



Radicación: 47001 23 33 000 2016 00238 01
Actor: Nhora Elena Caghuana Burgos y otra

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Referencia: NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 47 001 23 33 000 2016 00238 01
Demandante: NHORA ELENA CAGHUANA BURGOS Y OTRA
Demandado: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

SALVAMENTO DE VOTO

De manera respetuosa expongo las razones por las cuales disiento de lo decidido por la Sala en la providencia proferida el 15 de febrero de 2024, al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 25 de julio de 2018 del Tribunal Administrativo del Magdalena, que había negado las pretensiones de la demanda.

Lo anterior teniendo en cuenta lo siguiente:

(i) Los actos acusados le imputaron responsabilidad fiscal a las señoras Nhora Elena Caghuana Burgos y Victoria Luisa Benavides Merlano, en su carácter de representante legal principal y suplente, respectivamente, de AGUAS DEL MAGDALENA S.A. E.S.P., por la omisión "injustificada" al no retener la contribución especial o impuesto de guerra del 5% al momento de hacer el pago a los contratistas en los contratos de obra pública, conforme con lo previsto por el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006.



(ii) En el fallo de responsabilidad fiscal se afirmó que la retención de las correspondientes sumas de dinero, se trataba de una obligación clara expresamente establecida en el ordenamiento jurídico, razón por la que, al constituir un hecho generador demostrado, la conducta desplegada por las mencionadas señoras había sido determinante para la declaración de responsabilidad fiscal por el detrimento que se produjo al departamento del Magdalena, como entidad afectada por AGUAS DEL MAGDALENA S.A. E.S.P. en calidad de entidad contratante, por lo que la calificó a título de culpa grave.

(iii) En el recurso de apelación interpuesto contra la decisión del tribunal de instancia, las recurrentes insistieron en que actuaron bajo la convicción de que AGUAS DEL MAGDALENA S.A. E.S.P. no estaba obligada a efectuar la retención del impuesto previsto por el artículo 6 de la Ley 1106, conforme lo había señalado la Contraloría en situaciones similares, la DIAN y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por cuanto dicha empresa no fue incluida dentro del ámbito de aplicación de la Ordenanza departamental nro. 014 del 30 de diciembre de 2008, y que no recaudaron las respectivas sumas teniendo en cuenta el concepto emitido por el secretario general de la misma empresa de servicios públicos.

(iv) La Sala al conocer del recurso de apelación, revocó parcialmente la sentencia de primera instancia, pero solo en lo relacionado con el monto de la responsabilidad fiscal que se impuso a la señora Victoria Luisa Benavides Merlano.

(v) En mi criterio, debió declararse la nulidad de los actos acusados y revocar en su totalidad la sentencia apelada, por cuanto no estaban reunidos todos los presupuestos para imputarles responsabilidad fiscal a las señoras Nhora Elena Caghuana Burgos y Victoria Luisa Benavides Merlano, ya que no se demostró la culpa grave endilgada, teniendo en cuenta lo siguiente:



-) Como lo ha explicado esta Sección, para que haya lugar a declarar la responsabilidad fiscal deben acreditarse tanto el elemento objetivo como el subjetivo, así¹:

"[...] el artículo 5 [de la ley 610 de 2000], señala los elementos que deben concurrir para acreditar la existencia de la responsabilidad fiscal, a saber: -) una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; -) un daño patrimonial causado al Estado y -) el nexo causal entre los dos elementos anteriores.

En cuanto a los presupuestos que deben estar reunidos, esta Sección ha dicho²:

"[D]e lo anterior se coligen tres elementos de la responsabilidad fiscal: i) elemento objetivo, consistente en que exista prueba que acredite con certeza, por un lado, la existencia del daño al patrimonio público, y, por el otro, su cuantificación; ii) elemento subjetivo, que evalúa la actuación del gestor fiscal y que implica que aquél haya actuado al menos con culpa y iii) elemento de relación de causalidad, según el cual debe acreditarse que el daño al patrimonio sea consecuencia del actuar del gestor fiscal. [...]". (se destaca)

En lo que tiene que ver con el elemento subjetivo, es necesario que exista certeza de que quien actuó en ejercicio de la gestión fiscal a su cargo o con ocasión de ésta, hubiere causado por su acción u omisión en forma dolosa o gravemente culposa el daño al patrimonio, de forma que se constituyera en la causa eficiente e idónea del detrimento.

-) En el caso concreto, las imputadas como responsables fiscales explicaron que no recaudaron las sumas de dinero por concepto del impuesto de guerra, teniendo en cuenta el concepto emitido por el señor Ricardo Torres Benjumea, secretario general de la entidad, quien también atestiguó en el presente proceso y explicó que consideraron en su momento que, AGUAS DEL MAGDALENA S.A. E.S.P. no estaba obligada a recaudar y hacer la deducción a los contratistas del respectivo impuesto,

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 28 de noviembre de 2019. C.P. Oswaldo Giraldo López. Expediente radicación nro. 25000 23 41 000 2012 00710 01.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 12 de septiembre de 2019, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicado nro. 17001-23-31-000-2010-00313-01.



por cuanto no se trataba de una entidad catalogada como de derecho público, sino de una empresa mixta de servicio público de carácter privada.

-) Por ello, no le asiste razón a la Sala cuando señala que “(...) *independientemente del régimen jurídico que le resultara aplicable a la empresa AGUAS DEL MAGDALENA S.A. E.S.P., era su deber recaudar la contribución especial establecida en el artículo 6º de la Ley 1106, pues como empresa de servicios públicos domiciliarios mixta del orden departamental, constituida como sociedad por acciones, como ya se indicó, hace parte del sector descentralizado por servicios que, junto con las entidades del sector central, integran la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, conforme lo establecido en el artículo 38 de la Ley 489 de 29 de diciembre de 1998*”, puesto que, para la fecha de los hechos, no era claro que las Empresas de Servicios Públicos Mixtas fueran entidades de derecho público, y claramente no eran sociedades de economía mixta, indistintamente de que hoy por hoy el asunto pueda estar decantado.

-) En consecuencia, dado que, para la época de los hechos objeto del proceso de responsabilidad fiscal no existía una posición unánime en la jurisprudencia y la doctrina y, por ende, no había certeza sobre la obligatoriedad de las empresas de servicios públicos mixtas de efectuar la retención de la contribución especial a que hacía referencia la Ley 1106, el elemento subjetivo, que evalúa la actuación del gestor fiscal y que implica que aquél haya actuado al menos con culpa, no estaba cumplido.

Por consiguiente, no se configuró la culpa grave de las demandantes como elemento esencial para imputarles responsabilidad fiscal, dado que no se desvirtuó que obraron con apoyo en el concepto emitido por el secretario general de Aguas del Magdalena S.A. ESP a través del oficio AMG-570-2011 y podía concluirse que, actuaron con buena fe calificada producto de un error invencible ante la falta de claridad para el momento de los



Radicación: 47001 23 33 000 2016 00238 01
Actor: Nhora Elena Caghuana Burgos y otra

hechos en la interpretación del artículo 6 de la Ley 1106 frente al cobro de la contribución.

En ese sentido, debió revocarse la totalidad de la decisión de primera instancia y declarar la nulidad de los actos acusados en lo que tiene que ver con la responsabilidad fiscal que se impuso a las demandantes.

En estos términos dejo expuesto mi salvamento de voto.

Fecha ut supra,

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado

CONSTANCIA: El presente salvamento fue firmado electrónicamente en la sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley.