

DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL DE MEDELLÍN

AUTO N° 032 DE 2022

POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO DE CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N° 048 DE 2019

Medellín, veintiséis (26) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Objeto decisión Despacho Contralor:	Resolver en grado de consulta
Decisión Consultada:	Auto 463 del 2 de septiembre de 2022. Por medio del cual se ordena el Archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 048 de 2019.
Entidad Afectada:	Colombia Móvil S.A. E.S.P identificada con NIT 830.114.921-1.
Hecho Investigado:	Pago de sanción pecuniaria por valor de \$73.771.700 impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio en contra de Colombia Móvil S.A. E.S.P. debido a respuesta de manera extemporánea e inadecuada de un derecho de petición incoado por una ciudadana, lo que vulneró los artículos 54 de la Ley 1341 de 2009 y artículos 49 y 50 de la Resolución CGR 3066 de 2011.
Cuantía Total del Daño:	Setenta y Tres Millones Setecientos Setenta y un Mil Setecientos Pesos (\$ 73.771.700).
Presunto(s) Responsable(s):	Marcelo Cataldo Franco, identificado con la Cédula de Extranjería N° 426.572, en calidad de representante legal de Colombia Móvil S.A. y María Elvira Martínez Restrepo, identificada con cédula de ciudadanía 66.849.703 en calidad de vicepresidenta de Servicio al Cliente.
Temas Subtemas:	y Pago por concepto de multas y sanciones administrativas y su relación la noción de gestión fiscal como presupuesto para la viabilidad del proceso de responsabilidad fiscal. La no respuesta oportuna a un derecho de petición puede generar responsabilidad administrativa o disciplinaria, más no fiscal.
Decisión en grado de Consulta:	Confirma
Garante:	CHUBB Seguros Colombia S.A., con NIT 860.026.518-6, según póliza 38766.

I. OBJETO A DECIDIR

El Contralor General de Medellín, en virtud de las facultades establecidas en las Leyes 610 de 2000, 1437 de 2011, 1474 de 2011, artículo 267 y 268 de la Constitución Política, los Acuerdos municipales 087 y 088 de 2018 y la Resolución 150 de 2021 expedidas por la Contraloría General de Medellín, procede a conocer en Grado de Consulta respecto a la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante Auto 463 del 2 de septiembre de 2022, por medio del cual se ordenó el archivo del proceso de responsabilidad fiscal con Radicado 048 de 2019.

II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS FÁCTICOS

2.1. HECHO INVESTIGADO

La génesis del averiguatorio fiscal se soporta en el traslado realizado por la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal Telecomunicaciones¹, mediante memorando 201900004750 del 6 de junio de 2019, en el cual se consigna en formato anexo que, como resultado de la Auditoría Regular a Colombia Móvil S.A. E.S.P componente control financiero vigencia 2018, configurando el siguiente hallazgo administrativo con presunta incidencia fiscal, el cual lo sintetizó así el equipo auditor:

“Con recibo de caja N° 18-0038260 del 24 de mayo de 2018, Colombia Móvil S.A. E.S.P., efectuó el pago a la Superintendencia de Industria y Comercio por valor de \$73.771.700 por concepto de multa impuesta mediante Resolución N° 30767 del 31 de mayo de 2017, ya que en investigación adelantada por dicho ente, se encontró que el proveedor de servicios Colombia Móvil S.A. E.S.P., faltó a su deber legal de pronunciarse oportunamente, antes del 18 de marzo de 2016, sobre la petición del 27 de febrero de 2016, radicada bajo CUN 4331-16-0001820324 presentada por la señora Angélica Moreno Sierra, la cual fue respondida por la compañía el 19 de diciembre de 2016, incumpliendo lo establecido en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, así como los artículos 49 y 50 de la Resolución CRC 3066 de 2011.”

¹ Folio 3

2.2. PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

Como presuntos responsables fiscales, se determinó en el Auto de Apertura de Investigación Fiscal² a Marcelo Cataldo Franco, identificado con Cédula de Extranjería 426.572, en calidad de representante legal de Colombia Móvil S.A E.S.P. y María Elvira Martínez Restrepo, identificada con Cédula de Ciudadanía N° 66.849.703 en calidad de Vicepresidenta de Servicio al Cliente.

2.3. LA ENTIDAD ESTATAL PRESUNTAMENTE AFECTADA

Como entidad afectada se identificó a Colombia Móvil S.A. E.S.P. identificada con NIT 830.114.921-1.

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

El presunto daño patrimonial objeto de investigación se estableció por un valor de Setenta y Tres Millones Setecientos Setenta y Un Mil Setecientos Pesos (\$73.771.700).

2.5. COMPAÑÍA GARANTE VINCULADA –TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

En el presente proceso, se vinculó como tercero civilmente responsable a la Compañía Aseguradora Chubb Seguros Colombia S.A., identificada con NIT 860.026.518-6.

2.6. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE EN PRIMERA INSTANCIA

- El 6 de junio de 2019 se remitió por parte de la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal Telecomunicaciones el hallazgo con connotación fiscal, que fue objeto de pesquisa en el presente averiguatorio, con su correspondiente soporte (CD)³.

- Por medio del Auto 673 del 9 de septiembre de 2019 se dio inicio a una indagación preliminar del Proceso de Responsabilidad Fiscal 048 de 2019 (Folios 44 al 47).

² Folios 69 al 76

³ Folios 3 al 6 y Cd Folio 7

- A través del Auto 200 del 10 de marzo de 2020, se ordenó la Apertura el Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 048 de 2019 (Folios 69 al 76).
- Mediante el Auto 225 del 17 de marzo de 2020, se suspendieron los términos de las indagaciones preliminares y procesos de responsabilidad y jurisdicción coactiva (Folio 79 vuelto).
- Por medio del Auto 276 del 20 de octubre de 2020, se levantaron los términos suspendidos en las indagaciones preliminares y Procesos de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva (Folios 88 al 89).
- A través del Auto 463 del 2 de septiembre de 2022, se decidió el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal 048 de 2019 (Folios 191 al 201).
- Mediante Memorando 202200008558 del 12 de septiembre de 2022, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva envió el proceso al Despacho del Contralor General de Medellín para que se surta el grado de consulta, el cual se recibió el mismo día señalado según constancia secretarial (Folios 205).

III. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

Se trata del **Auto 463 del 2 de septiembre de 2022**, por medio del cual la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal 048 de 2019, decisión que tuvo como fundamento una de las causales señaladas en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, como lo es, que el hecho objeto de investigación no comporta el ejercicio de una gestión fiscal.

Para arribar a tal conclusión, el Operador Jurídico de la Primera Instancia inicialmente delimitó el hecho objeto de averiguación al señalar que este se basó en la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio, debido a que al sujeto de control, no dio respuesta en el término oportuno un derecho de petición, incoado por la señora Angélica Moreno sierra, lo que conllevó a que por Resolución 30767 del 31 de mayo de 2017, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se le impusiera una sanción pecuniaria objeto del averiguatorio fiscal, la cual fue confirmada por las Resoluciones 66398 del 19 de octubre de 2017 y 28963 del 30 de abril de 2018 mediante las cuales se decidieron de manera respectiva, los recursos de reposición y apelación, que al efecto había interpuesto la Sociedad Colombia Móvil S.A. E.S.P contra el acto administrativo que le impuso la sanción pecuniaria.

Por otra parte, acota el instructor de instancia, de acuerdo a las versiones libres de los presuntos responsables fiscales, obrantes en el cartulario fiscal, en el cual se precisa en esencia, que el hecho de que se haya impuesto una sanción, por la no respuesta a un derecho de petición, por sí solo no comporta el ejercicio de gestión fiscal, sino de gestión administrativa.

Aborda igualmente, el operador de instancia y desde otra óptica que, de acuerdo a criterios normativos y jurisprudenciales, el sujeto de control es pasible de control fiscal, lo cual lo sustenta en la posición garantista del patrimonial estatal que le es inherente a los diferentes Órganos de Control Fiscal.

Seguidamente aborda aspectos relacionados con las multas y sanciones administrativas y su relación con la noción de gestión fiscal para la viabilidad de un proceso de responsabilidad fiscal, elementos que fueron objeto de pronunciamiento por parte de la Oficina Asesora de Jurídica de este Organismo de Control a través de Memorando 1900-202200005913 del 07 de julio de 2022, instrumento jurídico en el que se apoya para señalar que en el caso concreto y de acuerdo al material probatorio recaudado, no atender de manera oportuna y adecuada un derecho de petición no es propiamente un hecho que comporte el **ejercicio de una gestión fiscal, sino una gestión administrativa.**

No obstante lo anterior, advierte el funcionario de primera instancia que si bien el hecho investigado no puede ser considerado como un hecho que comporte el ejercicio de una gestión fiscal, el mismo corresponde a una conducta administrativa que bien podría ser objeto de una investigación disciplinaria, pero que escapa al escenario de la responsabilidad fiscal.

Finalmente, resalta el Operador de Primer Grado que existe el mérito suficiente para proceder al archivo del proceso con base en una de las causales dispuestas en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, agregando a ello que a falta de uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal como lo es, una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, tampoco es posible pasar a dictar auto de imputación conforme a los presupuestos señalados en el artículo 48 ibídem.

Resaltando por otra parte, que en la actualidad, conforme a prueba que milita en el cartulario fiscal, las resoluciones que sustentan el hallazgo fiscal, están demandadas en proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con Radicado 11001334104520180036000⁴

⁴ Folios 186-188

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

4.1. LA COMPETENCIA

La función de Control Fiscal, asignada a la Contraloría General de la República, y a las Contralorías Territoriales por la Constitución Política (Art. 267, 268 y 272), incluye la competencia de *“Establecer la responsabilidad fiscal que se derive de la gestión fiscal”*. Estas normas fueron posteriormente desarrolladas por la Ley 610 de 2000 y la Ley 1474 de 2011, dando contenido y alcance al concepto de responsabilidad fiscal y estableciendo un procedimiento para su imputación y establecimiento.

Acorde a las funciones establecidas en la Constitución Política, artículos 267, 268, 271 y 272 de la Carta, en las Leyes 610 de 2000, y 1474 de 2011, y los Acuerdos 087 y 088 de 2018 y la Resolución 150 de 2021 expedidas por la Contraloría General de Medellín, el Despacho goza de competencia para revisar la decisión del a quo y tomar las decisiones que en derecho corresponda.

4.2. EL GRADO DE CONSULTA

Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio. Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador (Artículo 18 Ley 610 de 2000).

Respecto al grado de consulta, ha expresado la Corte:

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

de la revisión del asunto de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida.”⁵.

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

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

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

“La consulta no se debe entender como un recurso en estricto sentido, porque de ella no pueden hacer uso de manera directa los sujetos procesales, sino es un mecanismo jurídico obligatorio para el funcionario de conocimiento, quien debe someter a consideración de su superior inmediato ciertas decisiones señaladas de manera taxativa por el legislador para que el superior, confirme o modifique lo ya decidido, en desarrollo del principio de legalidad que garantiza la revisión de oficio en determinados casos considerados de especial interés frente a la protección de los derechos fundamentales del procesado y la importancia de una pronta y eficaz administración de justicia. De otra parte, si el funcionario competente omite el trámite de la consulta en los casos previstos por la Ley los sujetos procesales pueden exigir su cumplimiento. El superior al pronunciarse acerca del asunto sometido al grado jurisdiccional de consulta, no tiene límites en su pronunciamiento”.

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

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

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

El objeto de la Responsabilidad Fiscal, entonces, es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público por quienes realizan gestión fiscal, y conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza, que un determinado servidor público o particular debe cargar o no con las consecuencias que se derivan de sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal, lo que conduce a determinar, si el investigado fiscal está obligado a reparar el daño causado al patrimonio público de una entidad determinada que arbitre recursos públicos, conforme a las previsiones de la Corte Constitucional⁶ y la ley⁷.

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

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

De estos tres elementos estructurales, el más importante, es el daño patrimonial al Estado, pues a partir de éste, se inicia la responsabilidad fiscal, es decir, **si no hay daño no puede existir responsabilidad fiscal**. El daño fiscal, está previsto el artículo 6° de la Ley 610 de 2000, como: *"la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado..."*.

4.3. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con las explicaciones argüidas por el Operador Jurídico de la Primera Instancia para encontrar como procedente el auto de archivo ante **la ausencia del ejercicio una gestión fiscal en el hecho investigado**, esta Dependencia establece como problema jurídico principal el determinar si se encuentra plenamente acreditada

⁶ Sentencia SU 620 de 1996

⁷ Ley 610 de 2000

alguna o varias de las causales vertidas en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000⁸, que permitan confirmar el auto de archivo objeto de revisión, pues en caso contrario, se revocará o modificará la decisión objeto de revisión, según corresponda.

4.4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO - ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Habiéndose determinado los problemas jurídicos por parte del Despacho, corresponde en primer lugar examinar y analizar los medios de convicción obrantes en el plenario, y si los mismos resultan ser idóneos y suficientes para acreditar la ausencia de gestión fiscal en el hecho objeto de averiguación, que fuera el razonamiento medular en que se apoyó el funcionario de primera instancia para proceder a la terminación de las presentes diligencias.

Para resolver este primer problema, se hace necesario precisar que el daño patrimonial que aquí se investiga presenta su origen como consecuencia de una sanción pecuniaria 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 no dar respuesta de manera oportuna y adecuadamente un derecho de petición.

Milita en el expediente fiscal, la Resolución 30767 del 31 de mayo de 2017⁹, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la cual se impone una sanción pecuniaria a la Sociedad Colombia Móvil S.A. E.S.P por la suma de Setenta y Cuatro Millones Ciento Doce Mil Ochocientos Noventa y Cuatro Pesos (\$74.112.894).

Sanción pecuniaria que de acuerdo a la parte motiva del citado proveído, se soportó en el hecho de que la Sociedad Colombia Móvil S.A. no atendió de manera oportuna y adecuada una petición que al efecto realizó la señora Angélica Moreno Sierra, la cual fue presentada el día 27 de febrero de 2016, bajo el Radicado CUN 4331-16-0001820324.

⁸ Ley 610 de 2000. Artículo 47. Auto de Archivo. Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma.

⁹ CD Folio 7 y folios 13 al 18 vuelto

El Despacho pudo verificar, que la petición que originó la sanción pecuniaria¹⁰ consistió en: “*Cliente inconforme con el saldo a pagar de su línea desactivada 3014941683 CTA 8910161074 por valor de \$116.723 ya que no piensa pagar un servicio el cual no uso ni disfrutó*”.

Por Resolución 66398 de 19 de octubre de 2017¹¹, la Superintendencia de Industria y Comercio, resuelve el recurso de reposición y en subsidio concede el recurso de apelación interpuesto por Colombia Móvil S.A. E.S.P. contra la resolución que impuso la sanción pecuniaria, **corrigiendo el valor de la sanción** en Setenta y Tres Millones Setecientos Setenta y Un Mil Setecientos Pesos (\$73.771.700). Por Resolución 28963 del 30 de abril de 2018, se decide el recurso de apelación confirmando la sanción pecuniaria impuesta¹².

Sanción pecuniaria que fue cancelada por el sujeto de control mediante Recibo de Caja N° 18-0038260 del 24 de mayo de 2018 y por un valor de Setenta y Tres Millones Setecientos Setenta y Un Mil Setecientos Pesos (\$ 73.771.700) de acuerdo a prueba que milita en el compendio fiscal¹³.

Precisado lo anterior, es de señalar que, en lo relacionado con el tema de multas y sanciones de naturaleza administrativa, como bien lo advierte el instructor de la primera instancia, la Oficina Asesora de Jurídica mediante **Memorando 1900 – 202200005913 del 7 de julio de 2022**, sentó orientación y línea jurídica sobre tales tópicos y su relación con la gestión fiscal para la viabilidad de dar inicio a un proceso de responsabilidad fiscal.

Los temas analizados en dicha misiva, fueron los siguientes:

1. El concepto de sanción y multa impuestas por las entidades públicas
2. Noción de gestión fiscal
3. **Multas de las que se puede predicar que se ocasionó un detrimento patrimonial producto de una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna de quienes tienen a su cargo la gestión fiscal**
4. Posición de las altas cortes en torno a las multas y la responsabilidad fiscal
5. Posición de la Contraloría General de la República respecto al tema de las sanciones y/o multas pagadas y la gestión fiscal
6. Antecedentes en la Contraloría General de Medellín
7. Las sanciones fiscales y el proceso de responsabilidad fiscal

¹⁰ CD Folio 163

¹¹ CD Folio 7

¹² CD Folio 7

¹³ CD Folio 7

Pues bien, para lo que es relevante en el caso analizado, como lo es lo relativo a las multas de las que se puede predicar que se ocasionó un detrimento patrimonial producto de una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna de quienes tienen a su cargo la gestión fiscal, se conceptuó lo siguiente:

*“Cuando el patrimonio público resulte afectado por el pago de una sanción o multa, el servidor público o el particular que maneja bienes o recursos públicos deberán responder fiscalmente, cuando esa multa o sanción sea consecuencia de una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna. Contrario sensu, cuanto la multa es impuesta por un acto desprovisto de la condición de acto de gestión fiscal, **no es procedente acudir al proceso de responsabilidad fiscal para recuperar lo desembolsado por la entidad para sufragar la sanción o multa, ello por cuando la responsabilidad que se genera, en este caso, para el presunto responsable no sería la fiscal en tanto podría ser cualquier otra, como: la disciplinaria, administrativa, civil o penal.***

*En este orden de ideas, **no es de recibo la tesis según la cual, el pago de una multa o sanción es igual a daño fiscal, pues debe establecerse en grado de certeza qué actos revisten la categoría de gestión fiscal, y sólo en el evento de comprobarse la existencia de conductas o actos de gestión fiscal, en el marco de los deberes funcionales, que contemplen una obligación expresa de impedir el resultado o de realizar la acción omitida, podría eventualmente adelantarse un proceso de responsabilidad fiscal.*** (Resaltado fuera de texto)

Cabe anotar que, en el documento orientador, se tuvieron en cuenta posiciones y precedentes jurisprudenciales y administrativos de las Altas Cortes y de la Contraloría General de la República, todas ellos en torno al pago de multas como generadoras de un daño al patrimonio público, posiciones que finalmente respecto a línea temática abordada, permitieron arribar a las conclusiones que pasan a enunciarse:

“(…)

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 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.**

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.**" (Resaltado intencional del Despacho)

Como puede observarse, el instrumento jurídico orientador en mención, que valga nuevamente decirlo, analiza aspectos doctrinales, jurisprudenciales e incluso precedentes administrativos de esta misma Contraloría relacionados con multas y sanciones como generadoras de un daño patrimonial, que impone el deber del Operador Jurídico de examinar si ese pago de multas impuestas a los sujetos de control fiscal, fueron producto de una gestión fiscal, pues de lo contrario, no habría lugar a la viabilidad de iniciar un juicio de tal naturaleza.

En autos, se tiene acreditado que la sanción a que se vio avocada la presunta entidad afectada tuvo su génesis en no dar respuesta oportuna y adecuada a un requerimiento de información solicitada por una peticionaria u usuaria, en otras palabras, la multa impuesta supuestamente generadora del daño patrimonial obedece a no atender dentro de los términos legales un derecho de petición presentado por una ciudadana¹⁴,

¹⁴ Folio 13 al 19 Resolución 30767 del 31 de mayo de 2017

actuación que en el sentir del Despacho no presenta relación alguna con la noción de gestión fiscal, concepto definido y delimitado en el artículo 3 de la Ley 610 de 2000, al disponer que: *“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”*. Déjese lo suficientemente claro, que no dar respuesta en el término legal a un derecho de petición no lleva intrínseca la disposición de recursos públicos o alguna actividad en la norma señalada, razón válida para sostener que el hecho objeto de averiguación no presenta relación alguna con el concepto de gestión fiscal.

Nótese entonces y no como simple glosa, que la actuación presuntamente generadora de la multa de \$73.771.700 impuesta por concepto de sanción administrativa mediante Resolución No. 30767 del 31 de mayo del 2017, confirmada por las Resoluciones N°66398 del 19 de octubre 2017 y la Resolución N° 28962 del 30 de abril de 2018¹⁵, por las cuales se resuelven de manera respectiva, los recursos de reposición y apelación, obedeció a que no se dio respuesta a una petición, en el término oportuno y adecuado, por parte de la sociedad Colombia Móvil S.A. E.S.P. No vislumbrando el Despacho por ello, que tal proceder o conducta desplegada, se encuentre enlistada en los verbos rectores que expresamente contempla la norma que define la noción de gestión fiscal. Así se desprende de manera inequívoca para el Despacho, para lo cual se transcribe la parte pertinente del proveído que impuso la sanción pecuniaria: *“(…) **al evidenciarse la presunta omisión de la sociedad de brindar una respuesta, adecuada y de fondo al derecho de petición del usuario**”*¹⁶

Acerca del alcance de la definición de **gestión fiscal**, resultan ilustrativos los siguientes apartes jurisprudenciales proferidos por el Consejo de Estado¹⁷:

“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 3° 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

¹⁵ Folio 7 CD

¹⁶ Consideraciones de la Resolución 30767 del 31 de mayo de 2017, Folio 14.

¹⁷ 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.

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 señaló¹⁸:

“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 este orden de ideas, resulta claro que el Operador Jurídico de la Primera Instancia efectuó una adecuada interpretación de la línea jurídica institucional emitida por este Organismo de Control respecto a la viabilidad del proceso de responsabilidad fiscal con ocasión de la imposición de una multa de carácter administrativo, como así mismo debe decirse que la decisión de archivo guarda congruencia y consonancia con la jurisprudencia de las altas cortes al referirse estas a la noción de gestión fiscal como presupuesto esencial de esta clase de responsabilidad, elemento que de no estar presente, se aniquila totalmente la prosecución y continuación del proceso de responsabilidad fiscal.

En el mismo sentido, advierte el Despacho que le asiste razón al a quo al considerar que la conducta o actuación precursora de la multa impuesta a Colombia Móvil S.A. E.S.P. por parte de la SIC atiende a una gestión meramente funcional u operacional de naturaleza administrativa ajena a una gestión fiscal, y que por lo tanto, pudo haber sido controlada e incluso evitada por la Oficina de Control Interno de dicha empresa de servicios públicos, circunstancia que sin asomo de duda escapa a un escenario de control y vigilancia fiscal. Por lo tanto, ante la carencia de competencia de la Contraloría General de Medellín para adelantar esta clase de averiguaciones tendientes a examinar las conductas disciplinables de los trabajadores de la citada empresa de Telecomunicaciones, es acertado como lo consideró el a quo la respectiva compulsa de copias de la presente actuación a la Oficina de Control Interno de Colombia Móvil S.A. E.S.P. o quien haga sus veces en materia disciplinaria, para que

¹⁸ 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.

en caso de que lo estime procedente, adelante la respectiva investigación disciplinaria de las personas que presuntamente no atendieron oportunamente o no dieron respuesta a los requerimientos de información elevados por la ciudadana mencionada en autos y que generó la sanción administrativa impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio por valor de \$73.771.700 a través de la Resolución N° 30767 del 31 de mayo de 2017, la cual fue confirmada por las Resoluciones N° 66398 del 19 de octubre 2017 (*que corrigió el valor en \$73.771.700*) y la Resolución N° 28963 del 30 de abril de 2018, por las cuales se resuelven de manera respectiva, los recursos de reposición y apelación.

Esta aclaración es pertinente realizarla por parte del Despacho, en razón a que Colombia Móvil S.A. E.S.P. se rige por lo establecido en la Ley 1341 de 2019, que determinó el marco general para la formulación de políticas públicas que regulan el sector de las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones, estableciendo en su artículo 73, que las relaciones de las personas que presten sus servicios en estas empresas, se seguirán rigiendo por el artículo 41 de la Ley 142 de 1994, que establece que las personas que presten sus servicios en empresas privadas o mixtas tendrán el carácter de trabajadores particulares y por ende, al tratarse en autos de actos de operación administrativa, como es el de contestar en el término oportuno un derecho de petición y no un acto de gestión fiscal, entonces será la entidad que en el sujeto de control cumpla el rol disciplinario, quien adelante las averiguaciones disciplinarias que al efecto hubiere lugar.

Es de anotar, en otro orden de ideas, como bien lo observó el instructor de instancia que Colombia Móvil S.A. E.S.P., al tener participación accionaria del Estado, esto es, recursos públicos, independiente del monto de dicha participación son sujetos de control fiscal, pues manejan recursos públicos.

Así lo ha señalado la Corte Constitucional al indicar¹⁹:

“(…) Fue precisamente el constituyente quien quiso que ninguna rama del poder público, entidad, institución, etc., incluyendo a la misma Contraloría General de la República, quedara sin control fiscal de gestión. Entonces ningún ente, por soberano o privado que sea, puede abrogarse el derecho de no ser fiscalizado cuando tenga que ver directa o indirectamente con los ingresos públicos o bienes de la comunidad; en consecuencia, la Constitución vigente crea los organismos de control independientes (art. 263) para todos los que manejen fondos públicos y recursos del Estado, incluyendo a los particulares”.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-167 de 1995.

En igual sentido se ha pronunciado el máximo órgano de cierre de la justicia contenciosa administrativa, al señalar entre otras²⁰, mutatis mutandis para el caso de autos:

*“En cuanto a que los actos acusados son violatorios del control fiscal que ejercen las contralorías sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios, la Sala Observa que por tener las citadas empresas capital estatal o público corresponde a las contralorías, en cualquiera de sus órdenes y en cumplimiento del artículo 267 de la Constitución Política, vigilar la gestión fiscal de aquellas. En efecto, el control fiscal cubre todos los sectores y actividades en los cuales se manejen bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquel, ni su régimen jurídico. El artículo 267 de la Constitución Política, es muy claro al respecto (...) por su parte, la Ley 142 de 1994 “Por la cual se establece el régimen de los servicios domiciliarios y se dictan otras disposiciones” dispone (...). Es evidente que tanto la norma constitucional como la legal anteriormente transcritas demuestran que no es cierto que el control de gestión de las empresas de servicios públicos domiciliarios se encuentre deferido a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, **por cuanto en la medida en que aquellas posean dentro de sus aportes, así sea en mínimo porcentaje, recursos públicos, la respectiva contraloría ejercerá el control de gestión. Los organismos de control se encuentran, entonces, habilitados para evaluar la gestión fiscal de las empresas de servicios públicos con el fin de salvaguardar el erario**” (Lo resaltado es del Despacho).*

Así las cosas, una interpretación armónica de los artículos 47 y 48 de la Ley 610 de 2000 permite concluir, que si una vez adelantada la labor investigativa por el Ente de Control, se constata que no existen los medios probatorios que acrediten todos los elementos de la responsabilidad fiscal, no queda otra alternativa que archivar el proceso (obligatoriamente) a favor de los investigados. Es así que al no evidenciarse que el hecho o actuación investigada reviste la categoría de gestión fiscal como elemento sine qua non para avanzar en la imputación como lo dispone el artículo 48 de Ley 610 de 2000, necesariamente se impone el archivo del proceso por esta segunda razón. En igual sentido, dando solución al segundo de los problemas jurídicos, estima el Despacho que la decisión consultada se ajusta a los preceptos jurídicos que gobierna la finalidad de la institución del grado de consulta.

Así las cosas, ante la ausencia del elemento gestión fiscal, necesariamente la suerte de proceso deberá ser su archivo. En primer lugar, por disposición del artículo 47 de la Ley 610 de 2000, que ordena:

²⁰ Consejo de Estado, Radicado 25000-23-24-000-1999-00456-0167369.

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

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

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 fiscal²¹ y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado.

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

Es de anotar que ya el Despacho ha tenido la oportunidad de pronunciarse en anteriores oportunidades, sobre el pago de sanción pecuniaria por no efectuarse en el término oportuno la respuesta a derechos de petición y sobre el mismo sujeto de control, en los cuales avaló la posición de la primera instancia, en el sentido de que tal situación no comporta una gestión fiscal, sino una actuación administrativa de la respectiva entidad. Así se disciplinó entre otros, en Auto 021 de 2022, que resolvió el grado de consulta en Proceso de Responsabilidad Fiscal 035 de 2022; Auto 026 de 2022, que resolvió el grado de consulta en el proceso de Responsabilidad Fiscal 055 de 2022; Auto 027 de 2022, que resolvió un grado de consulta en Proceso de Responsabilidad Fiscal 056 de 2020.

²¹ (i) La conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; (ii) Un daño patrimonial al Estado; y (iii) Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Bajo estas consideraciones, al asistirle razón al funcionario de la primera instancia para terminar las presentes diligencias, no queda alternativa diferente que proceder a **CONFIRMAR** el **Auto 463 del 2 de septiembre de 2022**, por medio del cual se ordenó el Archivo del Proceso de Responsabilidad fiscal con Radicado 048 de 2019.

Finalmente, observa este Organismo de Control que la entidad afectada promovió el correspondiente medio de control jurisdiccional de nulidad y restablecimiento del derecho con el pretende demostrar la ilegalidad de la imposición de la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio y la recuperación de lo cancelado por la misma²².

Sin mayores elucubraciones, y en mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción mediante **Auto 463 del 2 de septiembre de 2022**, por medio del cual se ordenó el Archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 048 de 2019**, por la motivación expuesta en la parte considerativa de este proveído.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR POR ESTADO la presente providencia de acuerdo con el Artículo 106 de la Ley 1474 de 2011, advirtiéndose que contra la presente decisión **no procede recurso alguno**. De igual forma, **publíquese en la página web de la Entidad**.

ARTÍCULO TERCERO: ORDENAR al Operador de Primer Grado que compulse copias a la Oficina de Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces en materia disciplinaria de Colombia Móvil S.A. E.S.P. para lo de su competencia y fines pertinentes, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

²² Juzgado 45 Administrativo de Bogotá, radicado 11001-33-41-045-2018-00360-00. Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho (Folios 56 al 59).

ARTÍCULO CUARTO: Una vez en firme la providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, para lo de su competencia y el respectivo archivo del expediente.

NOTIFÍQUESE, REMÍTASE Y CÚMPLASE


PABLO ANDRÉS GARCÉS VÁSQUEZ
Contralor General de Medellín.

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