

DESPACHO DE LA CONTRALORA GENERAL DE MEDELLÍN

AUTO N° 021 DE 2020

POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N° 017 DE 2018

Medellín, veintidos (22) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Providencia consultada	Auto N° 314 del 17 de noviembre de 2020, Auto Verbal de Nulidad y Archivo
Entidad afectada	MUNICIPIO DE MEDELLÍN - SECRETARÍA DE HACIENDA, identificado con NIT. 890.905.211-1..
Presuntos responsable	• CARLOS ARTURO PANDALES LOZANO, identificado con la cédula 11.802.738, Rector Institución Educativa Federico Ozanam
Garante	• Axa Colpatria Seguros S.A, identificada con Nit 860.002.184-6
Hecho investigado	No retenciones de la contribución especial de seguridad, adoptado mediante el numeral 2° del artículo 132 del Acuerdo 064 del 2012 Estatuto Tributario de Medellín.
Cuantía	NOVECIENTOS VEINTITRÉS MIL CIEN PESOS (\$923.100)
Procedimiento	Verbal
Decisión	CONFIRMA LA DESICIÓN CONSULTADA. Se ordena devolución del expediente a su lugar de origen.

I. OBJETO A DECIDIR

La Contralora General de Medellín, en virtud de las facultades establecidas en los artículos 268, numeral 5° y 272 de la Constitución Política, las leyes 610 de 2000, 1474 de 2011 y 1437 de 2011; el Acto Legislativo 04 de 2019, el Decreto 403 del 2020, el Acuerdo Municipal 087 y 088 de 2018, las Resoluciones 092 de 2019 y 300 de 2020 expedidas por la Contraloría General de Medellín y demás normas concordantes, procede a conocer en GRADO DE CONSULTA respecto a la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante Auto N° 314 del 17 de noviembre de 2020, por medio del cual se ordenó la nulidad y archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 017 de 2018.

II. ANTECEDENTES

2.1. HECHO INVESTIGADO

El presente Proceso de Responsabilidad Fiscal se inició en virtud del hallazgo evidenciado en la Auditoría Especial Fondos Servicios Educativos vigencia 2016,

trasladado por la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal de Educación por medio de memorando con radicado 047729-201800000237 del 11 de enero de 2018, el cual se sintetiza de la siguiente manera:

El reproche fiscal endilgado por la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal Educación al presunto responsable fiscal CARLOS ARTURO PANDALES LOZANO, Rector de la Institución Educativa Federico Ozanam, quien actuando como agente retenedor no realizó la retención por Contribución Especial de Seguridad establecida en la Ley 1106 de 2006, adoptado mediante el numeral 2º del artículo 132 del Acuerdo 064 Estatuto Tributario de Medellín.

El hecho generador del gravamen lo constituyó los siguientes contratos celebrado por la Institución Educativa Federico Ozanam, según lo reporta el Equipo Auditor en su traslado:

Egreso	Fecha	Cto.	Valor	Proveedor o contratista	Concepto	Valor Contribución
445	21/09/2016	04	3,212,000	Nelson de Jesús López Bedoya	Mantenimiento instalaciones	\$ 160,600
476	30/11/2016	04	1,750,000	Nelson de Jesús López Bedoya	Mantenimiento instalaciones	\$ 87,500
430	19/07/2016	19	13,500,000	Nelson de Jesús López Bedoya	Pintura a todo costo	\$ 675,000

El detrimento patrimonial se cuantificó en la suma de **NOVECIENTOS VEINTITRÉS MIL CIEN PESOS (\$923.100)** correspondiente al valor de la contribución especial de seguridad no retenida.

2.2. PRESUNTO RESPONSABLE FISCAL.

Como presunto responsable fiscal en el traslado del hallazgo fiscal se indicó al rector **CARLOS ARTURO PANDALES LOZANO**, identificada con la cédula 11.802.738, en calidad de ordenador del gasto de la Institución Educativa Federico Ozanam.

2.3. LA ENTIDAD ESTATAL PRESUNTAMENTE AFECTADA

Como entidad afectada se identificó al Municipio de Medellín, identificada con el NIT 900.014.480-8

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

Como presunto daño patrimonial ocasionado al Municipio de Medellín se estableció la suma de **NOVECIENTOS VEINTITRÉS MIL CIEN PESOS PESOS (\$923.100)**

2.5. COMPAÑÍAS GARANTES VINCULADAS COMO TERCEROS CIVILMENTE RESPONSABLES

AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. – NIT 860.002.184 - 6				
PÓLIZA	TIPO DE PÓLIZA	VIGENCIAS		VALOR ASEGURADO
		DESDE	HASTA	
7943	MULTIRIESGOS	01/11/2016	01/04/2017	US\$407.399.989.016

2.6. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

- A través del Auto 242 del 11 de mayo de 2018 se comisionó a la abogada AIDA DEL CARMEN RODRIGUEZ CARMONA, adscrita a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal, para que adelantara las actuaciones pertinentes al Proceso de Responsabilidad Fiscal 017 - 2018 (Fl. 1).
- Por medio del Auto 346 del 20 de junio de 2018 se profirió Auto de Apertura e imputación en el Proceso de Responsabilidad Fiscal 017 – 2018 (Fls. 12 al 26).
- Mediante comunicación 201800003169 del 09 de julio de 2018 se citó al presunto responsable CARLOS ARTURO PANDALES LOZANO, para su notificación (Fl. 27).
- Mediante comunicación 201800003786 del 17 de agosto de 2018 se citó al presunto responsable CARLOS ARTURO PANDALES LOZANO, para audiencia de descargos (Fl.47)
- A través del ACTA 001 del 13 de septiembre de 2018 se inició audiencia de descargos (Fl.60)
- A través del auto 488 de 12 de julio de 2019 se comisionó al abogado MARTIN ALONSO GARCIA AGUDELO para adelantar y tramitar el proceso 017-2018. (Fl.81--82)

2.7 RELACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

Como tales obran los allegados al expediente del Proceso verbal de Responsabilidad Fiscal, los cuales se relacionan así:

1. Traslado de hallazgo (folio 3).
2. Respuesta con Radicado 201700003517 (folio 6-7)
3. Control de Hallazgo (folio 8-9)
4. Contrato 04 de 2016 (cd folio 11)
5. Contrato 19 de 2016 (cd folio 11)

III. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

La Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante Auto N° 314 de 11 de noviembre de 2020, ordenó la Nulidad y el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con radicado 017 de 2018, basándose principalmente en los argumentos consistentes en que el Auto de Apertura e Imputación 346 del 20 de junio de 2018, mediante el cual se llamó como presunto responsable al señor CARLOS ARTURO PANDALES LOZANO, identificado con la cédula 11.802.768, quien fungió como rector de la Institución Educativa Federico Ozanam, adolece de nulidad por falta de competencia del Organismo de Control Fiscal para investigar el presunto detrimento patrimonial. Ello por cuanto el **daño no ha adquirido la característica de certeza** en tanto el Subsecretario de Ingresos del Municipio de Medellín, en calidad de gestor fiscal del aludido tributo, conserva la competencia legal para realizar las gestiones de liquidación, discusión y recaudo del tributo. Competencia que se habilitó a la referida Subsecretaría de Ingresos ante la omisión de declaración y pago de la Contribución Especial de Seguridad por parte del obligado y del agente retenedor.

Así las cosas, se declara la nulidad de lo actuado en el Proceso Verbal de Responsabilidad Fiscal y de igual manera se ordena el archivo¹ del proceso por cuanto el presunto daño no constituye un detrimento cierto en tanto no ha acaecido la prescripción de la acción de cobro con la que cuenta el Municipio de Medellín para obtener el pago de la Contribución Especial de Seguridad objeto del Proceso de Responsabilidad fiscal 017 – 2018.

¹ “ARTICULO 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.” Ley 610 de 2000.

Para llegar a tomar la decisión de archivo del Proceso la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal entre otros argumentos, expone los siguientes:

[7.] Conclusión

(...)

[7.1.] La omisión en la retención de la contribución especial de obra pública o concesión, por sí misma, no produce un daño patrimonial al Estado.

[7.2.] La contribución especial adquiere el carácter de recurso público cuando es retenida por el agente retenedor; entre tanto, el recurso permanece en el ámbito privado del contribuyente.

[7.3.] En el circuito de la gestión fiscal relacionada con el recaudo de la contribución especial, el daño patrimonial al Estado adquiere el carácter de cierto, cuando ocurre la prescripción de la acción de cobro; siendo el hecho generador de aquel, la omisión de recaudo por parte del personal de la DIAN que da lugar a la ocurrencia del fenómeno extintivo.”

Así mismo afirma que:

*“Llegado a este punto, concluye este Operador Fiscal que los rectores de la instituciones educativas del municipio de Medellín en calidad de **agentes retenedores** de la contribución especial en los contrato de obra pública **no realizan gestión fiscal**, en este caso específico, por cuanto esta calidad está radicada en cabeza de la Subsecretaría de Ingresos del Municipio. Subsecretario que tiene la competencia para adelantar los procedimientos de liquidación, discusión, determinación y fiscalización del tributo, como lo dispuso el estatuto procedimental tributario municipal. Todo ello como lo ha explicado la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Contraloría General de la República.*

La omisión en la retención de la contribución especial de obra pública o concesión, por sí misma, no produce un daño patrimonial al Estado toda vez que la autoridad municipal cuenta con las herramientas legales para obtener el pago de las contribuciones de seguridad no retenidas.

Dado que no se ha efectuado la retención de la contribución especial de seguridad la misma no ha adquirido el carácter de recurso público y en consecuencia se encuentra en el ámbito privado. De donde no se podría hablar de un detrimento de los recursos públicos. La contribución especial adquiere la

calidad de recurso público una vez ha sido retenida por el agente de retención o cuando la autoridad tributaria ha determinado mediante acto administrativo dicha obligación, clara, expresa y exigible del tributo, cuestiones que no han ocurrido en el hecho denunciado como hallazgo fiscal.

*Ahora, dado que no ha sobrevenido el fenómeno jurídico de la prescripción el daño no ha adquirido la característica de certeza si se tiene en cuenta **que el hecho generador de la Contribución Especial acaeció en el momento de los egresos así:***

Egreso	Fecha	Cto.	Valor	Proveedor o contratista	Concepto	Valor Contribución
445	21/09/2016	04	3,212,000	Nelson de Jesús López Bedoya	Mantenimiento instalaciones	\$ 160,600
476	30/11/2016	04	1,750,000	Nelson de Jesús López Bedoya	Mantenimiento instalaciones	\$ 87,500
430	19/07/2016	19	13,500,000	Nelson de Jesús López Bedoya	Pintura a todo costo	\$ 675,000

*El daño se torna cierto cuando se configure la prescripción de la acción de cobro. Cuestión que para el **caso específico, en principio, solo sobrevendrá para cada uno de los egresos en las siguientes fechas 21/09/2021, 30/11/2021 y 19/07/2021**, si se tiene en cuenta que la contribución especial de seguridad se debió retener al momento del desembolso del recurso público, **hecho ocurrido en las siguientes fechas 21/09/2016, 30/11/2016 y 19/07/2016.***

De materializarse el fenómeno prescriptivo se podría predicar una eventual responsabilidad fiscal. En cuyo caso los hechos generadores del detrimento lo constituirían las omisiones de fiscalización, liquidación, discusión y recaudo de la Contribución Especial de Seguridad, por parte del personal responsable de la Subsecretaría de Hacienda del Municipio de Medellín.”

De acuerdo a los expuesto precedentemente se concluye, lo que se afirmó inicialmente, que el Auto de Apertura e Imputación 346 del 20 de junio de 2018, mediante el cual se llamó como presunto responsable al señor CARLOS ARTURO PANDALES LOZANO, identificado con la cédula 11.802.768, quien fungió como rector de la Institución Educativa Federico Ozanam, adolece de nulidad por falta de competencia del Organismo de Control Fiscal para investigar el presunto detrimento patrimonial. Ello por cuanto el **daño no ha adquirido la característica de certeza** en tanto el Subsecretario de Ingresos del Municipio de Medellín, en calidad de gestor fiscal del aludido tributo, conserva la competencia legal para realizar las gestiones de liquidación, discusión y recaudo del tributo. Competencia que se habilitó a la referida Subsecretaría de Ingresos ante la omisión de declaración y pago de la Contribución

Especial de Seguridad por parte del obligado y del agente retenedor. Así las cosas, se declara la nulidad de lo actuado en el Proceso Verbal de Responsabilidad Fiscal y de igual manera se ordena el archivo² del proceso por cuanto el presunto daño no constituye un detrimento cierto en tanto no ha acaecido la prescripción de la acción de cobro con la que cuenta el Municipio de Medellín para obtener el pago de la Contribución Especial de Seguridad objeto del Proceso de Responsabilidad fiscal 017 – 2018.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

4.1. 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 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 fiscalizador³.

Respecto al grado de consulta ha expresado la Corte:

“(…) no es un medio de impugnación sino una institución procesal en virtud de la cual es 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.”⁴

² “ARTICULO 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.” Ley 610 de 2000.

³ Ley 610 de 2000 artículo 18.

⁴ Sentencia C – 968 / 2003 – Sentencia C – 153 DE 1995.

4.2. EL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar aplicación a los fines perseguidos con el grado de consulta, esto es, la defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales, y partiendo de las explicaciones argüidas por el operador jurídico de primer grado en la decisión materia de revisión, esta Dependencia establece como problema jurídico el verificar la acreditación del supuesto señalado en el Artículo 47 de la Ley 610 de 2000, esto es, que el hecho investigado no comporta el ejercicio de una gestión fiscal, ni es constitutivo de daño patrimonial para la procedencia del auto de archivo dictado por el funcionario de primer grado.

Dependerá del grado de certeza que se tenga sobre la acreditación del presupuesto en mención, la confirmación o revocatoria de la decisión materia de revisión.

Para resolver el problema planteado, el Despacho sucintamente abordará en primera instancia **(i)** la procedencia de la Nulidad por falta de competencia dentro del proceso de Responsabilidad Fiscal **(ii)** la procedencia del auto de archivo en un proceso de Responsabilidad Fiscal, **(iii)** el alcance de la definición de gestión fiscal, **(iv)** se analizará la certeza del daño patrimonial **(v)** se harán unas consideraciones sobre la contribución especial **(vi)** y finalmente se pronunciará sobre el caso concreto, adoptando la decisión que en derecho corresponda.

4.3. LA PROCEDENCIA DE LA NULIDAD POR FALTA DE COMPETENCIA DENTRO DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL.

Según el ad-quo el proveído objeto de consulta, adolece de nulidad por falta de competencia del organismo de control fiscal para investigar el presunto detrimento patrimonial, ello por cuanto el daño no ha adquirido la característica de certeza.

La anterior reflexión vertida en el auto objeto de consulta, no se comparte por parte de esta superioridad, toda vez que esta Agencia Fiscal, si es competente para rituar el presente averiguatorio fiscal por las siguientes razones:

El Artículo 4 de la Ley 610 de 2000, modificado por el artículo 124 del Decreto Ley 403 de 2020, señala:

*“La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público 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 de los mismos, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.”.

En igual sentido, el Decreto Legislativo 403 de 2020 “*Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del acto legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal*”, define, en su artículo 2° no sólo el concepto de vigilancia fiscal, sino también que es el control fiscal, el objeto de vigilancia y control y los órganos que ejerce el control fiscal. El objeto del control fiscal comprende las actividades, acciones, omisiones, procesos, cuenta, contrato, programa, acto o hecho y todos los demás hechos que se encuentren comprendidos o incidan directa o indirectamente en la gestión fiscal.

El precepto legal citado prescribe:

“Definiciones. *Para los efectos de la vigilancia y el control fiscal se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:*

Vigilancia fiscal. *Es la función pública de vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, que ejercen los órganos de control fiscal de manera autónoma e independiente de cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa. Consiste en observar el desarrollo o ejecución de los procesos o toma de decisiones de los sujetos de control, sin intervenir en aquellos o tener injerencia en estas, así como con posterioridad al ejercicio de la gestión fiscal, con el fin de obtener información útil para realizar el control fiscal.*

Control fiscal: *Es la función pública de fiscalización de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, que ejercen los órganos de control fiscal de manera autónoma e independiente de cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa, con el fin de determinar si la gestión fiscal y sus resultados se ajustan a los principios, políticas, planes, programas, proyectos, presupuestos y normatividad aplicables y logran efectos positivos para la consecución de los fines esenciales del Estado, y supone un pronunciamiento de carácter valorativo sobre la gestión examinada y el adelantamiento del proceso de responsabilidad fiscal si se dan los presupuestos para ello.*

El control fiscal será ejercido en forma posterior y selectiva por los órganos de control fiscal, sin perjuicio del control concomitante y preventivo, para garantizar

la defensa y protección del patrimonio público en los términos que establece la Constitución Política y la ley.

Objeto de vigilancia y control: *Se entiende por objeto de vigilancia y control, las actividades, acciones, omisiones, operaciones, procesos, cuenta, contrato, convenio, proyecto, programa, acto o hecho, y los demás asuntos que se encuentren comprendidos o que incidan directa o indirectamente en la gestión fiscal o que involucren bienes, fondos o recursos públicos, así como el uso, explotación, exploración, administración o beneficio de los mismos.*

Sujeto de vigilancia y control: *Son sujetos de vigilancia y control fiscal los órganos que integran las ramas del poder público, los órganos autónomos e independientes, los de control y electorales, los organismos creados por la Constitución Política y la ley que tienen régimen especial, el Banco de la República, y las demás entidades públicas en todos los niveles administrativos, los particulares, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que a cualquier título recauden, administren, manejen, dispongan o inviertan fondos, recursos del Estado y/o bienes o recursos públicos en lo relacionado con éstos.*

Órganos de Control Fiscal: *Son la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, las contralorías distritales, las contralorías municipales y la Auditoría General de la República, encargados de la vigilancia y control fiscal de la gestión fiscal, en sus respectivos ámbitos de competencia.” (Lo resaltado es nuestro).*

Así entonces, refulge de manera meridiana en la presente pesquisa, y de una correcta lectura de los anteriores preceptos legales, que este órgano de control es competente sin dubitación alguna para haber conocido y rituado la pesquisa fiscal, en claro desarrollo de lo establecido en la Ley 610 de 2000 y en el Decreto Legislativo 403 de 2020, pues las normas de marras prescriben como objeto de vigilancia y control, las actividades, acciones, omisiones, operaciones, procesos, cuentas, contrato, convenio, proyecto, programa, acto o hecho y los demás asuntos que se encuentren comprendidos o que incidan directa o indirectamente en la gestión fiscal, toda vez que el objeto de investigación es la no retención de una exacción en un contrato estatal, celebrado por el rector de una institución educativa oficial, como bien se precisa a continuación:

Cabe resaltar que, el Decreto 4791 de 2008, en relación con los Fondos de Servicios Educativos de los establecimientos educativos estatales en el artículo 2° los define como cuentas contables creadas por la ley, como un mecanismo de gestión

presupuestal y de ejecución de los recursos de los establecimientos educativos para la atención de los gastos de funcionamiento de la respectiva entidad educativa.(SFT).

Asimismo, el artículo 3º ibídem, establece:

Artículo 3º. Administración del Fondo de Servicios Educativos.El rector o director rural en coordinación con el consejo directivo del establecimiento educativo estatal **administra el Fondo de Servicios Educativos** de acuerdo con las funciones otorgadas por la Ley 715 de 2001 y el presente decreto. (NFT)

Parágrafo. Se entiende por administrar el Fondo de Servicios Educativos las acciones de presupuestación, recaudo, conservación, inversión, compromiso, ejecución de sus recursos y rendición de cuentas, entre otras, con sujeción a la reglamentación pertinente y a lo dispuesto por el consejo directivo. (NFT)

En igual sentido, **en el artículo 13 de la ley 715 de 2001, se dispone que el rector o director celebrará los contratos que hayan de pagarse con cargo a los recursos vinculados a los fondos de servicios educativos**, en las condiciones y dentro de los límites que fijen los reglamentos y; **en el artículo 2.3.1.6.3.4 del Decreto 1075 de 2015, se reitera nuevamente, que los rectores y directores rurales son los ordenadores del gasto.** (NFT)

Por lo tanto, partiendo de la normatividad antes mencionada, es claro que los contratos que celebre un determinado rector de una institución educativa de carácter oficial, son pasibles de que este órgano de control, ejerza la competencia para investigar un presunto detrimento patrimonial, con apoyatura, precisamente, en lo establecido en el marco normativo del control fiscal.

4.4. LA PROCEDENCIA DEL AUTO DE ARCHIVO EN PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

En el proceso de responsabilidad fiscal hay lugar a proferir auto de archivo, cuando, agotado el término señalado en el Artículo 45 ibídem, se encuentre probado que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, el resarcimiento pleno del perjuicio, 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.

En este sentido, el doctrinante Iván Darío Gómez Lee, en su obra **“Responsabilidad fiscal y gerencia de recursos públicos”**, se pronunció sobre el auto de archivo de la investigación o de la indagación preliminar, y al respecto indicó⁵:

“Puede suceder que al cierre de la investigación se considere que no hay méritos para imputar la responsabilidad fiscal y se de aplicación al artículo 47 de la Ley 610 de 2000. Según esta disposición, habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se compruebe: (i) que el hecho no existió; (ii) que el hecho no es constitutivo de detrimento patrimonial; (iii) que el hecho no comporta gestión fiscal; (iv) que se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio; (v) que opere una causal excluyente de responsabilidad, o (vi) que se demuestre que la acción no podía iniciarse por haber operado la caducidad o la prescripción. Lo anterior aplicable tanto al procedimiento ordinario como al verbal.

Por otra parte, el artículo 46 de la Ley 610 de 2000 establece que vencido el término máximo de dos años establecido para la práctica de pruebas en los procedimientos ordinarios, se procederá al archivo del proceso o a dictar auto de imputación de responsabilidad fiscal según el caso. Este es un evento en el cual, después del término antes señalado, debe proceder el funcionario competente al archivo del proceso en aquellos eventos en que se configure alguno de los supuestos previstos en el artículo 47 de la Ley 610.”

4.5. EL ALCANCE DE LA DEFINICIÓN DE GESTIÓN FISCAL

La Ley 610 de 2000, en su artículo 3º define la noción de gestión fiscal y respecto a dicha definición la Corte Constitucional se ha pronunciado en la Sentencia C-840 de 2001, en los siguientes términos⁶:

“Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por

⁵ Iván Darío Gómez Lee, en su obra “Responsabilidad fiscal y gerencia de recursos públicos”. Pág. 362 a 363.

⁶ Ley 610 de 2000, artículo 3: “Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.”

supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado"

Acerca del alcance de la definición de **gestión fiscal**, resultan ilustrativos los siguientes apartes jurisprudenciales proferidos por el Consejo de Estado⁷:

"El contenido de la gestión fiscal está delimitada en su definición legal, jurisprudencial y doctrinaria, en la que se destaca que lo sustancial es que dicha gestión está referida a recursos o fondos públicos y su aplicación para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, tal como se lee en el artículo 3º de la Ley 610 de 2000, a saber: "Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales".

Respecto del alcance de la expresión **gestión fiscal**, la misma Corporación señaló⁸:

"El concepto de gestión fiscal, cuyo contenido va más allá del simple comportamiento fiscal apegado al principio de legalidad, comprende igualmente la verificación de los resultados que se quieren alcanzar con ella. En ese sentido, quienes tengan bajo su responsabilidad el manejo de los recursos presupuestales, están llamados a orientar dicha actividad hacia la consecución efectiva de los fines del Estado, con un apego estricto e incondicional a las normas vigentes, buscando alcanzar de manera exacta y puntual los objetivos a los cuales apunta el manejo de tales recursos".

En autos esta plenamente demostrado que la génesis del presente averiguatorio radica en la situación factual de la no retención por parte de la presunta responsable fiscal de la contribución especial (conocida como impuesto de guerra) establecida en

⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 23 de septiembre de 2007. Radicado 25000-23-24-000-2001-01039-01 M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

⁸ Consejo de Estado. Sentencia del 15 de abril de 2010 radicado 66001-23-31-000-2006-00102-01 M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta) (subrayas del Despacho.

la ley 1106 de 2006, y que de manera primigenia se había consagrado en la Ley 418 de 1997.

Así entonces, como premisa toral en el presente averiguatorio, se deberá precisar por esta instancia de consulta, si efectivamente y de acuerdo a los lineamientos establecidos en el artículo 3° de la Ley 610 de 2000 y criterios jurisprudenciales, el implicado fiscal pudiera haber ejercido gestión fiscal como Rector de la Institución Educativa Federico Ozanam, al no retener la exacción.

El Decreto 4791 de 2008⁹ define a los Fondos de Servicios Educativos como cuentas contables creadas por la ley, como un mecanismo de gestión presupuestal y de ejecución de los recursos de los establecimientos educativos para la atención de los gastos de funcionamiento de la respectiva entidad educativa.

El anterior decreto¹⁰, establece por otra parte, que los fondos educativos carecen de personería jurídica, endilgando a los rectores y directores rurales la calidad de ordenadores del gasto.

En el artículo 13 de la ley 715 de 2001, se dispone que el rector o director celebrará los contratos que hayan de pagarse con cargo a los recursos vinculados a los fondos, en las condiciones y dentro de los límites que fijen los reglamentos y; en el artículo 2.3.1.6.3.4 del Decreto 1075 de 2015, se reitera nuevamente, que los rectores y directores rurales son los ordenadores del gasto.

Estando habilitados por nuestro ordenamiento jurídico para suscribir los contratos que fueron objeto de glosa, tenían sin discusión alguna la obligación legal de actuar como agentes retenedores en el presente averiguatorio.

Aseveración de esta instancia, que tiene respaldo en el mismo marco jurídico cuando en tal aspecto se precisa en el artículo 368 del Estatuto Tributario Nacional:

“QUIÉNES SON AGENTES DE RETENCIÓN. Modificado por el art. 115, Ley 488 de 1998, Reglamentado por el Decreto Nacional 2707 de 2008. Son agentes de retención o de percepción, las entidades de derecho público, los fondos de inversión, los fondos de valores, los fondos de pensiones de jubilación e invalidez, los consorcios, las comunidades organizadas, y las demás personas naturales o jurídicas, sucesiones ilíquidas y sociedades de hecho, que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente”.

⁹ artículo 2°

¹⁰ artículo 4°

De la anterior preceptiva se desprende, entre otras, que las personas naturales serán agentes retenedores, siempre y cuando exista norma legal que en tal aspecto le permitan la retención del correspondiente tributo.

El artículo 121 de la Ley 418 de 1997, prescribe las personas que actúan como agentes retenedores de la contribución especial objeto de averigatorio fiscal, al indicar:

“Para los efectos previstos en el Artículo anterior, la entidad pública contratante descontará el cinco por ciento (5%) del valor del anticipo, si lo hubiere, y de cada cuenta que cancele al contratista.

El valor retenido por la entidad pública contratante deberá ser consignado inmediatamente en la institución que señale, según sea el caso, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público o la entidad territorial correspondiente.

Copia del correspondiente recibo de consignación deberá ser remitido por la entidad pública al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Unidad Administrativa de Impuestos y Aduanas Nacionales o la respectiva Secretaría de Hacienda de la entidad territorial, dependiendo de cada caso. Igualmente las entidades contratantes deberán enviar a las entidades anteriormente señaladas, una relación donde conste el nombre del contratista y el objeto y valor de los contratos suscritos en el mes inmediatamente anterior.”

Así las cosas, refulge en autos verificar si estando habilitada la presunta responsable fiscal, para retener en el porcentaje establecido en la norma, en el contrato suscrito y factura cancelada objeto de pesquisa, si su conducta encaja dentro de los verbos rectores que al efecto ha establecido nuestro legislador, para pregonar si son o no gestores fiscales.

El artículo 3° de la Ley 610 de 2000, prescribe:

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

El órgano de cierre de la justicia contenciosa administrativa, en este aspecto, ha disciplinado entre otras¹¹

De la definición transcrita deduce la Sala que **el sujeto pasivo en el proceso de responsabilidad fiscal son los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, cuando al realizar la gestión fiscal, a través de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas no han dado una adecuada planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los mismos, o a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas, causando por ende con ello detrimento patrimonial al Estado.**

Uno de los verbos establecidos es el de **recaudación**, por lo que habrá de precisarse, que se entiende por recaudar, de acuerdo a la definición que al efecto trae la Real Academia de la Lengua: “*Asegurar, poner o tener en custodia, guardar*”.

Así las cosas para el caso que concita la atención de esta superioridad funcional, el deber legal de **recaudar la exacción**, es constitutiva de gestión fiscal, pues si se llegara a prohiar, como lo sostuvo el funcionario instructor que el agente retenedor en este caso, es un simple colaborador y que los dineros solo adquieren el carácter de públicos una vez son retenidos, no se podría predicar en **ningún caso**, en vía de ejemplo, el carácter de gestor fiscal de un tesorero o de un servidor público que tenga el deber funcional o legal de **recaudar** impuestos, tasas o contribuciones, pues siempre actuaría como un simple colaborador y por obvias razones, el dinero siempre será de los particulares hasta tanto no ingresen a las arcas del respectivo patrimonio público, lo cual conllevaría al patrocinio de conductas omisivas en este aspecto, que irían en contravía de la protección del erario público.

Los **particulares** ejercen una función de colaboración al recaudar una exacción o tributo determinado, pero tal acepción no puede predicarse de un servidor público que esta habilitado para suscribir un contrato público y de contera, por norma jurídica obligado a efectuar el recuado como es el caso de autos.

4.7. CERTEZA DEL DAÑO PATRIMONIAL

El daño patrimonial al Estado esta definido en el artículo 6° de la ley 610 de 2000 como:

¹¹ Consejo de Estado, sentencia del 19 de mayo de 2016, Radicado 680012333-000-2013-010

“...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”.

De acuerdo con la normatividad actual a la responsabilidad fiscal sólo le interesan los daños causados. No puede configurarse responsabilidad fiscal sobre daños que aún no se han producido, es decir daños futuros. A esta conclusión contundente 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 el daño exista, es decir, ya se haya consumado o producido. Esta disposición 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. Esto podría entonces conllevar injusticias al atribuir responsabilidad fiscal a alguien — tendría que acarrear con las graves consecuencias que ello implica— sobre un daño que finalmente no se produjera. En este caso se presentaría un enriquecimiento sin causa por parte del Estado y el ciudadano podría demandar para que le reembolsaran lo pagado, teniendo en cuenta que la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal es resarcitoria, es decir, pretende recuperar el detrimento patrimonial al Estado.

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 y 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 culposas atribuibles a un servidor público o persona que maneje dichos dineros, 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 medula 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 colombiana.

La certeza en el daño, es entonces uno de los elementos cardinales para que se puede preciar la responsabilidad de un sujeto de control determinado.

Así lo ha reiterado la jurisprudencia contenciosa del máximo órgano de cierre, al indicar entre otras:

*“ (...) 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 fiscal. 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 presentare, 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 sólo tiene sentido en el evento en que sea posible establecer con certeza la existencia del daño al patrimonio del Estado y la cuantía del mismo**”.* (Lo resaltado es del Despacho).

En efecto, milita en la pesquisa fiscal (folio 70) que el Municipio de Medellín, a través de la Subsecretaría de Ingresos de la Secretaría de Hacienda del Municipio de Medellín, a través de la Unidad de Impuestos Varios, realiza la fiscalización y agotamiento del procedimiento tributario a la contribución especial establecida en la Ley 1106 de 2006 a los agentes de retención y que el término de prescripción que tiene la administración para realizar procesos de fiscalización para agentes de retención de la contribución especial de obra que no lo hicieron, es de cinco años contados a partir del término para declarar.

En folio 11 del único cuaderno obra en la causa fiscal un CD continente de los contratos los cuales se denominan así:

El contrato número 11 cuyo objeto es “ La adecuación y pintura a todo costo de las aulas y oficinas administrativas del bloque sur; y suministro de material de pintura para la fachada del bloque sur” por valor de \$13.500.000 firmado el día 24 de mayo de 2016.

El contrato número 04 cuyo objeto es “servicio de mantenimiento preventivo y ocorrectivo a todo costo de las instalaciones educativas Federico Ozanam sin incluir instalaciones eléctricas, hidro-sanitarias y cerrajería” por valor de \$11.000.000-.

Ambos contratos fueron suscritos por el señor CARLOS ARTURO PANDALES LOZANO, en calidad de rector, y como contratista el señor NELSON DE JESUS LOPEZ PEDOYA, igualmente en dicho CD, se encuentra las cuentas de cobro:

El día 12 de septiembre de 2016, cuenta de cobro por valor de 3.212.000, correspondiente al contrato número 04 de 2016, egreso con fecha 21 de septiembre de 2016 por este mismo valor.

El día 28 de noviembre de 2016, cuenta de cobro por valor de \$1.750.000, egreso con fecha del 30 de noviembre de 2016 por el mismo valor.

El día 18 de julio de 2016, cuenta de cobro por valor de \$13.500.000, egreso con fecha del 17 de julio 2016 por el mismo valor.

Así las cosas, se debe colegir que en la actualidad, no se ha causado la prescripción de la fiscalización para el cobro, que al efecto debe realizar la Subsecretaria de Ingresos del Municipio de Medellín.

Aseveración de esta Superioridad que se afinca de manera adicional, en lo conceptuado en tal tópico por la Contraloría General de la República, al precisar, sobre la prescripción de la acción de cobro de la contribución especial consagrada en la Ley 1106 de 2006.¹²:

“ (...) 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.

*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).*

¹² Contraloría General de la República, OJ –PI 127 de 2018.

La acción de cobro a través del proceso de fiscalización, por la Contribución establecida en la Ley 1106 de 2006, de acuerdo a documento público que milita en el cartulario fiscal y suscrito por el señor Secretario de Hacienda del Municipio de Medellín, recae en la Subsecretaria de Ingresos de dicha dependencia, por tanto como bien se elucubró de manera precedente, el daño al erario municipal no se ha configurado y por ende, no es pregonable responsabilidad fiscal alguna por el momento, no siendo factible aperturar el proceso de responsabilidad, ante la inexistencia de un elemento cardinal del tríptico de la responsabilidad fiscal como es la existencia del daño patrimonial.

En el proceso de fiscalización que se realice, estando habilitado para realizarlo la correspondiente dependencia del Municipio de Medellín al tenor de lo establecido por el artículo 684 del Estatuto Tributario Nacional y como consecuencia de la misma, la presunta responsable fiscal, como agente retenedora de la contribución especial, podrían ser solidariamente responsables por el valor de **lo no retenido**, de acuerdo a lo establecido en el artículo 370 del Estatuto Tributario Nacional, cuando prescribe:

“LOS AGENTES QUE NO EFECTÚEN LA RETENCIÓN, SON RESPONSABLES CON EL CONTRIBUYENTE. No realizada la retención o percepción, el agente responderá por la suma que está obligado a retener o percibir, sin perjuicio de su derecho de reembolso contra el contribuyente, cuando aquél satisfaga la obligación. Las sanciones o multas impuestas al agente por el incumplimiento de sus deberes serán de su exclusiva responsabilidad” con lo cual considera esta instancia se garantizaría que no se conculcaria el patrimonio público en el valor objeto de pesquisa fiscal, para lo cual se debe entender que dicho proceso de fiscalización se deberá efectuar dentro del estricto marco jurídico establecido en el Estatuto Tributario Nacional y Decreto 350 de 2018, expedido por el Municipio de Medellín.

4.8 CONSIDERACIONES ACERCA DE LA CONTRIBUCION ESPECIAL

A) La contribución especial o impuesto de guerra (como de manera común se ha denominado).

(i) Marco normativo del impuesto del 5% en los contratos de obra pública.

La contribución especial para la seguridad surge con el Decreto Extraordinario 2009 de 1992, en el cual se estableció que las personas que suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público estarían sujetas al pago de una contribución en los siguientes términos:

“Artículo 1º. Todas las personas naturales o jurídicas que, a partir de la vigencia del presente Decreto, suscriban contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público, o celebren contratos de adición al valor de los existentes, deberán pagar a favor de los entes territoriales respectivos, de acuerdo con el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante, una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición.”

Según los considerandos del mencionado decreto, la contribución tuvo por objeto dotar a las fuerzas armadas de fuentes de financiación para afrontar de manera exitosa “la ofensiva subversiva y terrorista”; con ese fin, el mismo decreto dispuso que los recaudos se destinarían a la dotación de las fuerzas militares y de policía o a la realización de gastos orientados a generar un ambiente que propicie la seguridad ciudadana, el bienestar social, la convivencia pacífica, el desarrollo comunitario y, en general, todos aquellos gastos que permitan hacer presencia real del Estado (art.4).

Para ello, las entidades públicas contratantes actuarían como agentes retenedores de la contribución, estando obligadas a enviar los valores retenidos al Ministerio de Hacienda o a la Secretaría de Hacienda de la respectiva entidad territorial según corresponda (Art. 3).

Esta contribución fue incluida luego, con una vigencia de 2 años, en los artículos 123 a 125 de la Ley 104 de 1993 “*por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones*”. Sin perjuicio de algunas modificaciones sobre el manejo de la contribución por parte de las entidades territoriales, la misma no sufrió grandes cambios frente a lo que disponía el Decreto 2009 de 1992 ya referido y siguió siendo aplicable a la suscripción de contratos de obra pública para la construcción y mantenimiento de vías con entidades de derecho público.

Posteriormente, el artículo 62 de la Ley 241 de 1995, “*por la cual se modifica, adiciona y prorroga la vigencia de la Ley 104 de 1993*”, reduciría ligeramente el ámbito de aplicación de la contribución, en el sentido de excluir “los contratos de construcción de vías terciarias y los de adición a éstos” (art.62); así mismo, amplió la vigencia de la Ley 104 de 1993 por dos años más (art.61).

Con sus especificaciones actuales, la contribución especial para la seguridad ciudadana se remonta a la Ley 418 de 1997 “*por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones*”. Su vigencia original de 2 años fue prorrogada inicialmente por 3 años (Ley 548 de 1999), luego por 4 años más (Ley 782 de 2002), posteriormente por otros 4 años

adicionales (Ley 1106 de 2006) y, más recientemente por otros 4 años más, según lo dispuso la Ley 1421 de diciembre 21 de 2010 y, de manera casi inmediata a la anterior (8 días después), se redujo su ámbito de vigencia a tres (3) años de acuerdo con el artículo 53 de la Ley 1430 de diciembre 29 de 2010.

Vigencia de la contribución.

El 18 de diciembre de 2014, el Gobierno Nacional sancionó la Ley 1738 "por medio de la cual se prorroga la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002, 1106 de 2006 y 1421 de 2010".

Con la expedición de esta ley se acabó la controversia que se había generado en torno a la vigencia o no del tributo denominado Contribución Especial de Seguridad y conocido como Impuesto de Guerra, que grava el valor total de los contratos de (1) obra pública, (2) concesión de obra pública y (3) otras concesiones con una tasa equivalente al 5% el primero y del 2.5% para los otros dos. Esta controversia se había generado por la expedición simultánea de dos leyes en el mes de diciembre del año 2010 que prorrogaron la vigencia del tributo, la primera por 4 años (Ley 1421: hasta diciembre de 2014) y la segunda por 3 años (Ley 1430: hasta diciembre de 2013).

Como aspectos novedosos introducidos por la Ley 1738 de 2014 en relación con la contribución especial de seguridad, se destacan:

1. La vigencia del tributo ya no será temporal ni estará sujeta a prórrogas sucesivas como venía ocurriendo desde el año 1992, año en que se creó este tributo con "carácter temporal". La ley expresamente (artículo 8o, parágrafo) dispuso que el artículo 6o de la Ley 1106 de 2006, norma que en la actualidad contempla los elementos de causación del tributo, **tendría una vigencia permanente**.
2. Los Fondos de Seguridad y Convivencia Ciudadana "Fondos Cuenta" de carácter territorial (municipios y departamentos) y de carácter nacional, tendrán igualmente una vigencia permanente, en tanto la ley expresamente (artículo 8o, parágrafo) dispuso que los artículos 6o y 7o de la Ley 1421 de 2010, norma que contempla la actual estructura de funcionamiento de estos fondos, tendría una vigencia permanente.
3. Se eliminó la tasa especial del 3% que autorizaba gravar con este porcentaje las *"concesiones que otorguen las entidades territoriales con el propósito de ceder el recaudo de sus impuestos o contribuciones"* (se deroga esta expresión contenida en la Ley 1106, art. 6o. inciso penúltimo). Esta derogatoria se encuentra en concordancia con la Ley 1386 de 2010 que expresamente prohibió

la celebración de contratos que tengan por objeto ceder a particulares la administración, fiscalización, liquidación, cobro coactivo, discusión, devoluciones, e imposición de sanciones respecto de los impuestos y/o contribuciones de las entidades territoriales.

Elementos de la contribución.

En su versión actual contenida en el artículo 6º de la Ley 1106 de 2006, la contribución se caracteriza por haber ampliado el hecho generador al señalar que ésta se causa en general por la suscripción de contratos de obra pública con entidades de derecho público, inclusive tratándose de concesiones (antes no incluidas) y de convenios entre entidades públicas. Este artículo, prorrogado ahora indefinidamente por la Ley 1738 de 2014 (artículo 8o, parágrafo) consagra el tributo en los siguientes términos:

“Artículo 6o. De la contribución de los contratos de obra pública o concesión de obra pública y otras concesiones. El artículo 37 de la Ley 782 de 2002, quedará así:

Todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública, con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes deberán pagar a favor de la Nación, Departamento o Municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante una contribución equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición.

Las concesiones de construcción, mantenimiento y operaciones de vías de comunicación, terrestre o fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales pagarán con destino a los fondos de seguridad y convivencia de la entidad contratante una contribución del 2.5 por mil del valor total del recaudo bruto que genere la respectiva concesión.

Esta contribución sólo se aplicará a las concesiones que se otorguen o suscriban a partir de la fecha de vigencia de la presente ley.

(...)

De acuerdo con la norma anterior, el tributo reúne los siguientes elementos:

- (i) **Sujeto pasivo:** las personas naturales o jurídicas en general.
- (ii) **Hecho generador:** la suscripción de contratos de obra pública, concesión de obra pública y otras concesiones con entidades de derecho público o la adición de los existentes.

(iii) **Sujeto activo:** la Nación, Departamento o Municipio según el nivel de la entidad pública contratante, quienes destinarán los recursos a los Fondos de Seguridad (art.122); y

(iv) **Tarifa** corresponde al 5% del valor del respectivo contrato o adición o el 2.5 por mil en el caso específico de las concesiones. Además queda incluida la contratación de obras públicas a través de convenios entre entidades públicas (parágrafo 3º).

La Corte Constitucional, pronunciándose sobre su exequibilidad (Artículo 6º de la Ley 1106 de 2006), en Sentencia C-1153 de 2008 concluyó que dado que no existe una definición especial en la Ley 1106 de 2006 del contrato de obra pública, debe estarse a la que para dicho tipo contractual prevé la Ley 80 de 1993, con la cual puede llenarse sin dificultad cualquier duda de interpretación sobre qué se entiende por contrato de obra pública. Así, darán nacimiento a la obligación tributaria los contratos que tengan por objeto la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles.

De otra parte, en relación con el segundo de los elementos que genera la obligación tributaria, el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006 al modificar el artículo 120 de la Ley 417 de 1998, se refiere en general a los contratos de obra pública suscritos con “entidades de derecho público”; igualmente, en otros apartes del referido artículo 6º y de la misma Ley 417 de 1998 (cuando se regula el recaudo de la contribución), el legislador acude a la expresión “entidad pública contratante”, sin hacer distinciones apoyadas en el tipo de entidad estatal o en régimen contractual aplicable al contrato.

Por tanto, en la medida que la ley no hace distinciones, el concepto de *entidad de derecho público o entidad pública contratante* debe **interpretarse en un sentido amplio, que comprende los contratos de obra pública celebrados en general por las diferentes entidades del Estado, estén o no sujetas ellas o sus contratos a un régimen especial.**

Ahora bien, con relación a que se entiende por obra pública es menester traer a colación lo que en tal aspecto ha precisado entre otras la jurisprudencia del Consejo de Estado al señalar:

“El contrato de obra es un negocio jurídico tipificado[x] de conformidad con lo establecido en la ley 80 de 1993 artículo 32 No 1, de contenido económico[xi], principal[xii], oneroso[xiii], solemne[xiv], sinalagmático y conmutativo[xv], en el cual una de sus partes es una entidad estatal, un particular que cumple funciones

administrativas en los términos de la ley, o cualquier otra persona que involucre en el mismo recursos públicos, y que tiene por objeto cualquier realización o intervención (obligación de hacer) material sobre bienes inmuebles, tales como, construcción, mantenimiento, instalación sobre los mismos, cualquiera sea la modalidad de ejecución y pago.

Se trata por lo tanto de una fuente de obligaciones recíprocas para las partes, en la cual el contratante se obliga a dar una contraprestación, cualquiera que sea ella, a cambio, por parte del contratista, de una obra material (Hacer), que engrandece el patrimonio público, resultante de una intervención o realización material sobre inmuebles, obligaciones que se miran como equivalentes conforme a las previsiones objetivas iniciales acordadas por las partes al momento de proponer o de contratar.

Las prestaciones propias del objeto del contrato de obra, no corresponden a un desarrollo taxativo y cerrado del legislador, se trata a no dudarlo de un simple listado apenas enunciativo, pues, la administración tiene la potestad de adicionar otras[xvi], las que requiera de acuerdo a sus necesidades que impliquen siempre intervención sobre bienes inmuebles. Lo cual guarda consonancia con lo establecido en el artículo 40 de la ley 80 que dispone:

“Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración”. (Subrayado fuera de texto)

Resulta importante destacar para un cabal entendimiento de este instrumento negocial que la legislación colombiana denomina al contrato como “contrato de obra” cuya fuente siempre será irremediamente un trabajo público[xvii], y no propiamente o de manera exclusiva como contrato de obra pública, lo cual tiene incidencia directa en la naturaleza del bien inmueble sobre el que recaiga el trabajo público generador de la obra contratada por la administración, el cual entre nosotros, no es solo el inmueble público sino también el privado, cuando así lo permita la naturaleza de la necesidad publica a ser atendida[xviii]. (sentencia del 15 de octubre de 2015, Radicado 68001-23-15-000-1996-12430-01 CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

Del anterior acervo normativo y jurisprudencial se puede sostener que la contribución especial o impuesto de guerra, el **HECHO GENERADOR** lo constituye en esencia la suscripción de contratos de obra pública que celebren las diferentes entidades estatales.

4.9. EL ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

En el caso que se analiza, y de acuerdo con el problema jurídico establecido por esta instancia, es menester revisar los elementos probatorios que obran en el cartulario y sobre los cuales se apoyó el funcionario de la primera instancia.

El objeto de reparo, es decir, a criterio de la Auditoría Especial Fondos de Servicios Educativos, es que el rector de la Institución Educativa Federico Ozanam, CARLOS ARTURO PANDALES LOZANO, no realizó la retención de la contribución especial de seguridad establecida en la Ley 1106 de 2006, adoptado por el Acuerdo Municipal 64 de 2012 “*Estatuto Tributario de Medellín*” Cuantificándose el presunto detrimento en la suma de **NOVECIENTOS VEINTITRÉS MIL CIEN PESOS (\$923.100)** correspondientes al valor de las contribuciones no retenidas.

Precisado lo anterior, surge entonces el siguiente interrogante en autos. ¿los rectores como agentes retenedores son gestores fiscales ¿y su actuar como retenedores es realizado en virtud de la Gestión Fiscal?

Se considera, contrario a lo sostenido en este aspecto por el **a-quo**, que para el caso de autos, sí estamos en presencia de gestión fiscal por parte de la presunta responsable fiscal, como bien se precisó en acápites precedentes por lo cual no se transcribirá nuevamente lo elucubrado por la instancia, para no caer en una innecesaria tautología.

Resuelto el primer interrogante, pásamos a resolver el segundo: ¿los dineros dejados de recaudar para efectos de la Contribución Especial configuran un daño patrimonial cierto?

Como ya se había precisado en párrafos precedentes, el daño en materia de Responsabilidad Fiscal, debe ser cierto, real y verificable, no se pueden considerar daños que aún no se han causado o daños que son futuros e inciertos.

Teniendo en cuenta que el Proceso de Responsabilidad Fiscal es eminentemente resarcitorio, es requisito indispensable que se tenga la certeza absoluta de la existencia del daño al patrimonio público, es decir que este realmente se haya causado. El daño se constituye en la esencia, en el elemento central del Proceso de Responsabilidad Fiscal.

Ahora bien, no obstante en el presente proceso de responsabilidad, se considera que existe competencia de éste órgano de control para rituar el presente averiguatorio, en autos, de acuerdo a la prueba documental obrante en la foliatura como bien lo aseveró el a-quo, no se ha estructurado el daño patrimonial al Estado.

Es menester señalar, que en grado de consulta, en materia de responsabilidad fiscal, el superior jerárquico esta habilitado, para confirmar, revocar o modificar un proveído determinado. Aserción de esta superioridad que tiene asidero en lo precisado por el juez natural de las controversias administrativas cuando en tal aspecto ha indicado¹³:

*“El grado de consulta es el mecanismo creado por el legislador para que, **en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal**, el superior de quien profiere **una decisión que consista en el archivo**, fallo sin responsabilidad fiscal o fallo con responsabilidad fiscal, según sea el caso, **la modifique, confirme o revoque**. En esta perspectiva resulta evidente que el competente para resolver el grado de consulta es el superior jerárquico o funcional de quien profirió la decisión. (...) Esta interpretación coincide plenamente con el postulado legal que regula la figura en comento, cuando establece de manera clara y perentoria que “el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico”, para que éste, dentro del mes siguiente profiera la respectiva decisión.” (Lo resaltado es fuera de texto).*

En tal tópico y en igual sentido, el juez colegiado constitucional ha indicado¹⁴:

*“ [...]4.5.8. Al proceder la consulta, en su trámite la Contralora General de la República tiene amplia competencia para tomar las decisiones que estime conveniente. Sobre la consulta es relevante traer a cuento lo dicho por la Corte en la Sentencia C-968 de 2003, reiterada en la Sentencia C-670 de 2004, en el cual se la califica como un control automático, **oficioso y sin límites, al punto de que no se le aplica el principio de la no reforma en perjuicio**. También son relevantes las Sentencia C-055 de 1993 y C-583 de 1997, como pasa a verse.*

4.5.9. En la Sentencia C-055 de 1993, al distinguir entre el recurso de apelación y la consulta, dice la Corte:

A diferencia de la apelación, no es un recurso. Por eso no hay apelante y, por ende, la competencia del juez de segundo grado no depende de si una sola o

¹³ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 22 de octubre de 2015, Radicado 630001-23-31-000-2008-00156-01.

¹⁴ T-005 de 2013

ambas partes aspiran a la modificación de la sentencia proferida en primera instancia, de tal manera que goza de atribuciones suficientes para reformar y aún revocar el proveído sometido a su conocimiento. Pero, desde luego, habrá de tenerse en cuenta el motivo de la consulta, es decir, el interés que con ella se busca tutelar, a fin de establecer, dentro de las características propias que ofrece en las distintas jurisdicciones, hasta dónde podría llegar el juzgador en el momento de introducir cambios a la providencia en cuestión.” (Lo resaltado es fuera de texto).

Así las cosas, se deberá **Modificar** la decisión consultada, en cuanto consideró que no existía competencia por parte de este órgano de control para rituar la presente controversia y en su lugar, procede el auto de archivo al tenor de lo establecido en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, pues efectivamente no se ha producido un daño patrimonial al Estado.

V. CONCLUSIÓN

Por todo lo expresado, sin mayores consideraciones y verificada la ocurrencia del supuesto señalado en el Artículo 47 de la Ley 610 de 2000, esto es, que el hecho objeto de investigación no es constitutivo de detrimento patrimonial, esta instancia funcional **MODIFICARÁ** la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva en el **Auto N° 314 del 17 de noviembre de 2020**, donde “ordenó la Nulidad de lo actuado y el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 017 de 2018”, en la medida en que este órgano de control fiscal si es competente para adelantar el presente proceso de responsabilidad fiscal, no obstante, procede el archivo del mismo por cuanto no se ha producido daño al erario municipal en los términos precedentemente precisados.

VI. LA DECISIÓN

Sin más por considerar, y en mérito de lo expuesto, el Despacho de la **CONTRALORA GENERAL DE MEDELLÍN**,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: MODIFICAR la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva en el **Auto N° 314 del 17 de noviembre de 2020**, que ordenó la Nulidad de lo actuado y el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 017 de 2018 conforme al Artículo 36 y 47 de

la Ley 610 de 2000, en cuanto a que en el proceso consultado, este ente de control si es competente para actuar, y en este orden de ideas, se confirma la decisión de archivo, en la medida en que no se estructuró daño patrimonial al Estado.

PARÁGRAFO ÚNICO: Conminar respetuosamente a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de este órgano de Control para que remita copia de esta decisión a la Subsecretaría de Hacienda del Municipio de Medellín para lo de su competencia, con relación a la discusión y fiscalización de la contribución especial adoptada por el Municipio de Medellín, mediante el Acuerdo Municipal 064 de 2012.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR la presente providencia de acuerdo con el Artículo 106 de la Ley 1474 de 2011, advirtiéndose que contra la presente decisión **no procede recurso alguno**.

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



DIANA CAROLINA TORRES GARCIA
Contralora General de Medellín

Revisó y aprobó: María I. Morales S. – Jefe O. A. Jurídica

Proyectó: Albeiro Piedrahita G. – Profesional Universitario 2

