

DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL DE MEDELLÍN

AUTO N°045 DE 2022

POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N° 037 DE 2018

Medellín, once (11) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Providencia consultada:	Auto 607 del 18 de octubre de 2022 , por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 037 de 2018
Entidad afectada:	MUNICIPIO DE MEDELLÍN - SECRETARÍA DE HACIENDA - NIT. 890.905.211-1.
Presuntos responsable:	ORLANDO DE JESÚS URIBE VILLA C.C. 98.622.815
Hecho investigado:	En los pagos y desembolsos iniciales del Convenio de Asociación 4600064238 de 2016, la Secretaría de Desarrollo Económico en los Comprobantes de Pago 902308707 y 902353076 de abril 29 y junio 27 de 2016, no efectuó la retención de Industria y Comercio valorada en \$370.000 sobre las facturas 5444 y 5483, correspondiente al primer y segundo desembolso sin IVA realizados a CREAME Incubadora de Empresas en el Convenio de Asociación 4600064238 de 2016.
Cuantía:	TRESCIENTOS SETENTA MIL PESOS MLC (\$370.000)
Procedimiento:	Ordinario
Temas y Subtemas:	Elemento daño patrimonial. Existencia y certeza del daño patrimonial para la configuración de la responsabilidad fiscal. Inexistencia de daño como causal de archivo en el proceso de responsabilidad fiscal. Requisitos para proferir auto de imputación de responsabilidad fiscal.
Decisión:	CONFIRMA AUTO CONSULTADO. Se ordena devolución del expediente a su lugar de origen para lo de su competencia

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 607 del 18 de octubre de 2022**, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 037 de 2018**.

II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS FÁCTICOS

2.1. HECHO INVESTIGADO

La presente investigación tiene su origen en el memorando 201700012426 del 26 de diciembre de 2017, por medio del cual la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal Municipio 3 trasladó a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva el hallazgo con presunta incidencia fiscal, encontrado en desarrollo de la Auditoría Regular Municipio de Medellín, Vigencia 2016, hallazgo numerado 17, contenido en el Informe Definitivo de Auditoría, en CD ROM a folio 5 del expediente, y que fue descrito en los siguientes términos:

“Hallazgo 17. Corresponde a la observación 25 del informe Preliminar. Deducciones Convenio de Asociación No. 4600064238 de 2016. En los pagos y desembolsos iniciales del Convenio de Asociación N° 4600064238 de 2016, la Secretaría de Desarrollo Económico en los Comprobantes de Pago N° 902308707 y 902353076 de abril 29 y junio 27 de 2016, no efectuó la retención de Industria y Comercio valorada en \$370.000 sobre las facturas 5444 y 5483, correspondientes al primer y segundo desembolso sin IVA realizados a CREAME Incubadora de Empresas en el Convenio de Asociación No. 4600064238 de 2016. El hecho en mención se encontró al cotejar el valor de las deducciones registradas en medio digital en el Anexo 1 de la comunicación emitida por la Secretaría de Desarrollo Económico con radicado CGM 201700001526 de mayo 31 de 2016 para el concepto de Retención de Industria y Comercio en el Convenio de Asociación N° 4600064238 de 2016, soporte en el que la Unidad de Contaduría de la Subsecretaría de Tesorería de la Secretaría de Hacienda descontó \$4.042.414 en dicho rubro, con los cálculos propios del Equipo Auditor tasados en \$4.412.414, diferencia no descontada al Asociado por la suma de \$370.000, situación que se describe en el siguiente cuadro:

*Debido a las razones expuestas por el equipo auditor, en el caso analizado si procedía la retención por ICA sobre las facturas 5444 y 5483, lo que reafirma la presunta incidencia fiscal de la observación, asentando en el informe definitivo la situación detectada como un **hallazgo administrativo con presunta incidencia fiscal**, ateniéndose la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal con alcance en Municipio 3 a lo prescrito en las Sentencias C-529 de 1993, C-167 de 1995 y C-840 de 2011, todas de la Corte Constitucional, en las que se señala que las obligaciones tributarias de carácter nacional, departamental, distrital y municipal, constituyen claros actos de gestión fiscal y no de gestión administrativa.”*

CONVENIO DE ASOCIACIÓN N°4600064238 DEL 2016										
PAGOS Y DESEMBOLSOS INICIALES UNIDAD DE CONTADURÍA						CÁLCULOS EQUIPO AUDITOR				
No. PAGO Y DESEMBOLSO	No. FACTURA	VALOR	No. COMPROBANTE PAGO	FECHA COMPROBANTE	DEDUCCION	IVA	RETEIVA	RETEICA	ESTAMPILLA UDEA	TOTAL DEDUCCIÓN
1 Pago y desembolso	5445	\$ 426,000,000	902308848	29/04/2016	\$ 13,220,690	\$ 58,758,621	\$ 8,813,793	\$ 734,483	\$ 367,241	\$ 13,220,690
	5444	\$ 74,000,000	902308707	29/04/2016	\$ 740,000			\$ 148,000	\$ 740,000	\$ 888,000
2 Pago y desembolso	5483	\$ 111,000,000	902353076	27/06/2016	\$ 20,941,035			\$ 222,000	\$ 1,110,000	\$ 1,332,000
	5484	\$ 639,000,000	902353076	27/06/2016		\$ 88,137,931	\$ 13,220,690	\$ 1,101,724	\$ 5,508,621	\$ 19,831,034
3 Pago y desembolso	5529	\$ 639,000,000	902417696	29/08/2016	\$ 21,183,035	\$ 88,137,931	\$ 13,220,690	\$ 1,101,724	\$ 5,508,621	\$ 19,831,034
	5531	\$ 111,000,000	902417696	29/08/2016				\$ 222,000	\$ 1,110,000	\$ 1,332,000
4 Pago y desembolso	5568	\$ 66,600,000	902474192	28/10/2016	\$ 799,200			\$ 133,200	\$ 666,000	\$ 799,200
	5567	\$ 383,400,000	902474276	28/10/2016	\$ 11,898,620	\$ 52,882,759	\$ 7,932,414	\$ 661,034	\$ 3,305,172	\$ 11,898,621
5 Pago y desembolso	5622	\$ 7,400,000	902530541	16/12/2016	\$ 88,800			\$ 14,800	\$ 74,000	\$ 88,800
	5621	\$ 42,600,000	902533311	20/12/2016	\$ 1,322,068	\$ 5,875,662	\$ 881,379	\$ 73,448	\$ 367,241	\$ 1,322,069
Total		\$ 2,500,000,000			\$ 70,173,448			\$ 4,412,414		\$ 70,543,448
DIFERENCIA										\$ 370,000

(...)

Debido a las razones expuestas por el equipo auditor, en el caso analizado sí procedía la retención por ICA sobre las facturas 5444 y 5483, lo que reafirma la presunta incidencia fiscal de la observación, asentando en el informe definitivo la situación detectada como un **hallazgo administrativo con presunta incidencia fiscal**, ateniéndose la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal con alcance en Municipio 3 a lo prescrito en las Sentencias C-529 de 1993, C-167 de 1995 y C-840 de 2011, todas de la Corte Constitucional, en las que se señala que las obligaciones tributarias de carácter nacional, departamental, distrital y municipal, constituyen claros actos de gestión fiscal y no de gestión administrativa”

2.2. PRESUNTO RESPONSABLE FISCAL

A la presente investigación se vinculó como presunto fiscalmente responsable al ciudadano **ORLANDO DE JESÚS URIBE VILLA**, identificado con la **cédula de ciudadanía No. 98.622.815**, quien se desempeñó como Secretario de Hacienda de Medellín, para la época de ocurrencia del hecho investigado¹.

2.3. LA ENTIDAD ESTATAL AFECTADA

Como entidad afectada se identifica al **MUNICIPIO DE MEDELLÍN**, como entidad destinataria del Impuesto de Industria y Comercio, dejado de retener en el Convenio de Asociación 4600064238 de 2016, entidad Pública Territorial de creación constitucional, artículos del 311 al 320 de la Constitución Política.

¹ Auto de Apertura. Folio 113

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

El presunto daño patrimonial que se investiga asciende a la suma de **TRESCIENTOS SETENTA MIL PESOS MLC (\$370.000)**².

2.6. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

- Mediante Auto 728 del 01 de octubre de 2019, se inicia Indagación Preliminar en el radicado 037 de 2018 (Folios 16 a 18).
- Por medio de Auto 225 del 17 de marzo de 2020, se suspenden los términos del proceso de responsabilidad fiscal (Folio 93).
- Mediante Auto 276 del 20 de octubre de 2020, se reanudan los términos del proceso de responsabilidad fiscal (Folio 102.)
- Por medio de Auto 580 del 9 de noviembre de 2021, se apertura el proceso de responsabilidad fiscal (Folios 107 a 114).
- Mediante Auto 607 del 16 de octubre de 2022, se ordenó el archivo del proceso a favor de ORLANDO DE JESÚS URIBE VILLA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 98.622.815, quien se desempeñó como Secretario de Hacienda de Medellín, para la época de ocurrencia del hecho investigado, proveído en el que igualmente se ordenó la remisión del expediente para los fines del grado de consulta (Folios 253 a 270).
- Mediante Memorando 1200 – 202200010135 del 31 de octubre de 2022, el Contralor Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva ordenó la remisión del expediente al Despacho del Contralor General de Medellín, para que se surta el grado de consulta (Folio 274).
- Según constancia secretarial del 31 de octubre de 2022, el expediente fue recibido en el Despacho del Contralor General de Medellín para que se surta el grado de consulta (Folio 273).

² Auto de Apertura 580 del 9 de noviembre de 2021. Folios 107 a 114

III. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

La decisión que será objeto de revisión, se trata del **Auto 607 del 16 de octubre de 2022**, por medio del cual la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva **ORDENÓ EL ARCHIVO** del Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 037 de 2018**, decisión que estuvo fundamentada en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, toda vez que a su juicio en el caso concreto el hecho investigado no concurre elemento daño patrimonial en disfavor de la entidad afectada.

Los argumentos que soportan tal decisión, admiten la síntesis que a continuación se indica:

El Operador Jurídico de la Primera Instancia, inició por delimitar el hallazgo fiscal que dio origen a la presente investigación, mismo que el auditor sustentó en la existencia del daño patrimonial en disfavor del Municipio de Medellín, debido a la omisión de retención del Impuesto de Industria y Comercio sobre los pagos efectuados al contratista CREAME INCUBADORA DE EMPRESAS, correspondientes a las facturas 5444 y 5483, en ejecución del Contrato 4600064238 de 2016.

Seguidamente, analizó la normatividad municipal respecto a la obligatoriedad de efectuar las retenciones por concepto de Industria y Comercio en dicho Convenio, atendiendo su naturaleza regulada por el Decreto 777 de 1992 vigente para la época de la suscripción del contrato, la naturaleza propia de la Corporación Creame Incubadora de Empresas, concluyendo que *“la omisión en la retención en la fuente del Impuesto de Industria y Comercio por parte del Municipio, no elimina las obligaciones que tienen tanto Municipio como sujeto activo, en relación con la fiscalización, determinación, investigación y control del tributo, y el sujeto pasivo, en cuanto a la declaración y pago del mismo, que en todo caso deberá hacerse dentro de los cinco (5) años siguientes al vencimiento del término para presentar la declaración privada so pena de que opere el fenómeno de la prescripción de la obligación tributaria o contribución, de acuerdo con el artículo 226 del Estatuto procedimental (Decreto Municipal 1018 de 2013), por lo que el daño fiscal solo se presentaría una vez el Municipio pierde competencia para realizar el cobro del tributo, es decir en el presente caso podría hablarse de su ocurrencia en el año 2021.”*³.

³ Folio 269

Posteriormente advirtió que de los elementos probatorios recaudados, y concretamente de que la declaración privada no era posible evidenciar qué valores corresponden al Convenio 4600064238, pero que no obstante ello, de estos medios de convicción, independientemente de que el Municipio no hubiera efectuado las retenciones de los pagos señalados por el equipo auditor, se pudo establecer que la Corporación CREAME, si efectuó la declaración de sus ingresos en la vigencia 2016, y que así mismo de acuerdo a lo certificado por el Municipio de Medellín⁴, realizó el pago que le correspondía.

Fueron pues básicamente, estos los argumentos por lo que el funcionario de la primera instancia encontró ausente el elemento daño patrimonial, y con base ello con armonía de los dispuesto en las causales señaladas en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, procedió a ordenar el archivo del proceso.

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 150 de 2021 expedidas por la Contraloría General de Medellín, el Contralor General de Medellín 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

⁴ Folios 243-253. Oficio con radicado 202230436413 del 10 de octubre de 2022

sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por 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”⁵.

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...**” (Resaltado fuera de texto)*

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

⁵ Sentencia C – 968 / 2003 – Sentencia C – 153 de 1995.

inmediato ciertas decisiones señaladas de manera taxativa por el legislador para que 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 Constitución, interpretaciones de la Corte Constitucional⁶ y la Ley⁷.

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

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

⁶ Sentencia SU 620 de 1996

⁷ Ley 610 de 2000

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 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

Bajo los antecedentes fácticos que rodean la presente actuación y de acuerdo con las explicaciones argüidas por el Operador Jurídico de la Primera Instancia para adoptar la decisión objeto de revisión, como problema jurídico principal corresponde a esta Dependencia determinar si los soportes y elementos probatorios obrantes en el plenario admiten con suficiencia establecer si se presenta la ausencia del elemento daño o detrimento patrimonial como uno de los elementos integrantes de la responsabilidad fiscal para que proceda la terminación de las presentes diligencias de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, armonizado con el artículo 48 de la misma codificación.

Para resolver el problema jurídico, el Despacho examinará en primer lugar i) Aspectos normativos tendientes a establecer la obligatoriedad de efectuar las retenciones por concepto de Industria y Comercio en el Convenio de Asociación 4600064238 de 2016, atendiendo su naturaleza regulada por el Decreto 777 de 1992 vigente para la época de la suscripción del Convenio de Asociación 4600064238 de 2016, y seguidamente abordará, ii) las responsabilidades y obligaciones del agente de retención y por último, iii) el estudio del caso concreto en aras de establecer la ausencia de uno o varios de los elementos de la responsabilidad fiscal.

4.4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

4.4.1. Aspectos sustanciales y normativos sobre el tributo de INDUSTRIA Y COMERCIO vigentes para la época de suscripción y ejecución del Convenio de Asociación 4600064238 de 2016.

La regulación de este tributo vigente para el año 2016, fecha en que fue suscrito y ejecutado el Convenio de Asociación 4600064238 de 2016, se encuentra en el Capítulo II del Acuerdo 64 de 2012 el Acuerdo Municipal 64 de 2012 *"Por medio del cual se expide la normativa sustantiva aplicable a los ingresos tributarios en el Municipio de Medellín"*,

que a partir del artículo 25 señala los elementos que lo componen de la siguiente manera:

“Artículo 25: HECHO GENERADOR. *Genera obligación tributaria la realización y/o desarrollo de actividades industriales, comerciales, servicios y financieras en forma directa o indirecta en jurisdicción del Municipio de Medellín.*

Artículo 26: SUJETO ACTIVO. *El Municipio de Medellín es el Sujeto Activo de Industria y Comercio que se genere dentro de su jurisdicción, sobre el cual tendrá las potestades tributarias de administración, determinación, control, fiscalización, investigación, discusión, liquidación, cobro, recaudo, devolución e imposición de sanciones.*

ARTÍCULO 27: SUJETO PASIVO. *Son sujetos pasivos del Impuesto de Industria y Comercio, las personas naturales, jurídicas, sociedades de hecho, y aquellas en que se realice el hecho gravado, a través de consorcios, uniones temporales, patrimonios autónomos, consistente en el ejercicio de actividades industriales, comerciales, de servicio, financieras en el Municipio de Medellín.*

ARTÍCULO 31: ACTIVIDAD DE SERVICIOS. *Es toda tarea, labor o trabajo dedicado a satisfacer necesidades de la comunidad, ejecutada por persona natural o jurídica, por sociedad de hecho o cualquier otro sujeto pasivo, sin que medie relación laboral con quien lo contrata (...)*

ARTÍCULO 51: AGENTES DE RETENCIÓN DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO. *Con relación al Impuesto de Industria y Comercio administrado por la Subsecretaría de Ingresos, son agentes de retención: Los Establecimientos Públicos del Orden Nacional, Departamental y Municipal, las Empresas Industriales y Comerciales del Orden Nacional, Departamental y Municipal, las Sociedades de Economía Mixta de todo orden y las Unidades Administrativas con régimen especial, la Nación; el Departamento de Antioquia; el Municipio de Medellín y demás entidades estatales de cualquier naturaleza jurídica con jurisdicción en el Municipio de Medellín (...).*

ARTÍCULO 32: ELEMENTOS DEL IMPUESTO. *Los elementos del Impuesto de Industria y Comercio, son los siguientes:*

1. PERÍODO DE CAUSACIÓN Y PAGO: *El Impuesto de Industria y Comercio de causa a partir de la fecha de generación del primer ingreso gravable, se pagará desde su causación con base en el promedio mensual estimado y consignado en la matrícula y los ingresos denunciados en la declaración privada. Pueden existir períodos menores (Fracción de año).*

2. AÑO O PERÍODO GRAVABLE: *Es aquel en el cual se generan los ingresos gravables en desarrollo de la actividad, y que deben ser declarados al año siguiente.*

3. BASE GRAVABLE: *El Impuesto de Industria y Comercio se liquidará con base en el total de ingresos brutos del contribuyente obtenidos durante el año o período gravable. Para determinarla se restará de la totalidad de los ingresos ordinarios y extraordinarios, las deducciones y no sujeciones relativas a Industria y Comercio.*

4. TARIFA: *Son los milajes definidos por la ley y adoptados por los acuerdos vigentes que aplicados a la base gravable determinan la cuantía del impuesto”.*

Véase entonces, que el Estatuto Tributario Municipal es claro en indicar que el hecho generador del impuesto es entre otros la prestación de servicios en la jurisdicción del Municipio de Medellín, recogiendo el espectro del objeto del Convenio 4600064238 de 2016 en tal hecho generador, sin que tenga relevancia otra situación de carácter jurídico para su causación. Al respecto, el Consejo de Estado se pronunció en el siguiente sentido:

*“En relación con los sujetos pasivos del Impuesto de Industria y Comercio, ha sostenido la Sala en reiteradas oportunidades, que no es necesario dilucidar la naturaleza jurídica de la entidad de derecho público y tampoco determinar si persigue o no ánimo de lucro en la prestación del servicio o actividad desarrollada, debido a que el hecho gravado, por mandato del artículo 32 de la Ley 14 de 1983, **lo constituye el ejercicio o realización de las actividades industriales, comerciales o de servicios, y por cuanto la ley para el efecto, no hace ninguna distinción respecto de las personas jurídicas que las realizan.**”⁸ (Resaltado fuera de texto)*

4.4.2. Responsabilidades y obligaciones de los agentes de retención / El Municipio de Medellín como tiene la obligación de retener de los pagos por concepto de Impuesto de Industria y Comercio.

El artículo 60 del Estatuto Tributario Acuerdo Municipal 64 de 2012, señala:

“ARTÍCULO 60: RESPONSABILIDADES Y OBLIGACIONES DE LOS AGENTES DE RETENCIÓN. *El agente retenedor que no efectúe la retención, según lo contemplado en este estatuto, se hará responsable del valor a retener, sin perjuicio de su derecho de reembolso en contra del contribuyente cuando aquel satisfaga la obligación”*

No emerge duda alguna que es en el Municipio de Medellín como sujeto activo del tributo y agente retenedor, en quien recae las obligaciones que tienen en relación con la fiscalización, determinación, investigación y control del tributo, y el sujeto pasivo, en cuanto a la declaración y pago del mismo. En tal sentido el Decreto Municipal 1018 de 2013, hoy Decreto Municipal de 350 de 2018 *“Estatuto procedimental de impuestos*

⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 12 de noviembre de 2003, Rad. 13340 Consejero Ponente: Germán Ayala Mantilla.

municipales”, en relación con los obligados a cumplir los deberes formales tributarios dispuso:

“ARTÍCULO 19. OBLIGADOS A CUMPLIR LOS DEBERES FORMALES. *Los contribuyentes, responsables, agentes retenedores, declarantes y terceros, deberán cumplir los deberes formales señalados en la Ley y en el presente Decreto, personalmente o por medio de sus representantes y a falta de éstos, por el administrador del respectivo patrimonio.*

(...)

ARTÍCULO 24. OBLIGACIONES TRIBUTARIAS. *Los contribuyentes, responsables, agentes retenedores, declarantes y terceros, deberán cumplir las siguientes obligaciones en materia tributaria:*

Efectuar el pago oportuno y correcto de los tributos y retenciones que le corresponden según la norma tributaria vigente en el municipio.

Presentar oportunamente las declaraciones tributarias a las que estén obligados.”

En cuanto a las atribuciones de la Administración Municipal en materia tributaria, se estableció en el estatuto procedimental:

“ARTÍCULO 37. ATRIBUCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA MUNICIPAL EN MATERIA TRIBUTARIA. *Con sujeción a las reglas establecidas en el presente Decreto, la Subsecretaría de Ingresos tendrá las siguientes funciones y atribuciones, sin perjuicio de las que se le hayan asignado o asignen en otras disposiciones:*

Verificar la exactitud de las declaraciones u otros informes, cuando lo considere necesario.

Adelantar las investigaciones que estime convenientes para establecer la ocurrencia de hechos generadores de obligaciones tributarias, no declarados.

Citar o requerir al contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante y a terceros para que rindan informes, contesten interrogatorios y aporten la información que se requiera.

Exigir del contribuyente, responsable, agente retenedor, declarante y de terceros, la presentación de documentos que registren sus operaciones cuando unos u otros estén obligados a llevar libros de contabilidad.

(...)

Verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

Adelantar las visitas, investigaciones, estudios, verificaciones, cruces, obtener pruebas, emitir requerimientos ordinarios y en general, realizar todas las actuaciones preparatorias a los actos de trámite y definitivos.

Proferir los requerimientos especiales, pliegos y traslados de cargos o actas, los emplazamientos para corregir o para declarar y los demás actos de trámite necesarios en los procesos de fiscalización y determinación de los tributos, así como los actos previos a la aplicación de sanciones con respecto a las obligaciones tributarias vigentes.

Expedir las liquidaciones oficiales, resoluciones que impongan sanciones y realizar las demás actuaciones y actos administrativos que estime convenientes o necesarios, para la correcta administración de los tributos Municipales.

Aplicar y liquidar las sanciones a que hubiere lugar por el incumplimiento de las obligaciones tributarias Municipales.

(...)"

En el estatuto procedimental tributario municipal se estableció claramente la competencia fiscalizadora, de determinación de los tributos e imposición de sanciones en cabeza de la Subsecretaría de Hacienda Municipal así:

“ARTÍCULO 91. COMPETENCIA PARA LA ACTUACIÓN FISCALIZADORA, DE DETERMINACIÓN DE TRIBUTOS E IMPOSICIÓN DE SANCIONES. *Corresponde a la Subsecretaría de Ingresos de la Secretaría de Hacienda a través del Subsecretario, proferir los requerimientos especiales, los emplazamientos para corregir y para declarar, y los demás actos de trámite necesarios en los procesos de fiscalización y determinación de tributos y retenciones; así como los pliegos de cargos y demás actos previos a la aplicación de sanciones por incumplimiento de obligaciones tributarias.*

Además, le corresponde proferir las ampliaciones a los requerimientos especiales, las liquidaciones de corrección aritmética, revisión, aforo y provisional, la adición de tributos y los actos de determinación de tributos no declarables, así como las Resoluciones y actos necesarios para la aplicación, imposición y reliquidación de las sanciones correspondientes; expedir las resoluciones de devolución de tributos, resoluciones de reintegro de sumas indebidamente devueltas así como sus sanciones.

También adelantar las visitas, investigaciones, verificaciones, cruces, requerimientos ordinarios, estudios, pruebas, y en general, expedir los demás actos de trámite y definitivos para la correcta determinación oficial de impuestos, tasas, contribuciones, anticipos y retenciones vigentes en el Municipio.”

Aunado a lo anterior, el régimen procedimental prevé el siguiente trámite a seguir cuando se presenta omisión en el pago de los tributos o contribuciones municipales por parte del contribuyente o agente retenedor:

“ARTÍCULO 116. EMPLAZAMIENTO PREVIO POR NO DECLARAR. *Quienes incumplan con la obligación de presentar las declaraciones tributarias estando obligados a ello, serán emplazados por el Subsecretario de Ingresos, previa comprobación de su obligación, para que lo hagan en el término perentorio de un (1) mes contado a partir de la notificación del acto, advirtiéndoseles de las consecuencias legales en caso de persistir su omisión.*

El contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, que presente la declaración con posterioridad al emplazamiento y antes de que se notifique la sanción por no declarar, deberá liquidar y pagar la sanción por extemporaneidad, en los términos previstos en el artículo 243 del Acuerdo 066 de 2017.

ARTÍCULO 117. CONSECUENCIA DE LA NO PRESENTACIÓN DE LA DECLARACIÓN CON MOTIVO DEL EMPLAZAMIENTO. *Vencido el término que otorga el emplazamiento de que trata el artículo anterior sin que se hubiere presentado la declaración respectiva, el Subsecretario de Ingresos procederá a expedir el acto administrativo imponiendo la sanción por no declarar prevista en el artículo 244 del Acuerdo 066 de 2017.*

Este acto deberá notificarse al contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante dentro de los cinco (5) años siguientes al vencimiento del término para presentar la declaración privada.

ARTÍCULO 118. LIQUIDACIÓN DE AFORO. *Agotado el procedimiento previsto en los artículos 116 y 117 del presente Decreto, el Subsecretario de Ingresos deberá expedir dentro de los cinco (5) años siguientes al vencimiento del plazo señalado para declarar, una liquidación de aforo donde determine la obligación tributaria al contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, que no haya cumplido su obligación formal.*

Una vez notificada la liquidación de aforo, el contribuyente pierde el derecho a presentar su declaración privada.

Transcurrido el término establecido en el presente artículo sin que se haya expedido la liquidación oficial de aforo, se configurará la pérdida de competencia para la determinación del impuesto a cargo del contribuyente o responsable, la cual será decretada por el Subsecretario de Ingresos de oficio o a solicitud de parte.

ARTÍCULO 119. CONTENIDO DE LA LIQUIDACIÓN DE AFORO. *La liquidación de aforo tendrá el mismo contenido de la liquidación de revisión, señalado en el artículo 113 del presente Decreto, con explicación sumaria de los fundamentos del aforo.”*

4.4.3. Análisis del caso concreto / valoración de los elementos probatorios

En el caso bajo análisis, el hallazgo fiscal se circunscribe a la existencia del daño patrimonial en disfavor del Municipio de Medellín, debido a una presunta omisión de retención del Impuesto de Industria y Comercio sobre los pagos efectuados al Contratista CREAME INCUBADORA DE EMPRESAS, correspondientes a las Facturas 5444 y 5483, en ejecución del Convenio de Asociación 4600064238 de 2016.

Dentro de los elementos probatorios y relevantes que reposan en el plenario, las facturas, recibos a satisfacción y demás soportes para pagos⁹, y los comprobantes de pago de las facturas¹⁰, información que se describe en la siguiente tabla elaborada por el equipo auditor:

CONVENIO DE ASOCIACIÓN N°4600064238 DEL 2016										
PAGOS Y DESEMBOLSOS INICIALES UNIDAD DE CONTADURÍA						CÁLCULOS EQUIPO AUDITOR				
No. PAGO Y DESEMBOLSO	No. FACTURA	VALOR	No. COMPROBANTE PAGO	FECHA COMPROBANTE	DEDUCCIÓN	IVA	RETEIVA	RETEICA	ESTAMPILLA UDEA	TOTAL DEDUCCIÓN
1 Pago y desembolso	5445	\$ 426,000,000	902308648	29/04/2016	\$ 13,220,690	\$ 58,758,621	\$ 8,813,793	\$ 734,483	\$ 3,672,414	\$ 13,220,690
	5444	\$ 74,000,000	902308707	29/04/2016	\$ 740,000			\$ 148,000	\$ 740,000	\$ 888,000
2 Pago y desembolso	5483	\$ 111,000,000	902353076	27/06/2016	\$ 20,941,035			\$ 222,000	\$ 1,110,000	\$ 1,332,000
	5484	\$ 639,000,000	902353076	27/06/2016		\$ 88,137,931	\$ 13,220,690	\$ 1,101,724	\$ 5,508,621	\$ 19,831,034
3 Pago y desembolso	5529	\$ 639,000,000	902417696	29/08/2016	\$ 21,163,035			\$ 222,000	\$ 1,110,000	\$ 1,332,000
	5531	\$ 111,000,000	902417696	29/08/2016				\$ 222,000	\$ 1,110,000	\$ 1,332,000
4 Pago y desembolso	5568	\$ 66,600,000	902474192	28/10/2016	\$ 799,200			\$ 133,200	\$ 666,000	\$ 799,200
	5567	\$ 383,400,000	902474276	28/10/2016	\$ 11,898,620	\$ 52,882,759	\$ 7,932,414	\$ 661,034	\$ 3,305,172	\$ 11,898,621
5 Pago y desembolso	5622	\$ 7,400,000	902530541	16/12/2016	\$ 88,800			\$ 14,800	\$ 74,000	\$ 88,800
	5621	\$ 42,600,000	902533311	20/12/2016	\$ 1,322,068	\$ 5,875,862	\$ 881,379	\$ 73,448	\$ 367,241	\$ 1,322,069
Total		\$ 2,500,000,000			\$ 70,173,448			\$ 4,412,414		\$ 70,543,448
DIFERENCIA										\$ 370,000

PAGOS Y DESEMBOLSOS										
ADICIÓN N°1 Pago y desembolso	No. FACTURA	VALOR	No. COMPROBANTE PAGO	FECHA COMPROBANTE	DEDUCCIÓN	IVA	RETEIVA	RETEICA	UDEA	TOTAL
Adición #1 -1	5566	\$ 93,361,440	902474387	31/10/2016	\$ 2,897,424		\$ 1,931,616	\$ 160,968	\$ 804,840	\$ 2,897,424
	5569	\$ 305,600,000	902474276	28/10/2016	\$ 3,667,200	\$ 3,219,360	\$ 482,904	\$ 40,242	\$ 201,210	\$ 724,356
Adición #1 -2	5624	\$ 23,340,360	902533311	20/12/2016	\$ 724,356			\$ 152,800	\$ 764,000	\$ 916,800
	5623	\$ 76,400,000	902533311	20/12/2016	\$ 916,800			\$ 965,210		\$ 8,205,780
Total		\$ 498,701,800			\$ 8,205,780					
DIFERENCIA										\$ -

ADICIÓN N°2 PAGO										
ADICIÓN N°2 Pago y desembolso	No. FACTURA	VALOR	No. COMPROBANTE PAGO	FECHA COMPROBANTE	DEDUCCIÓN	IVA	RETEIVA	RETEICA	UDEA	TOTAL
Adición #2 -1	5620	\$ 64,960,000	902533311	20/12/2016	\$ 2,016,000	\$ 8,960,000	\$ 1,344,000	\$ 112,000	\$ 560,000	\$ 2,016,000
								\$ 112,000		
Total		\$ 64,960,000			\$ 2,016,000					
DIFERENCIA										\$ -

Fue arrimado igualmente el oficio con Radicado 202230436413 del 10 de octubre de 2022¹¹, donde la Secretaría de Hacienda relaciona las retenciones efectuadas en el

⁹ CD ROM. Folio 5

¹⁰ Folios 26 a 40

¹¹ Folios 243 a 253

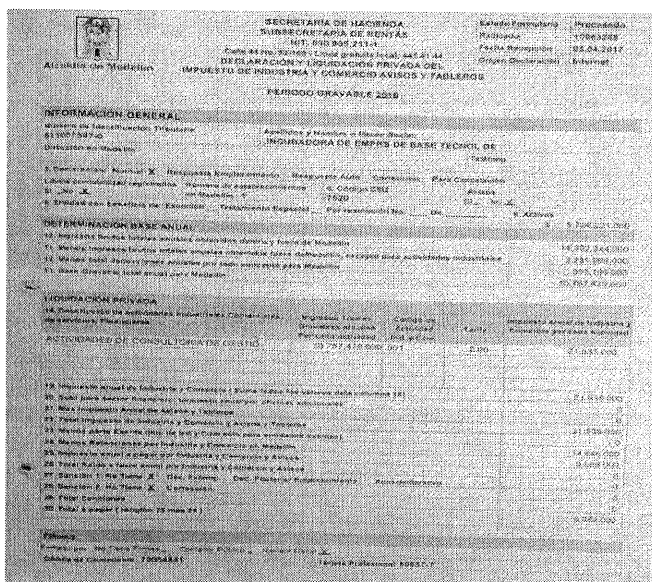
Convenio 4600064238 de 2016, y que acompaña con las órdenes de pago, en las que no se encuentran las correspondientes a dichas facturas (5444 y 5483).

En esta instancia, de manera preliminar podría concluirse que efectivamente existió una ausencia de retención del Impuesto de Industria y Comercio en los pagos señalados por el equipo auditor, sin embargo, igualmente fueron adosados otra serie de elementos con vocación probatoria que desvirtúan tal omisión, y que por el contrario, permiten evidenciar que la Corporación CREAME Incubadora de Empresas a la fecha, se encuentra al día por el concepto de pagos correspondientes en la vigencia 2016.

En efecto, en relación con el cumplimiento de las obligaciones tanto del sujeto pasivo como el activo, se encuentra constancia emitida el 20 de septiembre de 2022, por parte del representante legal de la Corporación CREAME Incubadora de Empresas, que señala¹²:

"(...) hace constar que la Corporación declaró en el año gravable 2016, todos sus ingresos sujetos al Impuesto de Industria y Comercio y entre ellos los correspondientes al Contrato 4600064238 de 2016 y a la fecha se encuentra a paz y salvo por concepto de industria y comercio con el municipio de Medellín"

A esta constancia, se acompañó la siguiente tabla¹³, en donde se relaciona el impuesto que dicha contratista pagó en el periodo gravable de 2016:



SECRETARÍA DE HACIENDA
SUBSECRETARÍA DE RENTAS
Calle 45 No. 92-49 - Local 4 de planta local 447-41-44
NIT: 900.000.214-4
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO AEROS Y TALENTO
PERIODO GRAVABLE 2016

INFORMACIÓN GENERAL
Entidad de la Contraloría: Contraloría General de Medellín
Dirección: Calle 45 No. 92-49 - Local 4 de planta local 447-41-44
Código: 001
Código: 001
Código: 001

DETERMINACIÓN BASE ANUAL
1. Base Anual: 1.000.000.000
2. Base Anual: 1.000.000.000
3. Base Anual: 1.000.000.000
4. Base Anual: 1.000.000.000
5. Base Anual: 1.000.000.000
6. Base Anual: 1.000.000.000
7. Base Anual: 1.000.000.000
8. Base Anual: 1.000.000.000
9. Base Anual: 1.000.000.000
10. Base Anual: 1.000.000.000
11. Base Anual: 1.000.000.000
12. Base Anual: 1.000.000.000
13. Base Anual: 1.000.000.000
14. Base Anual: 1.000.000.000
15. Base Anual: 1.000.000.000
16. Base Anual: 1.000.000.000
17. Base Anual: 1.000.000.000
18. Base Anual: 1.000.000.000
19. Base Anual: 1.000.000.000
20. Base Anual: 1.000.000.000
21. Base Anual: 1.000.000.000
22. Base Anual: 1.000.000.000
23. Base Anual: 1.000.000.000
24. Base Anual: 1.000.000.000
25. Base Anual: 1.000.000.000
26. Base Anual: 1.000.000.000
27. Base Anual: 1.000.000.000
28. Base Anual: 1.000.000.000
29. Base Anual: 1.000.000.000
30. Base Anual: 1.000.000.000
31. Base Anual: 1.000.000.000
32. Base Anual: 1.000.000.000
33. Base Anual: 1.000.000.000
34. Base Anual: 1.000.000.000
35. Base Anual: 1.000.000.000
36. Base Anual: 1.000.000.000
37. Base Anual: 1.000.000.000
38. Base Anual: 1.000.000.000
39. Base Anual: 1.000.000.000
40. Base Anual: 1.000.000.000
41. Base Anual: 1.000.000.000
42. Base Anual: 1.000.000.000
43. Base Anual: 1.000.000.000
44. Base Anual: 1.000.000.000
45. Base Anual: 1.000.000.000
46. Base Anual: 1.000.000.000
47. Base Anual: 1.000.000.000
48. Base Anual: 1.000.000.000
49. Base Anual: 1.000.000.000
50. Base Anual: 1.000.000.000
51. Base Anual: 1.000.000.000
52. Base Anual: 1.000.000.000
53. Base Anual: 1.000.000.000
54. Base Anual: 1.000.000.000
55. Base Anual: 1.000.000.000
56. Base Anual: 1.000.000.000
57. Base Anual: 1.000.000.000
58. Base Anual: 1.000.000.000
59. Base Anual: 1.000.000.000
60. Base Anual: 1.000.000.000
61. Base Anual: 1.000.000.000
62. Base Anual: 1.000.000.000
63. Base Anual: 1.000.000.000
64. Base Anual: 1.000.000.000
65. Base Anual: 1.000.000.000
66. Base Anual: 1.000.000.000
67. Base Anual: 1.000.000.000
68. Base Anual: 1.000.000.000
69. Base Anual: 1.000.000.000
70. Base Anual: 1.000.000.000
71. Base Anual: 1.000.000.000
72. Base Anual: 1.000.000.000
73. Base Anual: 1.000.000.000
74. Base Anual: 1.000.000.000
75. Base Anual: 1.000.000.000
76. Base Anual: 1.000.000.000
77. Base Anual: 1.000.000.000
78. Base Anual: 1.000.000.000
79. Base Anual: 1.000.000.000
80. Base Anual: 1.000.000.000
81. Base Anual: 1.000.000.000
82. Base Anual: 1.000.000.000
83. Base Anual: 1.000.000.000
84. Base Anual: 1.000.000.000
85. Base Anual: 1.000.000.000
86. Base Anual: 1.000.000.000
87. Base Anual: 1.000.000.000
88. Base Anual: 1.000.000.000
89. Base Anual: 1.000.000.000
90. Base Anual: 1.000.000.000
91. Base Anual: 1.000.000.000
92. Base Anual: 1.000.000.000
93. Base Anual: 1.000.000.000
94. Base Anual: 1.000.000.000
95. Base Anual: 1.000.000.000
96. Base Anual: 1.000.000.000
97. Base Anual: 1.000.000.000
98. Base Anual: 1.000.000.000
99. Base Anual: 1.000.000.000
100. Base Anual: 1.000.000.000

¹² Folios 234 a 236

¹³ Folio 234 y se repite en folio 246

En suma de lo anterior, y en ratificación de la información suministrada por el representante legal de la Corporación CREAME Incubadora de Empresas, fue allegado el oficio con Radicado 202230436413 del 10 de octubre de 2022, a través del cual el Municipio de Medellín, quien a través del Secretario de Hacienda, informa que para el período gravable 2016 la CORPORACIÓN INCUBADORA DE EMPRESARIAL DE BASE TECNOLÓGICA DE ANTIOQUIA, presentó la declaración de Industria y Comercio con el Radicado No. 10063268 del 5 de abril de 2017, adjuntando la declaración¹⁴, la cual coincide con la que fuera aportada por la contratista.

De capital importancia, lo que el Municipio de Medellín advierte en dicha misiva, puesto que indica:

“El impuesto facturado por la vigencia 2016 se compensó en parte, el 01 de noviembre de 2016, con saldo a favor del período gravable 2015, originado en el pago en exceso y de la retención de Industria y Comercio. La otra parte, se compensó el 02 de mayo de 2017, con la retención declarada por la misma vigencia.

Por lo anteriormente expuesto, la CORPORACIÓN INCUBADORA DE EMPRESARIAL DE BASE TECNOLÓGICA DE ANTIOQUIA con identificación tributaria No. 811.007.547, no presenta deuda por Impuesto de Industria y Comercio en el Distrito Especial de Medellín por el periodo 2016”,

Y finalmente, termina señalando el ente territorial:

“(…), con respecto a las retenciones del Impuesto de Industria y Comercio practicadas al Contrato 4600064238 de 2016, se observa que las causaciones a las cuentas por pagar al mencionado contrato se llevaron a cabo en su totalidad en el periodo 2016. (...)” (Resaltado de Despacho)

En este punto, resulta pertinente analizar el daño o detrimento patrimonial al Estado y su certeza en cuanto a su existencia como elemento integrante de la responsabilidad fiscal, consiste fundamentalmente en una lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos o de los intereses patrimoniales del Estado, por una mala gestión fiscal.

El concepto de daño patrimonial se encuentra establecido en el artículo 6° de la Ley 610 de 2000, al señalar:

¹⁴ Folios 243 a 253

“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, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de los órganos de control fiscal. Dicho daño podrá ocasionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo.”

Ahora bien, en cuanto a la certeza sobre la existencia de este elemento para el surgimiento de la responsabilidad fiscal, el Consejo de Estado, sostuvo¹⁵:

“(…) 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.” (Resaltado fuera de texto).

En este mismo sentido, y refiriéndose a la estimación del daño patrimonial en materia de responsabilidad fiscal, la Corte Constitucional, se pronunció en el siguiente sentido¹⁶:

“(…) para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad, razón por la cual entre otros factores que han de valorarse, están la existencia y certeza del daño y su carácter cuantificable con arreglo a su real magnitud. De este modo, no obstante la amplitud del concepto de interés patrimonial del Estado, el mismo es perfectamente determinable en cada caso concreto en que se pueda acreditar la existencia de un daño susceptible de ser cuantificado.” (Resaltado fuera de texto).

De manera pues, el daño fiscal **debe ser cierto, especial, anormal y cuantificable**¹⁷, lo que quiere decir que la certeza del daño en materia fiscal es una característica esencial del mismo **y al no estar presente excluye la responsabilidad fiscal**.

La responsabilidad fiscal se relaciona con el manejo de los recursos públicos y se configura a partir de la concurrencia de los siguientes elementos (Artículo 5° de la Ley 610 de 2000):

¹⁵ Consejo de Estado, Sección primera, Sentencia del 16 de marzo de 2017, radicación 68001-23-31-000-2010-00706-01 CP. María Elizabeth García González.

¹⁶ Corte Constitucional Sentencia C-340 de 2007 MP. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá D.C., 9 de mayo de 2007.

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Quinta Sentencia de 22 de febrero de 2018, C.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. No. 08001-23-31-000-2010-00612-01.

- **Un daño patrimonial al Estado,**

- Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, (activa u omisiva).
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Precisado lo anterior, y descendiendo nuevamente al caso analizado de cara al problema jurídico principal planteado, considera esta superioridad jerárquica que los medios de convicción, valga decirlo amplios, debidamente recaudados y valorados en primera instancia y en este grado consultivo, comportan la idoneidad, pertinencia y capacidad de demostrar que en el sub examine el presunto **daño patrimonial** no concurre, y en gracia de discusión, en caso de admitirse que este si se hubiera cristalizado, de acuerdo a la información brindada por la misma entidad presuntamente afectada – Municipio de Medellín, el valor que supuestamente no se recadó por concepto de Impuesto de Industria y Comercio se obtuvo vía compensación el 2 de mayo de 2017, con la retención declarada por la misma vigencia. Resulta apenas lógico otorgar credibilidad a la información suministrada por la empresa contratista, que presenta congruencia y verosimilitud a la que aporta el Municipio de Medellín, esta última como entidad presuntamente afectada.

Por lo expuesto, mal haría éste Organismo de Control Fiscal en indilgar responsabilidad fiscal al señor **ORLANDO DE JESÚS URIBE VILLA** en su calidad de investigado; ello por cuanto, el artículo 48 de la Ley 610 de 2000, requiere para proferir Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal el cumplimiento de ciertos requisitos, sin los cuales no es procedente tal actuación. Requisitos que deben encontrarse objetivamente demostrados en el proceso. Uno de ellos es qué se encuentre demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado. Detrimento, que para este caso particular se ha desvirtuado en tanto los medios probatorios recaudados resultan concurrentes y convergentes en indicar que el pago cuestionado por el Equipo Auditor, por concepto del tributo de industria y comercio generado en virtud de la celebración del convenio Contrato 4600064238 de 2016, fue cancelado a la Secretaría de Hacienda del Municipio de Medellín.

En este orden de ideas, se deberá atender el tenor literal del artículo 47 de la Ley 610 de 2000 cuando señala:

*“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).

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.

Por 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 fiscal¹⁸ 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, 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 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.

4.5. CONCLUSIONES Y OTRAS DETERMINACIONES

Bajo las precedentes consideraciones, al asistirle razón al funcionario de la primera instancia para terminar las presentes diligencias basado en que el hecho investigado no constituye daño patrimonial, no queda alternativa diferente para el Despacho que proceder a **CONFIRMAR el Auto 607 del 18 de octubre de 2022**, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 037 de 2018**.

Finalmente 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

¹⁸ (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.

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, **el Contralor General de Medellín,**

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva en el **Auto 607 del 18 de octubre de 2022**, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 037 de 2018**, por la motivación expuesta en la parte considerativa.

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: ADVERTIR que si posterior a la firmeza del Auto objeto de consulta en el presente acto administrativo, 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, se procederá la reapertura de la indagación o del proceso de conformidad con el artículo 17 de la Ley 610 de 2000.

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


PABLO ANDRÉS GARCÉS VÁSQUEZ
Contralor General de Medellín

Revisó y aprobó: Martín Alonso García Agudelo-Jefe Oficina Asesora de Jurídica
Proyectó: Jorge O - Profesional Universitario II



21