45522 -11	900296839	CONSTRUCTORA INVERNORTE	201950121475	1000769154	34

Por otra parte, se precisa por parte del a quo en la providencia objeto de consulta, que obra en el paginario fiscal oficio proferido por el Líder de Proyectos de la Unidad de Cobro Coactivo de la Secretaría de Hacienda, en donde se informa⁹, que con base en la Resolución 201950121475 del 19 de diciembre de 2019, expedida por la Subsecretaría de Control Urbanístico, se dio inicio por parte de la Unidad de Cobro Coactivo de la Subsecretaría de Tesorería, del Cobro Coactivo, librándose el correspondiente mandamiento de pago el día 21 de julio de 2020, por la suma de Trescientos Treinta y Cinco Millones Cuatrocientos Dieciocho Mil Cuatrocientos Noventa y Dos Pesos (\$335.418.492) por concepto de obligaciones urbanísticas, por la Licencia de Construcción C4-4522-11 para el proyecto urbanístico Arezzo.

Por lo que, se argumenta en la providencia objeto de consulta, que en el caso en concreto, resulta claro que la Secretaria de Hacienda-Subsecretaría de Tesorería si constituyó un título ejecutivo, con el cual se adelanta el correspondiente cobro coactivo.

De acuerdo al oficio, arguye el Operador Fiscal, que en la actualidad no ha prescrito la obligación de cobro coactivo al tenor de lo establecido en el artículo 817 del Estatuto Tributario Nacional, pues el mandamiento de pago data del 21 de julio de 2020 y

⁸ Folio 186

⁹ Folios al 220

teniendo como fecha el término de ejecutoria del mismo el 01 de octubre de 2020, la prescripción de cobro coactivo, prescribiría el 1° de octubre de 2025, sin perjuicio de los términos de suspensión que al efecto se haya adoptado por el Municipio de Medellín, por la contingencia de salud del Covid 19, aunado además, en que el proceso de cobro coactivo se encuentra suspendido, desde el 28 de julio de 2021 acuerdo a lo consignado en el oficio emitido por el Líder de Proyectos de la Unidad de Cobro Coactivo¹⁰, en virtud de lo establecido en el artículo 818 del Estatuto Tributario.

Con soporte en lo antes expuesto, se concluye en la providencia objeto de consulta que, en el hecho de reproche fiscal, no se reúnen los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y, por ende, se estructura la causal de archivo consistente en que el hecho no es constitutivo de detrimento patrimonial prevista en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

4.1. 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, el Despacho goza de competencia para revisar la decisión del a quo y tomar las decisiones que en derecho corresponda.

4.2. EL GRADO DE CONSULTA

Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por

¹⁰ Folio 219 vuelto

un apoderado de oficio. Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador (Artículo 18 Ley 610 de 2000).

Respecto al grado de consulta, ha expresado la Corte:

“(...) no es un medio de impugnación sino una institución procesal en virtud de la cual el superior jerárquico del juez que ha dictado una providencia, en ejercicio de la competencia funcional de que está dotado, se encuentra habilitado para revisar o examinar oficiosamente, esto es, sin que medie petición o instancia de parte, la decisión adoptada en primera instancia, y de este modo corregir o enmendar los errores jurídicos de que ésta adolezca, con miras a lograr la certeza jurídica y el juzgamiento justo, lo cual significa que la competencia funcional superior que conoce la consulta es automática, porque no requiere para que pueda conocer de la revisión del asunto de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida.”¹¹.

En virtud de lo dispuesto por el precitado Artículo, la decisión en grado de consulta, goza de un amplio margen de acción, como en efecto lo ha señalado la Corte Constitucional en Sentencia C-583/97, cuando disciplinó:

“Cuando el superior conoce en grado de consulta de una decisión determinada, está facultado para examinar en forma íntegra el fallo del inferior, tanto por aspectos de hecho como de derecho y, al no estar sujeto a observar la prohibición contenida en el artículo 31 de la Carta, bien puede el juez de segunda instancia modificar la decisión consultada a favor o en contra del procesado, sin violar por ello norma constitucional alguna. La autorización que se otorga en el precepto demandado al superior para que al decidir la consulta se pronuncie “sin limitación” alguna sobre la providencia dictada por el inferior, no lesiona la ley Suprema, pues de su propia esencia se deriva la capacidad del funcionario de segunda instancia para revisar íntegramente la providencia consultada con el único objetivo de corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia. De esta manera se busca evitar que se profieran decisiones violatorias no sólo de derechos fundamentales sino de cualquier otro precepto constitucional o legal, en detrimento del procesado o de la sociedad misma como sujeto perjudicado con el delito. El propósito de la consulta es lograr que se dicten decisiones justas y la justicia es fin esencial del Estado...” (rft).

En Sentencia T-587 de 2002, sostuvo el juez colegiado constitucional:

“La consulta no se debe entender como un recurso en estricto sentido, porque de ella no pueden hacer uso de manera directa los sujetos procesales, sino es un mecanismo jurídico obligatorio para el funcionario de conocimiento, quien debe someter a consideración de su superior inmediato ciertas decisiones señaladas de manera taxativa por el legislador para que

¹¹ Sentencia C – 968 / 2003 – Sentencia C – 153 de 1995.

el superior, confirme o modifique lo ya decidido, en desarrollo del principio de legalidad que garantiza la revisión de oficio en determinados casos considerados de especial interés frente a la protección de los derechos fundamentales del procesado y la importancia de una pronta y eficaz administración de justicia. De otra parte, si el funcionario competente omite el trámite de la consulta en los casos previstos por la ley los sujetos procesales pueden exigir su cumplimiento. El superior al pronunciarse acerca del asunto sometido al grado jurisdiccional de consulta, no tiene límites en su pronunciamiento”.

Conforme a lo anterior, procede el Despacho a examinar la decisión proferida por la primera instancia y precitada en autos, a fin de establecer si están acreditados o no los elementos fácticos, jurídicos y probatorios, de manera que su análisis nos permita confirmar o no la decisión de la Primera Instancia.

Previo a decidir, habrá de tener en cuenta esta Instancia; que el proceso de responsabilidad fiscal, se adelanta con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen en forma dolosa o gravemente culposa un daño patrimonial al Estado, conforme lo ha dispuesto el Artículo 1 de la Ley 610 de 2000 y la Corte Constitucional en Sentencia C - 619/02.

El objeto de la Responsabilidad Fiscal, entonces, es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público por quienes realizan gestión fiscal, y conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza, que un determinado servidor público o particular debe cargar o no con las consecuencias que se derivan de sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal, lo que conduce a determinar, si el investigado fiscal está obligado a reparar el daño causado al patrimonio público de una entidad determinada que arbitre recursos públicos, conforme a las previsiones de la Corte Constitucional¹² y la ley¹³.

Así, los elementos que se exigen para poder responsabilizar fiscalmente son:

- La conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.
- Un daño patrimonial al Estado.
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

De estos tres elementos estructurales, el más importante, es el daño patrimonial al Estado, pues a partir de éste, se inicia la responsabilidad fiscal, es decir, **si no hay daño no puede existir responsabilidad fiscal**. El daño fiscal, está previsto el Artículo

¹² Sentencia SU 620 de 1996

¹³ Ley 610 de 2000

6° de la Ley 610 de 2000, como: *"la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado..."*.

4.3. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con las explicaciones argüidas por el Operador Jurídico de la Primera Instancia para encontrar como procedente la providencia que ordenó el archivo del proceso de responsabilidad fiscal objeto de consulta, en razón a que el hecho no es constitutivo de detrimento patrimonial, pues el mismo no se materializó, es necesario determinar, como problema jurídico lo siguiente: **(i)** las cesiones urbanísticas obligatorias de acuerdo a nuestro marco jurídico; **(ii)** la cuantía del hallazgo fiscal de acuerdo a la prueba obrante en el proceso de responsabilidad fiscal; **(iii)** la no materialización del daño al patrimonio público, en razón a que se adelanta una actuación de cobro coactivo por parte del sujeto de control. Una vez analizado lo anterior, se verificará de acuerdo al acervo probatorio, si en autos no se generó un detrimento patrimonial.

En caso contrario, se revocará o modificará la decisión consultada, según corresponda.

(i) Las cesiones urbanísticas obligatorias de acuerdo a nuestro marco jurídico:

El artículo 5° de la Ley 9 de 1989¹⁴, define el espacio público como *"Conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses, individuales de los habitantes"* adicionando en su inciso segundo, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, y plazas entre otros.

Por su parte, el artículo 37 de la Ley 388 de 1997¹⁵, establece *el espacio público en actuaciones urbanísticas, al disponer:*

"Espacio público en actuaciones urbanísticas. Las reglamentaciones distritales o municipales determinarán, para las diferentes actuaciones urbanísticas, las cesiones gratuitas que los propietarios de inmuebles deben hacer con destino a vías locales, equipamientos colectivos y espacio público en general, y señalarán el

¹⁴ Por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones

¹⁵ Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989 y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones

régimen de permisos y licencias a que se deben someter así como las sanciones aplicables a los infractores a fin de garantizar el cumplimiento de estas obligaciones, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo XI de esta ley.”

Desde una perspectiva general, la Corte Constitucional¹⁶ ha precisado sobre las cesiones urbanísticas, como las que corresponden a las transferencias de terreno que a título gratuito efectúan los urbanizadores como contraprestación de los beneficios de la actividad urbanística, las cuales comprenden áreas de uso público, como vías, parques, zonas verdes entre otros, toda vez que se trata de una enajenación voluntaria que el Estado puede requerir dentro de su facultad para dictar normas en materia de planificación urbana.

Las cesiones urbanísticas, precisa el Despacho, es una figura que propende por la ordenación territorial y urbanística de una determinada entidad territorial y que deben realizar las diferentes personas naturales o jurídicas promotoras de actuaciones urbanísticas, es decir, que constituyen una contraprestación de los propietarios de inmuebles, por la plusvalía que se genera en favor de estos.

La Corte Constitucional, así lo ha enseñado, al disciplinar¹⁷:

“(…) Las cesiones gratuitas constituyen una contraprestación de los propietarios de inmuebles por la plusvalía que genera las diferentes actuaciones urbanísticas de los municipios

Dichas cesiones no son propiamente tributos ni rentas de otro orden; se trata de bienes que se incorporan al patrimonio público municipal, en ocasión de la actividad urbanística y que indudablemente contribuyen a la integración del espacio público. Es una norma destinada a regular, con fundamento en el artículo 82 de la Constitución, la integridad del espacio público y de los bienes colectivos de uso común.

Por lo demás, dichas cesiones gratuitas, con ocasión de la actividad urbanística, comportan una carga a los propietarios que se enmarca dentro de la función social de la propiedad y su inherente función ecológica, que requiere regulación legal en los términos del artículo 58 de la Constitución”.

Por su parte, la Jurisprudencia Contenciosa Administrativa, también se ha pronunciado en disímiles oportunidades, sobre el tópico de las cesiones urbanísticas, al indicar entre otras¹⁸:

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-575 de 2011.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C 495 de 1998.

¹⁸ Consejo de Estado, Sentencia del 22 de octubre de 2020, Radicado 05001-2331-000-2002-02031-01

“Las cesiones urbanísticas son concebidas como la contraprestación que reciben las entidades territoriales a cargo de los propietarios por la plusvalía que generan las diferentes actuaciones urbanísticas y que, dada su naturaleza, están llamadas a integrar el patrimonio del municipio, quien puede darle el destino a vías equipamientos colectivo, espacio público vías y en general «[...] todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan por consiguiente zonas para el uso o el disfrute colectivo». (iii) Las cesiones urbanísticas encuentran su justificación en diversos preceptos que integran la Carta Política de 1991, como el mandato constitucional que reivindica la función social y ecológica de la propiedad (artículo 58 del Estatuto Superior), el que reconoce la intervención del Estado en la economía con el fin de lograr el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación del ambiente sano (artículo 334 ejusdem), y la facultad otorgada a las entidades públicas para participar en la plusvalía que genere su acción urbanística y para regular la utilización del uso del suelo en defensa del interés común (artículo 82 ibídem). (iv) Como tales, son bienes que entran a formar parte del patrimonio del Estado, con ocasión de la actividad urbanística y que contribuyen a la integración del espacio público y de los bienes colectivos de uso común. (v) Esta figura tiene como propósito la ordenación del territorio y el crecimiento armónico de las ciudades. En definitiva, se trata de «[...] las porciones de terreno que tienen la obligación de ceder los promotores de las actuaciones urbanísticas» que tiene como propósito permitir la compensación a la colectividad por el desarrollo de diferentes proyectos urbanísticos de carácter particular, por haber generado un impacto urbanístico y ambiental en el proceso de urbanización. Las cesiones así entendidas concretizan el reparto equitativo de las cargas y beneficios, de esta manera, unas cesiones beneficiarán de manera directa a la comunidad (cargas locales), mientras que otras, favorecerán a la ciudad o al municipio (cargas generales). (vi) Las cesiones urbanísticas no equivalen a una expropiación sin indemnización, dado que constituyen una contraprestación a favor del Estado con cargo a los propietarios de los predios con fines urbanísticos y que puede exigir el Estado en virtud de la facultad que deparó el constituyente de 1991, para dictar normas para participar en la plusvalía que genere su acción urbanística y regular la utilización del uso del suelo en defensa del interés común (artículo 82 del Estatuto Superior). (vii) Finalmente, las cesiones urbanísticas deben ser impuestas a los propietarios que pretendan obtener la licencia de urbanización, por lo se entiende que aquella persona que no urbaniza no puede asumir dicha carga, pues en este último evento se correría el grave riesgo de afectar el núcleo esencial del derecho de propiedad reconocido en el artículo 58 de la Constitución Política.”

Es decir, retomando el anterior criterio jurisprudencial citado, que las cesiones urbanísticas gratuitas, son una contraprestación que obliga a los propietarios de los terrenos, que deviene como una consecuencia de los beneficios de la solicitud de licencia o permiso para urbanizar, los cuales encuentran un claro sustento constitucional en la función social urbanística, constituyéndose las mismas, como una

clara medida de intervención del Estado, con el fin de lograr el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes.

Ahora bien, acota el Despacho que, si bien las cesiones urbanísticas son gratuitas, pues es una obligación que deben soportar los diferentes titulares de licencia o de permiso para urbanizar, nada obsta para que las diferentes entidades territoriales, como es el caso del sujeto de control en autos, puedan compensar las mismas en dinero, pues existe norma habilitante que lo permite.

El artículo séptimo (7°) de la Ley 9 de 1989, modificado por el artículo 40 de la Ley 2079 de 2021¹⁹, prescribe:

“Los Concejos Municipales y Distritales podrán, de acuerdo con sus competencias, crear entidades responsables de administrar, defender, desarrollar, mantener y apoyar financieramente el espacio público, el patrimonio inmobiliario y las áreas de cesión.

(...)

Cuando las áreas de cesión para las zonas verdes y servicios comunales sean inferiores a las mínimas exigidas por las normas urbanísticas, o cuando su ubicación sea inconveniente para la ciudad, se podrá compensar la obligación de cesión, en dinero o en otros inmuebles, en los términos que reglamenten los concejos municipales. Si la compensación es en dinero, se deberá asignar su valor a los mismos fines en lugares apropiados según lo determine el plan de ordenamiento territorial o los instrumentos que lo desarrollen o complementen. Si la compensación se satisface mediante otro inmueble, también deberá estar ubicado en un lugar apropiado según lo determine el mismo plan.” (Lo resaltado es del Despacho)

Es decir, que es posible que las cesiones urbanísticas se compensen en dinero o en otros bienes inmuebles, cuando estas áreas acceder para las zonas verdes y servicios comunales, sean inferiores a las mínimas exigidas por las normas urbanísticas o cuando su ubicación, sea inconveniente para la ciudad, con la condición que tal habilitación es permitida, según sea determinado por los respectivos concejos municipales.

Tal posibilidad de compensar en dinero o con otros bienes inmuebles, cuando se presente las condiciones anteriores, también fue establecida en el artículo 2.2.6.1.4.5 del Decreto 1077 de 2015²⁰

¹⁹ Por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones.

²⁰ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio

“ARTÍCULO 2.2.6.1.4.5 Determinación de las áreas de cesión. Sin perjuicio de las normas nacionales que regulan la materia, los Planes de Ordenamiento Territorial o los instrumentos que lo desarrollen o complementen determinarán las especificaciones para la conformación y dotación de las cesiones gratuitas destinadas a vías, equipamientos colectivos y espacio público en general. Cuando las zonas de cesión presenten áreas inferiores a las mínimas exigidas, o cuando su ubicación sea inconveniente para el municipio o distrito, se podrán compensar en dinero o en otros inmuebles, en los términos que reglamente el Concejo municipal o distrital. Estas previsiones se consignarán en las respectivas licencias de urbanización o parcelación.

Si la compensación es en dinero, se destinará su valor para la adquisición de los predios requeridos para la conformación del sistema de espacio público, y si es en inmuebles, los mismos deberán estar destinados a la provisión de espacio público en los lugares apropiados, según lo determine el Plan de Ordenamiento Territorial o los instrumentos que lo desarrollen o complementen.

En todo caso, por lo menos el cincuenta por ciento (50%) de las zonas de cesión con destino a parques, zonas verdes o equipamientos se distribuirán espacialmente en un sólo globo de terreno y cumplirán con las siguientes características:

- 1. Garantizar el acceso a las cesiones públicas para parques y equipamientos desde una vía pública vehicular.*
- 2. Proyectar las zonas de cesión en forma continua hacia el espacio público sin interrupción por áreas privadas.*
- 3. No localizar las cesiones en predios inundables ni en zonas de alto riesgo”.*

Así entonces, se deberá verificar que reglamentación expidió el Concejo de Medellín, con relación a la posibilidad de compensar en dinero, dicha cesiones urbanísticas.

En efecto, mediante Acuerdo Municipal 046 de 2006²¹, esa honorable corporación, estableció en el artículo 327, la posibilidad de compensar en dinero las cesiones urbanísticas obligatorias, al preceptuar en su numeral 2°:

“EN DINERO.

Cuando en el inmueble a desarrollar, no existan áreas que estén incluidas en el plano en donde se señalan los espacios públicos prioritarios para cumplir con la obligación de cesión, la compensación de la obligación se hará en dinero y la destinación de estos recursos se realizará de acuerdo con lo establecido en el artículo “Destinación de los dineros producto de compensación de obligaciones de cesión”.

²¹ Plan de Ordenamiento Territorial

Posteriormente, mediante Acuerdo Municipal 018 de 2014²², se establece la definición de las cesiones urbanísticas y la posibilidad de su compensación en dinero, al ordenarse en su artículo 514:

“Cesiones Urbanísticas.

Son obligaciones que se constituyen en una contraprestación que el propietario, urbanizador o constructor, efectúa en favor de la administración municipal, en cumplimiento de la función social de la propiedad, por la autorización que recibe de éste para urbanizar, parcelar y/o construir su inmueble.

*Buscan cumplir el mandato constitucional de lograr el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de cargas y beneficios, la preservación de un ambiente sano y la concreción de los derechos colectivos al espacio público y el patrimonio. Las cesiones urbanísticas podrán ser en **suelo o en dinero**, de acuerdo con lo establecido en el Título III del componente urbano, correspondiente a los aprovechamientos y obligaciones urbanas y rurales” (Lo resaltado es del Despacho).*

Por todo lo anterior, se concluye por esta superioridad, que la compensación en dinero de las áreas a ceder por concepto de zonas verdes y de equipamiento, era posible, toda vez que existe habilitación legal para haberla realizado el sujeto de control.

(ii) La cuantía del hallazgo fiscal de acuerdo a la prueba obrante en el proceso de responsabilidad fiscal:

La pesquisa fiscal en autos, se cimentó en que de acuerdo al hallazgo fiscal enrostrado por el equipo auditor, el presunto detrimento patrimonial consistió en que:²³ *“De conformidad con el examen realizado, se encuentra que Invernorte S.A.S no cumplió con la obligación por concepto de suelo a ceder para zonas verdes, recreacionales y de equipamiento con pago en dinero, para el proyecto urbanístico (...) por tanto se asienta un hallazgo administrativo con incidencia fiscal y disciplinaria tasado en \$693.982.255, según soporte de liquidación de obligaciones urbanísticas en dinero **GTOU N° 2344-18 del 4 de julio de 2018**”* (Lo resaltado es del Despacho).

No obstante el anterior valor aducido en el hallazgo fiscal por parte del equipo auditor, el Despacho pudo comprobar de acuerdo a la documentación obrante en el plenario, que su real estimación es por una suma menor, esto es, de Trescientos Treinta y Cinco Millones Cuatrocientos Dieciocho Mil Cuatrocientos Noventa y Dos Pesos (\$335.418.492). Aserto del Despacho que se cimienta en lo siguiente:

²² Por medio del cual se adopta la revisión y ajuste de largo plazo del Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Medellín y se dictan otras disposiciones.

²³ Folio 3 y 4, “Descripción de los Hechos”.

Efectivamente, obra en la foliatura²⁴ la liquidación de obligaciones urbanísticas del 4 de julio de 2018, expedido por la Secretaría de Gestión y Control Territorial-Subsecretaría de Control Urbanístico- por valor de Seiscientos Noventa y Tres Millones Novecientos Ochenta y Dos Mil Doscientos Cincuenta y Cinco Pesos (\$693.982.255) por las Licencias C4-4233-13 y C4 4522-11.

Sin embargo, es de anotar que por Auto 048 del 31 de enero de 2018²⁵, expedido por la Subsecretaría de Control Urbanístico del Municipio de Medellín, ya se había ordenado el archivo de las actuaciones administrativas tendientes al cobro de las obligaciones urbanísticas respectivas, por la potísima razón que el proyecto aprobado en la Licencia de Construcción C4-4522 del 7 de diciembre de 2013, fue modificada por la Licencia C4-4213-13 del 2 de diciembre de 2013.

Igualmente obra en la foliatura fiscal, el Auto de archivo 499 del 2 de septiembre de 2019²⁶, proferido por la Subsecretaría de Control Urbanístico, en el cual se consigna que Mediante Resolución 030 del 7 de febrero de 2014²⁷, el Departamento Administrativo de Planeación, **REVOCÓ**, en desarrollo de sus potestades legales²⁸ la Licencia C4-4233 del 2 de diciembre de 2013, por lo que las obligaciones urbanísticas a compensar en la causa fiscal serían las establecidas en la **Licencia C4- 4522-11**.

Así las cosas, el suelo a compensar como obligaciones urbanísticas para zonas verdes, recreacionales y equipamiento básico debía ser el que establecía la Licencia C4-4522 de 2011. Revisada la Licencia C4- 4522-11 obrante en la pesquisa fiscal²⁹ se pudo comprobar que la misma establecía como obligación urbanística lo siguiente:

- **Obligaciones urbanísticas:** Zonas verdes, recreacionales y equipamientos: **170.35 M2**. Construcción de equipamientos **9, 00 M2**.

Se pudo verificar en el cartulario fiscal que mediante Resolución 201950121475 del 19 de diciembre de 2019³⁰, *"Por medio de la cual, se realiza la liquidación para la compensación en dinero de las obligaciones urbanísticas por concepto de Cesión de suelo para zonas verdes, recreacionales y equipamiento y de construcción de equipamiento"* expedida por La Subsecretaría de Control Urbanístico, se compensó en dinero, **precisamente**, el metraje que se establecía como obligación urbanística en la

²⁴ Folio 151

²⁵ Folio 177 y vuelto

²⁶ Folio 178 vuelto

²⁷ Folio 187ª 194 vuelto

²⁸ Artículos 42 y siguientes Decreto 1469 de 2010

²⁹ Folios 195 al 196

³⁰ Folio 179 al 180 vuelto

Licencia C4-42522-11, al consignarse en el acto administrativo reseñado, que el Despacho resalta en negrilla, lo siguiente:

ÍTEM	Suelo zonas verdes, recreacionales y equipamientos Resol. Acuerdo 46	Equipamiento Básico	Equipamiento otros usos
M2 en sitio	170,35	9,00	0,00
Valor M2 en Sitio	\$1892.574	\$1.446.501	0
Incremento 15%	\$0	N/A	N/A
SUBTOTAL	\$322.399.981	\$13.018.511	\$0
VALOR OBLIGACIONES URBANÍSTICAS	\$335.418.492		

Por ende, se concluye que el presunto hallazgo fiscal en autos, es por la suma de Trescientos Treinta y Cinco Millones Cuatrocientos Dieciocho Mil Cuatrocientos Noventa y Dos Pesos (\$335.418.492).

iii) La no materialización del daño al patrimonio público, en razón a que se adelanta una actuación de cobro coactivo por parte del sujeto de control.

Quedó precisado por parte del Despacho, las características de la figura de las cesiones urbanísticas y su posibilidad, previa habilitación que al efecto realicen los respectivos concejos municipales de compensarlas en dinero, e igualmente, el valor del presunto detrimento patrimonial.

Así entonces, de acuerdo al acervo probatorio que obra en el compendio, se deberá comprobar, si efectivamente, no se materializó el daño al patrimonio público y por ende, no existe certeza del mismo, como así lo disciplinó el a quo en la providencia objeto de consulta.

Se observa en el plenario que mediante oficio del 7 de septiembre de 2022³¹ el Operador Fiscal de Instancia, solicita al señor Secretario de Hacienda Municipal, se remita información para que obre en el Proceso de Responsabilidad Fiscal con relación al proyecto AREZZO, del cual, según Resolución Número 20195012475 del 19 de diciembre de 2019, se liquidó las correspondientes obligaciones urbanísticas.

³¹ Folio 216 y vuelto

Solicitud anterior que fue respondida mediante oficio del 15 de septiembre de 2022³², por el Líder de Cobro Coactivo de la Subsecretaría de Tesorería del Distrito de Medellín, en la cual informa:

“Se informa que con fundamento en la Resolución 201950121475 del 19 de diciembre de 2019, expedida por la Subsecretaría de Control Urbanístico de la Secretaría de Gestión y Control Territorial del Distrito de Medellín, la cual quedó debidamente ejecutoriada, la Unidad de Cobro Coactivo de la Subsecretaría de Tesorería, inició proceso administrativo de cobro identificado con radicado 1000769154, librando mandamiento de pago, en contra de Constructora Invernorte S.A.S por la suma de TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS DIECIOCHO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA PESOS (\$ 335.418.492) por concepto de obligaciones urbanísticas, correspondiente a las zonas verdes, recreacionales y construcción de equipamientos, más la indexación a que hubiere lugar desde el momento en que se hizo exigible la obligación, hasta que se verifique el pago de la suma adeudada más las costas y gastos originado en la Licencia C4-4522-11 de 2011 para el proyecto urbanístico AREZZO expedida por la Curaduría Cuarta de Medellín.

(...) el día 28 de julio de 2021, se recibió oficio con radicado 202120061503 proveniente de la Unidad de Procesos Concursales de la Subsecretaría de Tesorería, en el cual se informaba que contra la Sociedad Constructora Invernorte S.A.S, el día 11 de junio de 2021, se inició proceso de liquidación Forzosa Administrativa en los términos y con las formalidades previstas en el Decreto 2555 de 2010, razón por lo cual mediante Resolución STH-175567-2021 del 29 de julio de 2021, se suspendió el proceso administrativo de cobro coactivo para que se adelanten las acciones pertinentes.

Efectuadas las verificaciones correspondientes, en los sistemas de información de la Subsecretaría de Tesorería, se observa que a la fecha la suma de dinero correspondiente a \$335.418.492 aún no se ha resarcido al Distrito de Medellín, teniendo de presente que todas las obligaciones pendientes de pago de esta sociedad en relación con el Distrito de Medellín, quedaron vinculadas al respectivo proceso de LIQUIDACIÓN FORZOSA que se adelanta por parte del señor Héctor Alirio Peláez Gómez identificado con cédula de ciudadanía N° 15.429.390 como agente liquidador de la sociedad Constructora Invernorte.

Es importante indicar que, el Distrito de Medellín concurrió al trámite concursal y las obligaciones que hasta esa fecha estaban a cargo de la mencionada fueron incluidas en la calificación y graduación de créditos”.

Precisando en su comunicado, que desde el día 29 de julio de 2021 el proceso de cobro coactivo se encuentra suspendido, por lo tanto, los términos de prescripción se encuentran interrumpidos de acuerdo a lo establecido en el artículo 818 del Estatuto Tributario Nacional, el cual señala:

³² Folios 219 al 220 vuelto.

*“Interrupción y suspensión del término de prescripción. El término de prescripción de la acción de cobro se interrumpe por la notificación del mandamiento de pago, por el otorgamiento de facilidades para el pago, por la admisión de la solicitud del concordato o **por la declaratoria oficial de liquidación forzosa administrativa**” (Lo resaltado es fuera de texto).*

Así las cosas, de acuerdo a la prueba documental obrante en la foliatura, existe certeza para el Despacho que, en el momento actual, la obligación de cancelar la suma de Trescientos Treinta y Cinco Millones Cuatrocientos Dieciocho Mil Cuatrocientos Noventa y Dos Pesos (\$335.418.492.) como compensación por las cesiones urbanísticas objeto del averiguatorio fiscal, viene siendo perseguido su resarcimiento mediante el proceso de cobro coactivo.

Prueba documental arimada a la causa fiscal, que es suscrita por un servidor público, y por ende, se presume auténtica. Así lo disciplina el artículo 244 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) al prescribir:

*“**Documento auténtico.** Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.*

Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.

Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.

La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

***Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones.”** (Lo resaltado es nuestro).*

Por su parte, la Corte Constitucional, en tal tópico ha señalado³³:

“DOCUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS-Autenticidad

En principio, se estableció la presunción de autenticidad de los documentos públicos mediante el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, la tendencia legislativa ha estado encaminada en afirmar la presunción de autenticidad tanto de los públicos como de los privados. La ley 1395 de 2010, modificó el inciso cuarto de la citada norma procesal, señalando que se presumen auténticos los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes. En idéntico sentido se pronuncia el artículo 244 del Código General del Proceso (ley 1564 de 2012).

VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS ORIGINALES Y LAS COPIAS SIMPLES-Tendrán el mismo valor probatorio, según ley 1395 de 2010, art. 11

La distinción entre el valor probatorio de los documentos originales y las copias se ha ido disolviendo en el desarrollo legislativo. El artículo 11 de la ley 1395 de 2010 señaló que con independencia de si el documento es allegado en original o en copia éstos se presumen auténticos, hecho que como se explicó, permite que sean valorados. Por su parte, el artículo 246 del Código General del Proceso, expresa que “las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia”.

Es cierto, con apoyo a criterios jurisprudenciales traídos a cita en este proveído, que dichas cesiones urbanísticas no son propiamente tributos, ni rentas de otro orden, sin embargo, el sujeto de control a través de sus respectivas dependencias constituidas para el efecto, pueden perseguir el pago de sus acreencias establecidas en actos administrativos, como en efecto se viene realizando actualmente a través de la cuerda del proceso administrativo coactivo.

Facultad que emana del mismo ordenamiento jurídico, cuando se dispone en el artículo 99 de la Ley 1437 de 2011³⁴ que:

“Documentos que prestan mérito ejecutivo a favor del Estado. Prestarán mérito ejecutivo para su cobro coactivo, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y exigible, los siguientes documentos:

1. *Todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de las entidades públicas a las que alude el parágrafo del artículo 104, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley.”.*

³³ Corte Constitucional Sentencia SU 774 de 2014.

³⁴ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

El artículo 100 ejusdem establece las reglas de procedimiento a seguir para el procedimiento de cobro coactivo, cuando dispuso:

“Reglas de procedimiento: Para los procedimientos de cobro coactivo se aplicarán las siguientes reglas:

- 1. Los que tenga reglas especiales se regirán por ellas*
- 2. Las que no tengan reglas especiales se regirán por lo dispuesto en este título y en el Estatuto Tributario.*

(...)”

Proceso coactivo administrativo que, a la fecha de acuerdo a la prueba documental obrante en la causa, se encuentra interrumpido con relación a su prescripción al tenor de lo establecido en el artículo 818 del Estatuto Tributario. Procedimiento de cobro administrativo coactivo, que adelanta el sujeto de control, a través de su dependencia competente, que se ritua por lo establecido en el Estatuto Tributario.

Reflexión del Despacho, que tiene soporta de manera adicional, en lo que en tal aspecto, vía concepto jurídico ha indicado el Ministerio de Hacienda y Crédito Público³⁵

“(...) el artículo 7 de la Ley 9 de 1989, permite compensar en dinero las áreas de cesión cuando sean inferior a las mínimas exigidas por las normas urbanísticas, o cuando su ubicación sea inconveniente para la ciudad.

(...) acorde con lo anterior, es preciso inferir que las obligaciones que se derivan de la compensación en dinero por áreas de cesión no son de carácter tributario, motivo por el cual, si bien el procedimiento aplicable para el cobro es el contenido en el Estatuto Tributario Nacional de conformidad con lo establecido en el artículo 100 de la Ley 1437 de 2011, la tasa de interés es la especial que corresponda a la naturaleza de la obligación”.

Por ende, debe concluir el Despacho que efectivamente, como de forma atinada lo disciplinó el instructor de instancia, **a la fecha no se ha materializado el daño al patrimonio público**, pues se viene persiguiendo su resarcimiento por la cuerda coactiva administrativa, en claro desarrollo de potestades legales, que al efecto le otorga el marco jurídico y, por otra parte, **la obligación no ha prescrito**, pues el término de prescripción de la misma, actualmente se encuentra interrumpida.

³⁵ Concepto del 29 de agosto de 2018, Radicado 2-2018-030095

El daño patrimonial al Estado está definido en el artículo sexto (6°) de la Ley 610 de 2000, al prescribir:

*“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.** (El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-340 de 2007).*

Considera el Despacho, que no puede configurarse responsabilidad fiscal sobre daños que aún no se han producido, es decir daños futuros. A esta conclusión se puede llegar sin mucho esfuerzo, puesto que la ley dispone que para aperturar el proceso de responsabilidad fiscal se requiere que se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado. Igualmente, para proferir el fallo con responsabilidad fiscal es necesario que obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público.

De esta forma la ley exige que cuando vaya a iniciarse un proceso de responsabilidad fiscal el daño exista, es decir, ya se haya consumado o producido. Esta postura es sana puesto que la certeza en el daño futuro es una certeza relativa. Sobre el futuro es imposible tener la seguridad absoluta puesto que siempre existe un margen de error en las predicciones.

Es indispensable que se tenga una certeza absoluta con respecto a la existencia del daño patrimonial, por lo tanto, es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable. Se ha manifestado en diferentes oportunidades que la responsabilidad fiscal tiene una finalidad meramente resarcitoria y, por lo tanto, es independiente y autónoma, distinta de la responsabilidad penal o disciplinaria que pueda corresponder por la misma conducta, pues lo que en el proceso de responsabilidad fiscal se discute es el daño patrimonial que se causa a los dineros públicos, por conductas dolosas o gravemente culposas atribuibles a un servidor público o persona que sea gestor fiscal, lo que significa que el daño patrimonial debe ser por lo menos cuantificable en el momento en que se declare responsable fiscalmente a una persona.

El daño constituye la médula del Proceso de Responsabilidad Fiscal, en tanto es el primer elemento a tener en cuenta en la procedibilidad del juicio de Responsabilidad Fiscal, y así ha sido considerado por la jurisprudencia y la doctrina nuestra.

La certeza en el daño, es entonces uno de los elementos cardinales para que se pueda predicar la responsabilidad de un sujeto de control determinado, así lo ha enseñado de manera pacífica la jurisprudencia contenciosa, al señalar³⁶:

“Cabe precisar inicialmente que la responsabilidad que es de carácter subjetivo, tiene por finalidad la protección del patrimonio público; en tal sentido, su carácter es netamente resarcitorio y, por consiguiente, busca la recuperación del daño cuando se ha causado un detrimento patrimonial al estado. En este orden, y a pesar de que los actos acusados se expidieron bajo la vigencia de la Ley 42 de 1996, nada obsta para acudir a lo establecido en la Ley 610 de 2000” por el cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, en la que se determina que la responsabilidad fiscal se estructura sobre tres elementos: a) un daño patrimonial al Estado; b) una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y c) un nexo causal entre el daño y la conducta. Solo en el evento en que concurren estos tres elementos es dable la imputación de responsabilidad. Para el caso que ocupa la atención de la Sala, es importante destacar que el elemento más importante es el daño, pues si el mismo no se presenta, no puede de ninguna manera configurarse una responsabilidad fiscal ya que de conformidad con el artículo 40 de la citada Ley 610, procede la apertura del proceso de responsabilidad fiscal cuando exista la certeza sobre el daño (...) en armonía con lo anterior, debe decirse que el carácter resarcitorio de la responsabilidad fiscal solo tiene sentido **en el evento en que sea posible establecer con certeza la existencia del daño causado al Estado**”(Lo resaltado es del Despacho).

En igual sentido se indicó³⁷:

“(…) (i) un elemento objetivo consistente en que exista prueba que acredite con certeza, de un lado, la existencia del daño al patrimonio público, y, de otro, su cuantificación.

La jurisprudencia ha entendido que para dar por satisfecho el elemento objetivo de la responsabilidad fiscal, es indispensable **que se tenga certeza absoluta con respecto a la existencia del daño patrimonial**, por lo tanto, es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable (Lo resaltado es nuestro).

³⁶ Consejo de Estado, Sentencia del 16 de febrero de 2012, Radicado 25000-23-24-000-2001-0006401

³⁷ Consejo de Estado, Sentencia del 1º de marzo de 2018, Radicado 76001-23-31-009-2007-00152-01.

El Despacho en el pretérito, sostuvo³⁸, en tratándose de obligaciones de gestión de recaudo, que no podía pregonarse un daño cierto y verificable, con relación al detrimento patrimonial de una determinada entidad estatal, cuando el correspondiente sujeto de control, tenía la oportunidad de ejercer las correspondientes acciones de cobro, y que sólo cuando la obligación se haya dejado prescribir, la misma **se convierte en un daño cierto y verificable**.

Así se precisó al indicarse en el Auto reseñado de manera antecedente: *“Con lo expuesto, claramente se evidencia que para el caso que nos ocupa el presunto daño al patrimonio consistente en la suma de **Dos Millones Quinientos Cuarenta y Ocho Mil Seiscientos Cincuenta Pesos** (\$2.548.650) dejada de retener por los señores Néstor Rene Otálora Garzón y Ovidio de Jesús Ochoa Quintero en su calidad rectores de la Institución Educativa la Milagrosa, no se constituye en un daño cierto y verificable, pues la Secretaría de Hacienda del Municipio de Medellín por medio de la Unidad de Impuestos Varios, todavía tiene posibilidad de ejercer las acciones necesarias para recuperar los dineros dejados de retener en virtud de los contratos de obra celebrados. Una vez pasados los 5 años y ocurrida la prescripción, es decir cuando ya no se puedan realizar acciones de cobro, el daño al patrimonio adquirirá la calidad de cierto y verificable”*.

Esa postura, consignada en el Auto 009 de 2020, que decidió en grado de consulta el Proceso de Responsabilidad Fiscal 015 de 2018, de manera posterior también fue acogida por esta superioridad, en Auto 028 del 16 de septiembre de 2022, que decidió un grado de consulta en el Proceso de Responsabilidad Fiscal 063 de 2019, y que el Despacho Prohija nuevamente, pues en esta ocasión no sólo no se ha surtido la respectiva prescripción de la obligación, sino que de acuerdo a prueba documental obrante en el cartulario ya se libró el correspondiente **mandamiento de pago** por la cuerda coactiva administrativa, sin que se avizore peligro alguno en cuanto a la prescripción de la obligación, pues la prescripción esta interrumpida, en la actualidad, en los términos establecidos en el artículo 818 del Estatuto Tributario Nacional como bien se acotó en acápites precedentes.

Postura adicional del Despacho, que se soporta en lo señalado por la Contraloría General de la República, cuando ha indicado mutatis mutandis³⁹:

(...) se consideró que, si la contribución no se consigna a favor del Fonseca o del Fondo cuenta territorial, según corresponda, se genera un daño al patrimonio público, razón por la cual la competencia para determinar la responsabilidad fiscal la tendrá la Contraloría que corresponda al nivel de la entidad contratante.

³⁸ Auto 009 de 2020, Proceso de Responsabilidad Fiscal 015 de 2018

³⁹ Concepto

*Sin embargo, se precisó que el ejercicio de la acción de cobro con miras a obtener el recaudo, está a cargo del Ministerio del Interior, y por ende corresponde a esta entidad en el nivel nacional, adelantar el cobro coactivo de la misma, cuando el sujeto pasivo de dicha contribución no haya satisfecho su pago y que, en ese contexto, las Direcciones de Vigilancia Fiscal y los Grupos de Vigilancia Fiscal, **solo pueden estructurar hallazgos administrativos con incidencia fiscal, cuando la acción de cobro se encuentra prescrita**” (Lo resaltado es del Despacho).*

Posición anterior que es pacífica por parte de ese Órgano de Control Fiscal, pues en reciente pronunciamiento reafirmó lo anterior, aduciendo que no era posible que de manera simultánea se adelantara un proceso de cobro coactivo con uno de responsabilidad fiscal, al conceptuar⁴⁰:

“(…) Ahora bien, si existe un procedimiento administrativo de cobro coactivo vigente en donde se están recaudando saldos a favor de una entidad pública, no es viable adelantar de manera simultánea un proceso de responsabilidad fiscal, toda vez que ya cursaría un proceso para recuperar el patrimonio económico del Estado”.

Así entonces, en el caso sub examine, después de analizados los elementos probatorios recaudados y jurisprudenciales traídos a cita, de cara a los problemas jurídicos planteados por el Despacho, se considera que en el caso analizado no aflora o por lo menos, fue desvirtuada la **existencia, determinabilidad y cuantificabilidad** del elemento daño patrimonial al Estado como el elemento cardinal al momento de establecer la responsabilidad fiscal, lo que en criterio de esta superioridad, se abre paso a que se concluya que la decisión consultada fue proferida en el marco jurídico del artículo 47 de la Ley 610 de 2000, cumpliéndose a cabalidad las finalidades establecidas para el grado de consulta, consagradas en el artículo 18 ibídem, esto es, para la defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales.

Así las cosas, ante la ausencia del daño patrimonial del Estado, pues en la actualidad **no existe certeza del mismo, pues no se ha materializado**, necesariamente la suerte del proceso deberá ser su archivo. En primer lugar, por disposición del artículo 47 de la Ley 610 de 2000, que ordena:

“Artículo 47. Auto de archivo. *Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, **que no es constitutivo de detrimento patrimonial** o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma*” (Resaltado fuera de texto)

⁴⁰ Concepto CGR-OJ-131 de 2022

Según el precepto anterior, habrá lugar, (*mandato legal*) a proferir Auto de Archivo cuando se acredite alguna de las causales señaladas en la anterior disposición, dentro de las cuales destacamos la inexistencia del daño patrimonial.

De otra parte, el artículo 48 de la misma ley expresa que el funcionario competente proferirá Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal cuando: 1) Esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados; 2) Estén acreditados los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal⁴¹ y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado.

Una interpretación armónica de los artículos 47 y 48 de la Ley 610 de 2000 permite concluir, que si una vez adelantada la labor investigativa por el Ente de Control Fiscal, se constata que no existen los medios probatorios que acrediten todos los elementos de la responsabilidad fiscal, no queda otra alternativa que archivar el proceso (*obligatoriamente*) a favor de los investigados. Es así que al no evidenciarse un daño patrimonial, **actual y cierto** como elemento *sine qua non* para avanzar en la imputación como lo dispone el artículo 48 de Ley 610 de 2000, necesariamente se impone el archivo del proceso por esta segunda razón.

Bajo estas consideraciones, al asistirle razón al funcionario de la primera instancia para terminar las presentes diligencias, no queda alternativa diferente que proceder a **CONFIRMAR** el **Auto 599 del 13 de octubre de 2022**, por medio del cual se ordenó el Archivo del Proceso de Responsabilidad fiscal con Radicado 064 de 2019.

Se advierte, que si después de proferido el Auto de Archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal, aparecieren o se aportaren nuevas pruebas que acrediten la existencia de un daño patrimonial al Estado o la responsabilidad del gestor fiscal, o se demostrare que la decisión se basó en prueba falsa, procederá la reapertura de la indagación o del proceso de conformidad con el artículo 17 de la Ley 610 de 2000.

Sin mayores elucubraciones, y en mérito de lo expuesto se,

⁴¹ (i) La conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; (ii) Un daño patrimonial al Estado; y (iii) Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción mediante **Auto 599 del 13 de octubre de 2022**, por medio del cual se ordenó el Archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 064 de 2019**, por la motivación expuesta en la parte considerativa de este proveído.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR POR ESTADO 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 TERCERO: 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


PABLO ANDRÉS GARCÉS VÁSQUEZ
Contralor General de Medellín

Revisó y aprobó: Martín Alonso García Agudelo – Jefe Oficina Asesora de Jurídica
Proyectó: Elkin de Jesús Montoya Rodríguez – Profesional Universitario II

