

AUTO N° 049 DE 2022

POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL RADICADO N° 057-2020

Medellín, veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Objeto decisión Despacho Contralor:	Resolver en grado de consulta la decisión contenida en el Auto 597 del 13 de octubre de 2022 por medio del cual se archivó el Proceso Radicado N° 057-2020.
Entidad afectada:	Colombia Móvil S.A. E.S.P.
Hecho (s) Investigado (s):	Pago a la Superintendencia de Industria y Comercio-SIC- el valor de (\$11.718.630, por concepto de sanción administrativa por omisión en la divulgación a través de medios de comunicación el nombre de la red social y su dirección para la recepción de PQR (Petitionen, quejas, recursos, solicitudes).
Cuantía Total del daño:	Once millones setecientos dieciocho mil seiscientos treinta pesos (\$11.718.630).
Presuntos responsables:	<ul style="list-style-type: none"> • Catalina María Cárdenas Álvarez • José Leopoldo Gutiérrez • María Elvira Restrepo Martínez • Eficiencia y Servicios S.A.-Representante legal: Fabiola Mantilla Rodríguez
Decisión Primera Instancia:	Archivo del proceso-Auto 597 de 2022
Decisión en grado de consulta:	Confirma
Garante:	CHUBB SEGUROS Colombia. Póliza 38766
Procedimiento:	Ordinario

I. OBJETO DEL PRESENTE GRADO DE CONSULTA

El Subcontralor, en asignación de funciones de Contralor General de Medellín, de acuerdo a Resolución 1380 del 18 de noviembre de 2022, 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, y la Resolución N° 150 de 2021 (*Manual específico de*

Funciones y competencias laborales¹), procede a resolver en **grado de consulta** la decisión contenida en el **Auto 597 del 13 de octubre de 2022**, por medio del cual, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva decidió archivar el proceso Rad. 057-2020. Folio 117.

II. HECHOS Y ANTECEDENTES

1. HALLAZGO FISCAL OBJETO DEL PROCESO

Mediante Memorando 1107202000005790, la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal Telecomunicaciones, dio traslado de un hallazgo fiscal el cual fue descrito así por el Equipo Auditor: Folio 15 s.s.

En la ejecución de la Auditoría Regular, vigencia 2019 de Colombia Móvil S.A. E.S.P., se evidenció que mediante recibo de caja Nro. 19-0057403 se canceló el 12 de julio, vigencia 2019, a la Superintendencia de Industria y Comercio, el valor de \$11.718.630, por concepto de sanción administrativa, impuesta mediante Resolución Nro. 42171 del 18 de junio de 2018 y confirmada con las Resoluciones Nro. 68755 del 17 de septiembre de 2018 y Nro. 22385 del 21 de junio de 2019, por medio de las cuales se resolvieron los recursos de reposición y de apelación, respectivamente; la sanción se debió a que la Dirección de Investigaciones de Protección de Usuarios de los Servicios de Comunicaciones de la SIC, en desarrollo de sus funciones de supervisión, control y vigilancia (Resolución CRC 3066 de 2011), logró verificar que Colombia Móvil S.A. E.S.P. omitió divulgar al menos una vez al mes a través de medios masivos de comunicación el nombre de la red social escogida y su respectiva dirección, para la presentación de los usuarios de las peticiones, quejas y recursos, así mismo no remitió a la Superintendencia de Industria y Comercio la acreditación de cumplimiento de dicha divulgación para el mes de Julio de 2015, razón por la cual se declaró configurado la trasgresión de lo previsto en el artículo 45 de la Resolución CRC 3066 de 2011, el literal h) del numeral 4.2.4.1 del Capítulo Cuarto Título III de la Circular Única de la SIC y en el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009. SNFT.

¹ Modificada por la Resolución N° 482 de 2022

2. PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

En el Auto de Apertura N° 216 del 14 de mayo de 2021, se identificaron como presuntos responsables a: Folio 29.

- Catalina María Cárdenas Álvarez- CFO y Servicios Compartidos²
- José Leopoldo Gutiérrez- Vicepresidente Servicios al cliente
- María Elvira Restrepo Martínez- Vicepresidente experiencia al cliente
- Contratista-Eficiencia y Servicios S.A.-Representante legal: Fabiola Mantilla Rodríguez

3. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL

El detrimento patrimonial se cuantificó en el Auto de Apertura del N° 216 del 14 de mayo de 2021 en la suma de Once millones setecientos dieciocho mil seiscientos treinta pesos (\$11.718.630). Folio 29.

Materialización del daño: 12 de julio de 2019. Caducidad: 12 de julio de 2024. Prescripción 14 de mayo de 2026. (Folio 16 reverso).

4. GARANTE VINCULADO

La Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva vinculó a CHUBB SEGUROS Colombia. Póliza 38766.

5. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

- Mediante Auto 331 del 19 de noviembre de 2020 se comisionó al abogado William Andrés Vélez Aguilar para tramitar el proceso rad. 057-2020. Folio 1.
- Por Auto 216 del 14 de mayo de 2021, se profirió el Auto de Apertura formal del proceso de responsabilidad fiscal, y se decretaron las pruebas pertinentes con el fin

² ¿Qué es CFO? Son las siglas de Chief Financial Officer, o lo que es lo mismo, el Director Financiero de una empresa, el responsable de la planificación financiera y otros aspectos económicos. Este directivo que es CFO se relaciona prácticamente con todos los demás directivos de la empresa para asesorarles en lo relativo a la toma de decisiones económicas. Fuente: ¿Qué es CFO? Explicación y funciones | OBS Business School

de corroborar la concurrencia de los elementos de responsabilidad fiscal en el caso bajo estudio. Folio 29.

- Por medio del Auto de N° 216 del 14 de mayo de 2021, se dictó **Auto de Apertura** en contra de los presuntos responsables identificados anteriormente. En dicho auto se decretaron e incorporaron las pruebas pertinentes con el fin de corroborar la concurrencia de los elementos de responsabilidad fiscal en el caso bajo estudio. Folio 37.
- Mediante Auto 225 del 17 de marzo de 2020 se acató lo dispuesto por el superior en la Resolución 126 de 2020. Folio 155.
- Este proceso registra las siguientes suspensiones de términos: Resolución 126 de 2020 (18 al 31 de marzo de 2020), Resolución 132 de 2020 (aclaratoria), Resolución 135 de 2020 (hasta el 14 de abril), Resolución 138 de 2020 (hasta el 27 de abril), Resolución 143 de 2020 (hasta que permanezca vigente la emergencia sanitaria, Resolución 392 de 2020 por la cual se reanudan términos. Folio 21.
- Mediante Auto 331 del 19 de noviembre de 2020 se comisionó al abogado Andrés Felipe Palacio López para continuar con el trámite del Proceso Rad. 057-2020. Folio 1.
- Mediante memorando 1200-202200010480 del 8 de noviembre de 2022 la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, remitió al Despacho del Contralor el Expediente Radicado 057-2020, para que resolviera en grado de consulta el archivo del proceso. Folio 140.

6. RELACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA RELEVANTES

- Memorando 1107 – 202000005790 del 08 de octubre de 2020, de la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal Telecomunicaciones, por el cual se dio traslado al hallazgo fiscal, Auditoría Regular Colombia Móvil S.A. E.S.P. vigencia 2019. Folio 15.
- Anexo forma digital (CD) Anexos del traslado de hallazgo 10 Colombia Móvil (202000005790). Folio 20
- Informe Auditoría 2019. (CD)
- Resolución SIC 22385/19 por la cual se resolvió el recurso de apelación. (CD)

— Versiones libres de:

- CATALINA MARÍA CÁRDENAS ÁLVAREZ, identificada con cédula de ciudadanía número: 43.577.753.
- JOSÉ LEOPOLDO GUTIÉRREZ, identificado con cédula de extranjería número 417.196.
- MARÍA ELVIRA RESTREPO MARTÍNEZ identificada con cédula de ciudadanía número 66.849.703.
- EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A., identificada con NIT 830.060.026-9, Representada legalmente por FABIOLA MANTILLA RODRÍGUEZ, quien a su vez, se identifica con cédula de ciudadanía número 37.837.955.

— Resolución 22385 del 21 de junio de 2019, por la cual se resolvió el recurso de apelación y confirma la sanción. CD.

— Acta de validación de respuesta de la entidad a los hallazgos de auditoría. (CD)

III. LA DECISIÓN CONSULTADA: AUTO DE ARCHIVO 597 DE 2022

Corresponde a la decisión contenida en el Auto 597 del 13 de octubre de 2022, por medio del cual, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva decidió archivar el proceso a favor de: CATALINA MARÍA CÁRDENAS ÁLVAREZ, JOSÉ LEOPOLDO GUTIÉRREZ, MARÍA ELVIRA RESTREPO y EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A., representada legalmente por FABIOLA MANTILLA RODRÍGUEZ, así como la desvinculación de la compañía de seguros.

Entre los argumentos expuestos por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal, el Despacho los resume así:

- Expresa que la decisión tiene como fundamento el Artículo 47 de la Ley 610 de 2000 y que a continuación se procederá a presentar los fundamentos de derecho por los que el Despacho sostiene que en el presente caso y según las evidencias que reposan en el plenario **no comportan el ejercicio de gestión fiscal**.



- El detrimento patrimonial, se relaciona con una sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio, debido a la vulneración normativa en la que incurrió COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. al trasgredir lo previsto en el artículo 45 de la Resolución CRC 3066 de 2011, literal h) del numeral 4.2.4.1 del Capítulo Cuarto Título III de la Circular Única de la SIC y en el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, toda vez que omitió divulgar al menos una vez al mes a través de medios masivos de comunicación el nombre de la red social escogida y su respectiva dirección, para la presentación de los usuarios de las peticiones, quejas y recursos, ni tampoco, la entidad remitió a la Superintendencia de Industria y Comercio la acreditación del cumplimiento de dicha divulgación para el mes de julio de 2015.
- Explica que en línea de lo dispuesto y en coherencia a la competencia conforme al actuar de la entidad, es evidente, que fue una posible negligencia, originada en una presunta omisión de la gestión administrativa y no fiscal en cabeza de la entidad aquí afectada (y es así como también la califica la SIC).
- A continuación transcribe algunos apartes del concepto jurídico donde se estableció una línea temática de multas y sanciones administrativas, relación con la gestión fiscal y viabilidad del proceso de responsabilidad fiscal³.
- Afirma que del alcance dado por la Corte Constitucional, se tiene que la gestión fiscal implica la facultad de disponer, jurídica, financiera y materialmente de los recursos públicos, con miras a cumplir los fines esenciales del Estado.
- Manifiesta que *“sin mayores elucubraciones qué resaltar, y conforme al recaudo de pruebas; teniendo en cuenta que el grueso del asunto es determinar si la multa impuesta como consecuencia de la **omisión de divulgar** al menos una vez al mes a través de medios masivos de comunicación el nombre de la red social escogida y su respectiva dirección, para la presentación de los usuarios de las peticiones, quejas y recursos, ni tampoco, la entidad remitió a la Superintendencia de Industria y Comercio la acreditación del cumplimiento de dicha divulgación para el mes de julio de 2015; es claro afirmar que **la acción propiamente ejercida por la entidad fue una gestión administrativa y no fiscal**”*. Folio 126.
- Afirma el *a quo* que es evidente es que dicho acto, se contrasta más a una gestión administrativa y posiblemente disciplinaria, de la cual tendrá que evaluar el competente para que esa gestión administrativa se enderece, pero dicha acción,

³ Concepto OAJ-004-2022. Memorando 1900-202200005913, Oficina Jurídica, Contraloría General de Medellín, del 07 de julio de 2022.

en punto de la gestión administrativa no es competencia de la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, la que esté llamada por Ley a realizar este tipo de investigaciones o adelantar proceso en dichos aspectos.

- Manifiesta que existe mérito para proceder con el archivo del proceso de responsabilidad Fiscal, pues además de lo anteriormente resaltado, la decisión tiene como fundamento lo expresado en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, y además no podrá proceder la imputación si de las pruebas practicadas se evidencia que falta uno de los elementos constitutivos de responsabilidad.
- Concluye el Operador Jurídico que explícitamente la causal de archivo se encuentra establecida en el Artículo 47 ibídem, donde claramente se resalta, que **habrá lugar al archivo del proceso cuando no comporte el ejercicio de gestión fiscal.**

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. LA COMPETENCIA

La función pública de Control Fiscal, asignada a las Contralorías por la Constitución Política (Art. 267, 268 y 272), incluye la atribución de “*Establecer la responsabilidad fiscal que se derive de la gestión fiscal*”. Estos preceptos fueron desarrollados por las Leyes 42 de 1993, 610 de 2000 y 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 las normas antes enunciadas, y en los Acuerdos 087 y 088 de 2018, así como la Resolución 150 de 2021, y dado que la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, decidió **archivar el proceso**, se hace necesario resolver el grado de consulta al tenor del artículo 18 de la Ley 610 de 2000, en virtud del cual el superior jerárquico del funcionario que tomó la decisión verifica que la actuación y la decisión que se revisan, correspondan a los presupuestos fácticos y jurídicos del Proceso de Responsabilidad Fiscal, y podrá tomar las decisiones que estime conveniente sin limitación alguna⁴.

⁴ Sentencia T-005-2013

En materia de responsabilidad fiscal, el artículo 18 de la Ley 610 de 2000 establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales.

En desarrollo del grado de consulta, el superior jerárquico podrá revisar integralmente la actuación, para modificarla, confirmarla o revocarla, tomando la respectiva decisión sustitutiva u ordenando motivadamente a la Primera Instancia proseguir la investigación con miras a proteger el patrimonio público. Por tanto en el grado de consulta el superior está provisto de plenas facultades de revisar integralmente el fallo proferido por el inferior jerárquico o funcional, tanto por aspectos de hecho como de derecho, lo que supone la capacidad de modificar, confirmar o revocar el fallo de primera instancia, incluso si ello conlleva las decisiones de ordenar un fallo con responsabilidad fiscal al inferior jerárquico, o proferir tal fallo directamente, de acuerdo con la discrecionalidad que le permite este mecanismo de revisión oficioso⁵.

Sobre el grado de consulta resulta relevante traer a colación lo expresado por el Consejo de Estado en Sentencia del 25 de febrero de 2021⁶, donde la demanda era la Demandada: Nación – Contraloría General de la República:

Sobre el particular, en concepto de la Sala cuando la **decisión que se profiera en grado de consulta varíe la decisión exoneratoria y comporte un fallo con responsabilidad fiscal, tal providencia ha de notificarse personalmente**, en tanto se homologa al fallo de responsabilidad fiscal, para garantizar del debido proceso de la persona afectada con la decisión de la administración.

Cabe resaltar que, en el caso específico, la homologación del pronunciamiento emitido en grado de consulta al fallo de responsabilidad fiscal encuentra justificación en que la situación del investigado Juan Manuel González Torres varió sustancialmente en tanto **pasó de un escenario en el que se le exoneraba de responsabilidad a otro en el que se le impuso como resarcimiento a la afectación del patrimonio público** una suma de dinero equivalente a la suma de \$2.504.003.462,45. SNFT.

Pero más allá de este propósito básico, la notificación también determina el momento exacto en el cual la persona interesada ha conocido la decisión, y el correlativo inicio del **término preclusivo dentro del cual puede interponer los recursos** para oponerse a ella. De esta manera, la notificación cumple dentro de cualquier actuación administrativa un doble propósito: de un lado, garantiza el debido proceso permitiendo la posibilidad de ejercer los **derechos de defensa y de contradicción**, y de otro, asegura los principios superiores de celeridad y eficacia de la función pública al establecer el momento en que empiezan a correr los términos de los recursos y

⁵ CGR Concepto 0120 de 2022. Proceso de responsabilidad fiscal — grado de Consulta — recursos — trámite.

⁶ Referencia: Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Núm. único de radicación: 00012333000201500091012. Demandante: Juan Manuel González Torres Demandada: Nación – Contraloría General de la República. Temas: Proceso de responsabilidad fiscal. Prescripción de la acción fiscal.

acciones que procedan en cada caso. También la notificación da cumplimiento al principio de publicidad de la función pública. SNFT.

Por tanto en los eventos en que revoque un archivo y se profiera fallo con responsabilidad fiscal, se debe notificar personalmente tal decisión y conceder los recursos a que haya lugar. Lo anterior con el fin de evitar litigios eventuales por la omisión de estas actividades procesales, lo cual es coherente con la prevención de daño antijurídico dentro de la defensa jurídica de la entidad.

2. EL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTE PROCESO RAD. 057-2020

Dado que en este proceso se decidió **archivar el proceso** a favor de los investigados, el Despacho se plantea el siguiente problema jurídico en torno al hecho investigado: ¿Era procedente el archivo del proceso por alguna de las causales de que trata el artículo 47 de la Ley 610 de 2000 o por no existir fundamentos fácticos y jurídicos para imputar responsabilidad fiscal?

¿El hecho investigado relacionado con el pago de una sanción a la Superintendencia de Industria y Comercio-SIC- por valor de \$11.718.630, por concepto de sanción administrativa por omisión en la divulgación a través de medios de comunicación el nombre de la red social y su dirección para la recepción de PQR comporta el ejercicio de gestión fiscal?

Una vez estudiado en su integridad el presente proceso, este Despacho considera que se acreditó al menos una de las causales del artículo 47 de Ley 610 de 2000, lo cual es suficiente para archivar el proceso. De otra parte, tampoco existen los elementos probatorios necesarios para imputar responsabilidad fiscal al tenor del artículo 48 de la ley precitada.

Para argumentar y soportar la anterior postura, el Despacho abordará los siguientes temas: i) Las causales de archivo de que trata el artículo 47 de la Ley 610 de 2000; ii) El pago de las multas como constitutivas de hechos fiscalmente relevantes.

2.1 LAS CAUSALES DE ARCHIVO EN LA LEY 610 DE 2000 Y REQUISITOS PARA IMPUTAR RESPONSABILIDAD FISCAL.

El proceso de responsabilidad fiscal, se adelanta con el fin de determinar la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares⁷, 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 a lo dispuesto en las Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011. El objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento completo, pleno o integral del daño real cierto en tanto haya sido ocasionado al patrimonio público, y en todo caso en ejercicio de gestión fiscal.

Ahora bien, la legislación ha dispuesto que durante el proceso de responsabilidad fiscal, es posible el archivo del proceso si se acreditan unas causales que el legislador ha prescrito en el artículo 47 de la Ley 610 así:

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. SNFT.

Según el precepto anterior, habrá lugar a proferir Auto de Archivo cuando se acredite alguna de las causales señaladas en la anterior disposición entre las cuales destacamos **que el hecho no comporte el ejercicio de gestión fiscal** o no guarde relación, conexidad o con ocasión con ella, según el artículo 1 de la Ley 610/00 y las subreglas de la Corte Constitucional en la C-840/01.

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

En este proceso el Despacho procedió a evaluar los requisitos legales para la procedencia del archivo del presente proceso bajo las siguientes premisas o tesis:

⁷ Constitución Política. Artículos 23, 210 y 267. "La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, (...)"

- En la medida en que esté probada alguna de las causales de que trata el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, es obligatorio reconocer esa circunstancia a favor de los investigados y archivar el proceso.
- El daño patrimonial a la entidad debe reunir todos los elementos descritos en el artículo 6 de la Ley 610/00, siempre se establezca que este se produjo en ejercicio de gestión fiscal.
- Una vez practicadas y valoradas las pruebas decretadas en el auto de apertura, existen dos alternativas: 1) Si se concluye que están acreditados los requisitos del artículo 48 de la Ley 610 de 2000, es imperativo dictar auto de imputación de responsabilidad fiscal; o 2) Si no se reúnen los requisitos del artículo 48, se debe archivar el proceso.
- Si el pago de la sanción fue causado por una conducta en ejercicio de gestión fiscal, por parte de algún gestor fiscal, de forma directa o a manera de contribución, debe proferirse imputación de responsabilidad fiscal al tenor del artículo 48 de la Ley 610 de 2000. De lo contrario no es viable jurídicamente imputar responsabilidad fiscal.
- Si los hechos que dieron lugar al pago de la sanción administrativa, son fiscalmente relevantes, debe examinarse la conducta de los presuntos responsables frente a los elementos de la responsabilidad fiscal para tomar la decisión que en derecho corresponda en aras de la protección del interés público. De lo contrario no es viable jurídicamente imputar responsabilidad fiscal.
- Si el archivo del Proceso Rad. 057-2020 se hizo acatando los criterios del concepto OAJ-004-2022⁸, relacionado con el tema de las multas y la responsabilidad fiscal, se considera que la decisión es acertada. De lo contrario debe reconsiderarse.
- Por último consideramos que, mientras existan varias interpretaciones plausibles del derecho legislado, soportadas en criterios razonables y ninguna de estas comprometa el contenido legal o constitucionalmente de un derecho protegido,

⁸ Nota: Concepto línea temática de multas y sanciones administrativas. Relación con la gestión fiscal. Viabilidad del proceso de responsabilidad fiscal.

corresponderá al Operador Jurídico identificar la interpretación más adecuada de la norma legal o reglamentaria pertinente, y decidir en concordancia.

2.2 EL PAGO DE LAS MULTAS COMO HECHOS FISCALMENTE RELEVANTES.

El pago de las multas impuestas a los sujetos de control fiscal por parte de otras autoridades, ha sido un tema complejo, polémico y discutible dado que ha sido difícil determinar cuándo la multa reviste el carácter de acto de gestión fiscalmente relevante dada su conexidad necesaria con la misión de la entidad. Ello ha conducido a que la sola erogación del gasto se impute a actos de gestión fiscal, sin analizar que siempre debe existir un vínculo o conexidad necesaria con las actividades de gestión fiscal de que trata el artículo 3 de la Ley 610/00. En otros casos se han archivado procesos por entenderse que en ningún caso las multas tienen relación los servicios a cargos del ente público, o con su finalidad social.

Por ello a continuación se expondrá nuevamente la postura del Despacho, con el fin de ir consolidando una línea doctrinal en este tema.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 267 y 268, numeral 5° de la Constitución Política, corresponde a la Contraloría General de la República y a las contralorías departamentales, municipales y distritales **“establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal”**.

La Responsabilidad Fiscal, se genera por el **ejercicio irregular de la gestión fiscal** de los servidores públicos, o de los particulares que manejen fondos o bienes del Estado. *“Ahora, para determinar si un servidor público o particular que desempeña funciones públicas es gestor fiscal, basta en principio con revisar las funciones que tiene asignadas por ley o el acto que lo investió de funciones públicas, y, si ellas, tomando en cuenta la definición que trae el artículo 3° de la Ley 610 de 2000, comportan el manejo de fondos y bienes del Estado, es decir, implican la titularidad administrativa o dispositiva de los mismos, materializada mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, inversión y gasto, entre otros, o comprendan actividades de ordenación, control, dirección y coordinación del gasto, fuerza afirmar que se configura gestión fiscal”*⁹.

La Corte Constitucional en múltiples sentencias ha expresado, que el objeto del proceso de responsabilidad fiscal es determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando **en el ejercicio de la gestión fiscal**

⁹ CGR Concepto 099 de 2016

o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa, un daño al patrimonio del Estado¹⁰.

Conforme a lo anterior, el proceso de responsabilidad fiscal, es procedente para establecer la responsabilidad fiscal, por hechos fiscalmente relevantes, cuando el servicio público a cargo del Ente Estatal se presta con violación de los principios de la gestión fiscal.

En este caso el de una obligación por causa de una multa no constituye automáticamente una gestión fiscal irregular (ineficiente e ineficaz) por lo que la autoridad fiscal debe determinar si encuentran acreditados los elementos de la responsabilidad fiscal y en consecuencia proferir una declaración de responsabilidad.

La Contraloría General de la República en Concepto 2015EE0119583 del 2015 indicó:

(...) En tal sentido, se reitera que si es posible el daño generado entre entidades estatales, y que éste se hace exigible en cabeza del servidor público titular de la gestión fiscal en cuyo desarrollo se generó la merma o detrimento patrimonial, como consecuencia de su acción u omisión dolosa o gravemente culposa y en su **condición de titular de la capacidad decisoria** sobre el cumplimiento de sus **objetivos misionales** y sobre la ordenación funcional del gasto. Así las cosas, es posible que responda fiscalmente, quién dio lugar a la obligación resarcitoria de una entidad a otra; y, por otra parte, quien al estar en la obligación de hacer resarcir la merma del patrimonio de una entidad pública afectada, omite adelantar las acciones correspondientes.(...). SNFT.

De otra parte en el concepto unificador OAJ-004-2022 se llegó a estas conclusiones:

1. Según el Consejo de Estado, en el caso del pago de multas impuestas a los entes de carácter público, hay que examinar y determinar si ellos se produjeron por una conducta gravemente culposa o dolosa, ineficiente, ineficaz o inoportuna, debido a una omisión **imputable a un gestor fiscal**. En estos casos la erogación realizada constituye un gasto injustificado que se origina en un incumplimiento de las funciones del gestor fiscal, emanado de la ley, el manual de funciones o el acto delegatario.
2. Según la Corte Constitucional (C-840/01) los entes de control deben ser selectivos respecto de los i) servidores públicos a vigilar, ii) Los actos u operaciones a examinar, pues el control fiscal no se puede practicar in solidum o con criterio universal. Por tanto si la multa fue impuesta a una entidad y quien dio lugar a ella no reviste el carácter de gestor fiscal, no es viable el proceso de responsabilidad fiscal.

¹⁰ Ver SU-620 de 1996, C-619 de 2002, C-340/07, C-661 de 2000

3. La Contraloría General de la República ha expresado que el pago de las sanciones puede constituir un daño patrimonial y por tanto es viable el proceso de responsabilidad fiscal siempre y cuando se esté en presencia de actos de gestión fiscal. Pero de todos modos debe analizarse si el daño patrimonial se produjo por la omisión o la negligencia en el cumplimiento de una obligación, y en todo caso en ejercicio de gestión fiscal.
4. El Ente de Control al evaluar los hallazgos fiscales debe examinar estos elementos: a) El rol, estatus o la calidad de gestor fiscal de quien dio lugar a la imposición de la multa; b) El deber funcional o la obligación del gestor fiscal de impedir la multa plasmada en el manual de funciones, la Ley, el acto delegatario o el contrato; c) Que la multa o sanción impuesta tenga relación con un acto de gestión fiscal; y d) Los demás elementos de la responsabilidad fiscal.
5. De la misma manera, las sanciones administrativas, que se imponen en la modalidad de multa, pueden tener distintas fuentes, según las conductas tipificadas, y no necesariamente con ocasión de actos de gestión fiscal, ni son impuestas a gestores fiscales.
6. Por tanto solo en la medida en que obre una obligación expresa a cargo de un servidor público, relativa a actos de gestión fiscal, como en el caso de las obligaciones tributarias u otro tipo de obligaciones previamente contraídas, habría lugar a iniciar el proceso de responsabilidad fiscal.
7. Los antecedentes en la Contraloría General de Medellín en torno a los procesos de responsabilidad fiscal por causa del pago de multas impuestas a los sujetos de control, parten de la base de la existencia de actos de gestión fiscal al lado de los demás elementos de la responsabilidad fiscal.

Según lo expuesto, el pago de una multa puede constituir un hecho dañoso en la medida en que la cause una conducta de un gestor fiscal y por lo que deben examinarse los elementos de la responsabilidad fiscal.

Debe recordarse que el daño patrimonial al Estado al tenor del artículo 6 de la Ley 610/00 comporta estos elementos: (i) Debe existir una lesión real (ii) Debe estar representado en un menoscabo, perjuicio, detrimento o pérdida (iii) Deber haber sido causado por violación de principios de la gestión fiscal, sin ninguna causal exonerativa (iv) **Debe presentarse un incumplimiento de los cometidos estatales particularizado por el objetivo misional de la entidad,** (v) Debe ser causado por acción u omisión en forma dolosa o gravemente culposa, (vi) Deber .

Lo anterior significa que el pago de una multa bien puede originarse en contravenciones administrativas pero no actos de gestión fiscal, como en el caso que nos ocupa, pues es posible que un servicio se preste óptimamente, en términos de oportunidad, calidad, economía, eficiencia y eficacia, y sin embargo presentarse situaciones en la entidad que den lugar a sanciones administrativas distintas a la gestión fiscal.

V. EL CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta que la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría Distrital de Medellín, decidió archivar el proceso, es menester resolver en grado de consulta, por mandato de la ley.

Ahora bien, en la medida en que esté debidamente acreditado (i) la existencia de una causal de archivo (ii) o que un elemento de la responsabilidad fiscal no existe o no está probado, se impone confirmar la decisión de archivo.

Según los hechos descritos en el hallazgo fiscal, la Superintendencia de Industria y Comercio-SIC- impuso una multa por valor de \$11.718.630, debido a que Colombia Móvil S.A. E.S.P. **omitió divulgar** al menos una vez al mes **a través de medios masivos de comunicación el nombre de la red social escogida y su respectiva dirección, para la presentación de los usuarios de PQR**, así mismo no remitió a la SIC la **acreditación de cumplimiento de dicha divulgación** para el mes de Julio de 2015, con lo cual se trasgredió lo previsto en el artículo 45 de la Resolución CRC 3066 de 2011, el literal h) del numeral 4.2.4.1 del Capítulo Cuarto Título III de la Circular Única de la SIC y en el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009. SNFT.

El artículo 45 de la Resolución CRC 3066 de 2011 dispone:

ARTÍCULO. 45. OFICINAS VIRTUALES DE ATENCIÓN AL USUARIO. Los proveedores de servicios de comunicaciones **deben asegurar el acceso y uso de mecanismos electrónicos y tecnológicos para la presentación de PQRs.** Para tal efecto, deben disponer de oficinas virtuales de atención al usuario que permitan la presentación de PQRs por parte de los usuarios, las cuales comprenderán las opciones tecnológicas de que trata el presente artículo, tales como la página Web del proveedor y al menos una opción en una página de red social. Lo anterior, de conformidad con las siguientes reglas.

En desarrollo de esta obligación, la SIC, a través el literal h) del numeral 4.2.4.1 del Capítulo Cuarto Título III de la Circular Única, da la siguiente instrucción:

El proveedor de servicios deberá remitir dentro de los diez (10) primeros días hábiles de cada mes la acreditación del cumplimiento de la obligación prevista en el artículo de la Resolución 3066 de la CRC, la cual consiste en divulgar al menos una vez al mes a través de medios masivos de comunicación el nombre de la red social escogida para la presentación de Peticiones, Quejas y Recursos y su respectiva dirección, sin perjuicio de que se verifique por parte de la SIC el cumplimiento de la obligación de tener disponible el formato para la presentación de Peticiones, Quejas y Recursos en la red social o, cuando menos, el vínculo que lleve al usuario a la página web del proveedor...” SNFT.

La Ley 1341 de 2009 en el numeral 12 del artículo 64 dispone:

Artículo 64. INFRACCIONES. Sin perjuicio de las infracciones y sanciones previstas en otras normas, constituyen infracciones específicas a este ordenamiento las siguientes:

12. Cualquiera otra forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales o regulatorias en materia de telecomunicaciones...

Ahora bien, al analizar y comparar las disposiciones contenidas en los artículos 3 y 6 de la Ley 610/00 con las obligaciones legales antes descritas, se observa que las conductas allí señaladas respecto de (i) asegurar el acceso y uso de mecanismos electrónicos y tecnológicos para la presentación de PQRs y (ii) acreditación del cumplimiento de la obligación NO se relacionan con actos de gestión fiscal, para lo cual bastaría confrontar las conductas tipificadas en el artículo 3 de la Ley 610/00.

Según el hallazgo fiscal¹¹ y el auto de apertura del proceso, los cargos hechos por la SIC, para imponer la sanción de multa NO se originaron en las actividades (económicas, jurídicas y tecnológicas) en la administración o manejo de bienes o de fondos públicos¹² tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, destinados a la prestación del servicio público (finalidad esencial del Estado).

¹¹ Según el hallazgo “pues la sanción administrativa impuesta, se originó a causa de un defecto en el proceso de gestión de la entidad auditada”

¹² Sobre este tema ver a Luz Angelly Álvarez Peña. El daño patrimonial al Estado. Ed. Leyer. Bogotá 2021. Pág. 62 “Objetivos de la gestión fiscal”.

Se tiene entonces, que el gasto realizado (pago) por concepto la multa impuesta NO ES UN HECHO GENERADOR¹³ causante de una prestación deficiente, antieconómica e ineficaz del servicio, que produjera un daño patrimonial por causa de una gestión fiscal irregular.

Según lo expuesto, el pago de la multa no tuvo una conducta activa u omisiva directamente relacionada con actividades de gestión fiscal a cargo de los investigados. Es de observar que en el caso presente el pago a la SIC provino de debilidades en el manejo de la PQR pero no de manera directa de actos de gestión fiscal, aunque esté relacionada (multa) con la atención al usuario. Para el Despacho en la medida que el pago realizado por Colombia Móvil no está ubicada dentro del circuito de la gestión fiscal, es procedente el archivo del proceso.

Los hechos descritos en el acto administrativo que impuso la sanción de multa por parte de la SSPD, están relacionados con la **PQRs**, si bien constituyen una vulneración a la normativa relacionada con la Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones, pero a la vez estos hechos NO son igualmente **FISCALMENTE RELEVANTES**, por NO estar directamente relacionados con la gestión fiscal, y por tanto TAMPOCO es viable imputar responsabilidad fiscal¹⁴. No obstante bien podrían tipificarse como hallazgos con incidencia administrativa para efectos de planes de mejoramiento por parte del sujeto de control.

El Despacho debe recordar lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-840/01:

Por lo tanto, cuando alguna contraloría del país decide crear y aplicar un programa de control fiscal en una entidad determinada, **debe actuar con criterio selectivo** frente a los servidores públicos a vigilar, esto es, tiene que identificar puntualmente a quienes ejercen gestión fiscal dentro de la entidad, dejando al margen de su órbita controladora a todos los demás servidores. Lo cual es indicativo de que el **control fiscal no se puede practicar in sólido o con criterio universal, tanto desde el**

¹³ **Concepto CGR-004-2022:** "Cuando el artículo en cita se refiere a la ocurrencia de los hechos, no se trata de un hecho cualquiera, sino del **hecho generador** del daño y para determinar la existencia de este, debe deslindarse el hecho que ocasiona el daño del daño propiamente dicho, es decir, que debe determinarse el origen del daño. En otras palabras, uno es el hecho generador (la causa), y otro es el daño (el efecto). Tal como lo definió esta Oficina, "el hecho generador del daño, como su nombre lo indica, es el suceso que causa u origina el daño, por **acción u omisión**, que generalmente se plasma en un documento de variadas formas, según el tipo de actividad técnica, jurídica o económica que revista la gestión fiscal en el caso específico. Es el evento sin el cual no se hubiese producido el daño, y su identificación es útil para determinar el nexo causal entre la conducta del agente y el daño".

¹⁴ **ARTÍCULO 48. AUTO DE IMPUTACION DE RESPONSABILIDAD FISCAL.** 3. La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado.

punto de vista de los actos a examinar, como desde la óptica de los servidores públicos vinculados al respectivo ente. SNFT.

Después valorar los elementos probatorios recaudados, el Despacho concluye que (i) Sí era procedente el archivo del proceso por alguna de las causales de que trata el artículo 47 de la Ley 610 de 2000 o por no existir fundamentos fácticos y jurídicos para imputar responsabilidad fiscal y (ii) El hecho investigado relacionado con el pago de la sanción a la SIC, por omisión en la divulgación a través de medios de comunicación el nombre de la red social y su dirección para la recepción de PQR no comportó el ejercicio de gestión fiscal.

En conclusión, el Despacho considera que el pago de la sanción, no es un hecho fiscalmente relevante, y por tanto nos encontramos entre uno de los supuestos del artículo 47 de la ley 610 de 2000, según el cual *"Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho... no comporta el ejercicio de gestión fiscal,..."*. De otra parte tampoco no se encuentran acreditados los elementos fácticos y jurídicos para imputar responsabilidad fiscal al tenor del artículo 48 de la Ley 610 de 2000, por lo que esta instancia encuentra ajustado a derecho lo decidido, y en consecuencia se CONFIRMARÁ la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, por las razones expuestas.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. CONFIRMAR la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante Auto 597 de 2022, por medio de la cual se ordenó el ARCHIVO DEL PROCESO a favor de: CATALINA MARÍA CÁRDENAS ÁLVAREZ, JOSÉ LEOPOLDO GUTIÉRREZ, MARÍA ELVIRA RESTREPO MARTÍNEZ y EFICIENCIA Y SERVICIOS S.A., representada legalmente por FABIOLA MANTILLA RODRÍGUEZ.

ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior confirmar la decisión de desvincular del proceso a CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., quien expidió la pólizas 38766.

ARTÍCULO TERCERO: ADVERTIR que si con posterioridad a la firmeza del 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: Notificar por estado la presente decisión conforme al artículo 106 de la Ley 1474 de 2011, advirtiéndole que contra la misma no procede recurso alguno.

ARTÍCULO QUINTO: Una vez en firme el presente Auto, remítase el proceso a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE, REMÍTASE Y CÚMPLASE



JUAN SEBASTIÁN GÓMEZ PATIÑO

Subcontralor Con asignación de funciones de Contralor General de Medellín

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



Proyectó: Sigifredo Ch/- Profesional Universitario 2

