

DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL DE MEDELLÍN

AUTO N°033 DE 2022

POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N° 046 DE 2019.

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

Providencia Consultada:	Auto N° 490 del 9 de septiembre de 2022 , por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 046 de 2019.
Entidad Afectada:	COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. identificada con NIT. 830.114.921-1.
Presuntos Responsables:	María Elvira Restrepo Martínez . Cedula de Ciudadanía No. 66.849.703. En calidad de Vicepresidente Servicio al Cliente para la época de los hechos. Paula Andrea Villaquiran Reyes . Cédula de Ciudadanía No. 25.281.627. En calidad de Administrador de Centro de Servicio y Ventas para la época de los hechos.
Garante Vinculada:	CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. NIT. 860.026.518-6, Póliza 38766 de Responsabilidad de Directores y Administradores.
Hecho Investigado:	Con Recibo de Caja No. 18-0042603 del 8 de junio de 2018, Colombia Móvil S.A. E.S.P., efectuó el pago a la Superintendencia de Industria y Comercio por Valor de \$44.263.020, por concepto de multa impuesta mediante Resolución No. 30567 del 31 de mayo de 2017. En visita de inspección realizada el 2 de marzo de 2016, por la Dirección de Investigaciones de Protección de Servicios de Comunicaciones de la SIC, se constató que la Compañía omitió su deber de brindar información a los usuarios en relación con el acceso y condiciones de uso de los servicios de urgencia y emergencia, toda vez que la misma no se encontraba disponible en ningún lugar de la oficina física de atención al usuario de la ciudad de Popayán.
Cuantía:	CUARENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y TRES VEINTE PESOS (\$44.263.020).
Temas y Subtemas:	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 omisión de suministrar información no presenta relación alguna con el concepto o noción de gestión fiscal como elemento integrante de la responsabilidad fiscal.
Decisión:	CONFIRMA DECISIÓN. Se ordena la devolución del expediente a su lugar de origen para lo de su competencia.

I. OBJETO A DECIDIR

El Contralor General de Medellín en virtud de las facultades establecidas en las Leyes 610 de 2000, 1437 de 2011, 1474 de 2011, artículo 267 y 268 de la Constitución Política, los Acuerdos Municipales 087 y 088 de 2018 y la Resolución 150 de 2021 expedidas por la Contraloría General de Medellín, procede a conocer en Grado de Consulta respecto a la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante **Auto 490 del 9 de septiembre de 2022**, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 056 de 2020.

II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS FÁCTICOS

2.1. HECHO INVESTIGADO

La presente investigación tiene su génesis en el Memorando 201900004745 del 6 de junio de 2019, la Contraloría Auxiliar de Auditoría Telecomunicaciones, producto de la Auditoría Regular componente financiero a COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., Vigencia 2018, remitió a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva hallazgo fiscal, relacionado con el pago de multa impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio, el cual describió en los siguientes términos¹:

“Con recibo de caja No. 18-0042603 del 8 de junio de 2018, Colombia Móvil S.A. E.S.P., efectuó el pago a la Superintendencia de Industria y Comercio del Valor de \$44.263.020, por concepto de multa impuesta mediante Resolución No. 30567 del 31 de mayo de 2017. En visita de inspección realizada el 2 de marzo de 2016, por la dirección de investigaciones de protección de servicios de comunicaciones de la SIC, se constató que la compañía omitió su deber de brindar información a los usuarios en relación con el acceso y condiciones de uso de los servicios de urgencia y emergencia, toda vez que la misma no se encontraba disponible en ningún lugar de la oficina física de atención al usuario de la ciudad de Popayán”

¹ Memorando traslado de hallazgo. Folios 3 a 4

2.2. PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

Como presuntos responsables fueron vinculadas las señoras **MARÍA ELVIRA RESTREPO MARTÍNEZ** identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 66.849.703, en calidad de Vicepresidente Servicio al Cliente para la época de los hechos y **PAULA ANDREA VILLAQUIRAN REYES** identificada con Cédula de Ciudadanía No. 25.281.627, en calidad de Administradora de Centro de Servicio y Ventas para la época de los hechos.

2.3. LA ENTIDAD ESTATAL PRESUNTAMENTE AFECTADA

Como presunta entidad afectada, se identificó a **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.** identificada con **NIT. 830.114.921-1**, empresa de servicios públicos mixta del tipo de las anónimas, cuyo objeto principal es la prestación del servicio de telecomunicaciones.

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

De acuerdo a la información suministrada por la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal Telecomunicaciones, el presunto daño patrimonial que se investiga fue tasado y cuantificado en la suma de **CUARENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y TRES VEINTE PESOS (\$44.263.020)²**.

2.5. COMPAÑÍA GARANTE VINCULADA – TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE.

A la presente investigación, fue vinculada en calidad de tercero civilmente responsable a la Compañía de Seguros **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.** NIT. 860.026.518-6, en razón de la Póliza de, Directores y Administradores o aquella que ampare la gestión de los funcionarios de la entidad.

² Ver Auto de Apertura. Folio 315, vto

2.6. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA.

- Por medio de Auto 664 del 6 de septiembre de 2019, se inicia indagación preliminar (Folios 43 a 46).
- A través de Auto 004 del 2 de enero de 2020, se profirió auto de archivo (Folios 252 a 260).
- Mediante Auto 006 del 6 de febrero de 2020, la Contralora General de Medellín, Resolvió grado de Consulta revocando el auto de archivo (Folios 263 a 272).
- Por medio de Auto 121 del 18 de febrero de 2020, se acata lo ordenado por el superior (Folio 278).
- A través de Auto 121 del 18 de febrero de 2020, se decreta la práctica de unas pruebas (Folios 279 a 283).
- Por medio de Auto 225 del 17 de marzo de 2020, se suspenden los términos del proceso de responsabilidad fiscal (Folio 299).
- A través de Auto 276 del 20 de octubre de 2020, se reinician los términos del proceso de responsabilidad fiscal (Folios 308 a 309).
- Por medio de Auto 374 del 14 de diciembre de 2020, se apertura el proceso de responsabilidad fiscal (Folios 310 a 317).
- A través de Auto 302 del 14 de julio de 2022, se decreta la práctica de unas pruebas (Folios 507 a 509).
- Mediante Auto 490 del 9 de septiembre de 2022, se ordenó el archivo del proceso a favor de las señoras PAULA ANDREA VILLAQUIRAN REYES, identificada con cédula de ciudadanía número 25.281.627 y MARÍA ELVIRA RESTREPO MARTÍNEZ identificada con cédula de ciudadanía número 66.849.703, proveído en el que igualmente se ordenó desvincular a la Compañía de Seguros CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. y finalmente la remisión del expediente al Despacho del Contralor General de Medellín para que surta el grado de consulta (Folios 525 a 536).

- Mediante Memorando 1200 – 202200008769 del 16 de septiembre de 2022, el Contralor Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva ordenó la remisión del expediente al Despacho del Contralor General de Medellín, para que se surta el grado de consulta (Folio 536).
- Según constancia secretarial del 16 de septiembre de 2022, el expediente es recibido en el Despacho del Contralor General de Medellín para que se surta el grado de consulta (Folio 537).

III. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

Se trata del **Auto 402 del 18 de agosto de 2022**, por medio del cual la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva ordenó el archivo del proceso, 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 el detrimento patrimonial, con ocasión y consecuencia de una sanción impuesta a COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., por la Superintendencia de Industria y Comercio, a través de Resolución 30567 del 31 de mayo de 2017, por incumplimiento de la Resolución CRC 3066 de 2011, que exige al Operador informar a los usuarios sobre el acceso y condiciones de uso de los servicios de urgencia y/o emergencia que debe estar disponible a través de los mecanismos de atención al usuario, los cuales a juicio de la autoridad son la oficina físicas de atención al usuario. Aunado a esto, precisó que dicha sanción ascendió a la suma de CUARENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y TRES MIL VEINTE PESOS (\$44.263.020), que fue efectivamente pagado por la entidad sancionada el día 8 de junio de 2018, según consta en el Recibo de Caja No. 18-0042603³.

Seguidamente abordó 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 que de acuerdo al material probatorio recaudado, se colige que *“la sanción impuesta a COLOMBIA MÓVIL S.A.*

³ Folio 17

*E.S.P., obedece a la omisión del deber de informar en las oficinas físicas a los usuarios respecto al acceso a los servicios de urgencia o emergencia, observándose que concretamente el reproche no se centra en que no cuenten con espacios para brindar información a los usuarios, sino que en dichos espacios (cartelera física acompañada de herramienta tecnológica Tablet), no se encuentre la totalidad de la información a la que legalmente están obligados, lo que indica que se trata de una actividad de índole **operativa / administrativa**, que implica incorporar en la herramienta tecnológica (Tablet) dispuesta para brindar información a los usuarios, aquella información atinente al acceso de líneas de urgencias y emergencias.”⁴*

Precisado lo anterior, advirtió que la omisión que generó la multa impuesta no se enmarca dentro de los verbos rectores propios de la gestión fiscal acorde con lo definido en el artículo 3 de la Ley 610 de 2000, pues considera que la acción de disponer los bienes para información de los usuarios, se encontraba ejecutada, evidenciándose en las instalaciones físicas de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., concluyendo así, 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.

Finalmente, en la parte resolutive de este proveído, ordenó compulsar a la Oficina de Control Interno o la dependencia que haga sus veces de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., esto es, para que si a bien lo tiene, adelante la respectiva investigación disciplinaria en contra de los empleados o agentes que presuntamente omitieron la obligación de informar a los usuarios respecto a los canales de urgencia o emergencia, conforme a lo exigido por la Resolución CRC 3066 de 2011, vigente para la época en que funcionarios de la SIC realizan inspección a las oficinas de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.⁵.

⁴ Folio 532

⁵ Folio 533

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 Contralor General de Medellín 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.”⁶.

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

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

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

“La consulta no se debe entender como un recurso en estricto sentido, porque de ella no pueden hacer uso de manera directa los sujetos procesales, sino es un mecanismo jurídico obligatorio para el funcionario de conocimiento, quien debe someter a consideración de su superior 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.

⁶ 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 de 2002.

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 Constitucional⁷ y la ley⁸.

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

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

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. PROBLEMAS JURÍDICOS

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 alguna o varias de las causales vertidas en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000⁹, que

⁷ Sentencia SU 620 de 1996

⁸ Ley 610 de 2000

⁹ 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

permitan confirmar el auto de archivo objeto de revisión, pues en caso contrario, se revocará o modificará la decisión objeto de revisión, según corresponda.

El segundo de los problemas jurídicos a resolver, corresponde en establecer si la decisión adoptada por la primera instancia es lesiva para el interés público o para el ordenamiento jurídico o de los derechos y garantías fundamentales de quienes intervienen en la presente causa fiscal.

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 supuesto daño patrimonial que aquí se investiga presenta su origen como consecuencia de una sanción impuesta a COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., por la Superintendencia de Industria y Comercio, a través de Resolución 30567 del 31 de mayo de 2017, por incumplimiento de la Resolución CRC 3066 de 2011, que exige al Operador informar a los usuarios sobre el acceso y condiciones de uso de los servicios de urgencia y/o emergencia que debe estar disponible a través de los mecanismos de atención al usuario, los cuales a juicio de la autoridad son la oficina físicas de atención al usuario, sanción que ascendió a la suma de CUARENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y TRES MIL VEINTE PESOS (\$44.263.020), la cual fue efectivamente pagado por la entidad sancionada el día 8 de junio de 2018, según consta en el Recibo de Caja No. 18-0042603¹⁰.

Al dossier fue arrimado el expediente del Proceso Administrativo Sancionatorio con Radicado 16-48271 adelantado por la SIC, en poder de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., en donde reposa la Resolución 0222 del 20 de octubre de 2016, por medio de la cual la Dirección de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones, formula cargos a COLOMBIA MÓVIL S.A., con las siguientes imputaciones fácticas¹¹:

Demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma.

¹⁰ Folio 17

¹¹ CD ROM. Folio 250

8.1. Deber de información.

8.1.1. Imputación fáctica No. 1: Presunta omisión del proveedor de servicios de comunicaciones al deber de brindar información a los usuarios en relación con el acceso y condiciones de uso de los servicios de emergencia, toda vez que la misma no se encontraba disponible en ningún lugar de la oficina física de atención al usuario de la ciudad de Popayán (Cauca) ni tampoco le es entregada al usuario por ningún medio físico.

8.1.2. Imputación jurídica No. 2: Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho considera que la sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., con la conducta antes descrita, presuntamente estaría trasgrediendo lo previsto en el numeral 11.7 del artículo 11 de la Resolución CRC 3066 de 2011:

***"ARTÍCULO 11 DEBER DE INFORMACIÓN.** Los proveedores de servicios de comunicaciones, desde el momento en que ofrecen la prestación de sus servicios, durante la celebración de los contratos y en todo momento durante la ejecución de los mismos, deben suministrar al usuario información clara, transparente, necesaria, veraz, anterior, simultánea y de todas maneras oportuna, suficiente y comprobable, precisa, cierta, completa y gratuita, que no induzca error para que los usuarios tomen decisiones informadas, respecto del servicio ofrecido o prestado.*

(...)

11.7. Informar al usuario sobre el acceso y condiciones de uso de los servicios de urgencia y/o emergencia.

Para tal efecto, el proveedor deberá indicarle al usuario lo siguiente: "Señor usuario, en caso de necesitarlo, usted puede acceder de manera gratuita a los servicios de urgencia y/o emergencia a través de (...)".

Reposa igualmente, la Resolución 30567 del 31 de mayo de 2017, por incumplimiento de la Resolución CRC 3066 de 2011, acto en el que se concluye¹²:

6.5. Conclusión.

En síntesis, esta Dirección advirtió que el proveedor de servicios de comunicaciones COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., transgredió el numeral 11.7 del artículo 11 de la Resolución CRC 3066 de 2011, al omitir su deber de brindar información a los usuarios en relación con el acceso y condiciones de uso de los servicios de urgencia y/o emergencia, toda vez que la misma no se encontraba disponible en ningún lugar de la oficina física de atención al usuario ubicada en la Carrera 9 # 9N – 15 de la ciudad de Popayán – Cauca.

¹² CD ROM. Folio 250

Por otra parte, obra una respuesta a una solicitud de información requerida mediante Auto 302 del 14 de julio de 2022 emitido por la primera instancia¹³, y que presenta relación respecto a que actividades realizaba para dar cumplimiento a la Resolución CRC 3066 de 2011, artículo 11, numeral 11.7. Frente a tal solicitud, a través de Oficio con Radicado 2221042925 del 31 de agosto de 2022, la empresa informó que en cada una de las tiendas físicas tenía una carpeta física con 25 capítulos regulatoria de obligatoria disposición de los usuarios, que coincide con la fotografía que reposa en el informe elaborado por la SIC, y que dio lugar al inicio de proceso sancionatorio.

Dicho esto, es de señalar que en lo relacionado con el tema de multas y sanciones de naturaleza administrativa, como bien lo advierte el operador 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

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***

¹³ Folios 518 a 524.

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 ellas 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.

Descendiendo nuevamente al caso concreto, se tiene lo suficientemente acreditado que la sanción a que se vio avocada la presunta entidad afectada no obedece propiamente a que no cuenten con espacios para brindar información a los usuarios, sino que ésta tuvo su génesis en la omisión del deber de informar en las oficinas físicas a los usuarios respecto al acceso a los servicios de urgencia o emergencia, en otras palabras, actuación que en el sentir del Despacho no presenta relación alguna con la noción 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 la omisión de suministrar

información no lleva intrínseca la disposición de recursos públicos o alguna actividad señalada 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, que la actuación presuntamente generadora de la multa impuesta mediante Resolución 30567 del 31 de mayo de 2017, por incumplimiento de la Resolución CRC 3066 de 2011 por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, no se encuentra enlistada o encaja en los verbos rectores que expresamente contempla la norma que define la noción de gestión fiscal.

Acerca del alcance de la definición de **gestión fiscal**, resultan ilustrativos los siguientes apartes jurisprudenciales proferidos por el Consejo de Estado¹⁴:

“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 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 señaló¹⁵:

“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

¹⁴ 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.

¹⁵ 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).

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 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.

Respecto a lo anterior, es pertinente tener claridad 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**. De tal suerte, a juicio de esta instancia jerárquica la compulsa de copias dispuesta en el numeral segundo de la parte resolutive del proveído consultado, se compadece el contexto fáctico que dio origen a la multa impuesta a la entidad presuntamente afectada, como así mismo se encuentra ajustada al marco o régimen disciplinario aplicable a los trabajadores de esta clase de sociedades de naturaleza mixta.

Finalmente es de anotar, en otro orden de ideas, 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 indica¹⁶:

“(...) 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

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-167 de 1995.

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”.

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.

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 490 del 9 de septiembre de 2022**, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 046 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 misma¹⁷.

Sin mayores elucubraciones, y en mérito de lo expuesto, el Contralor General de Medellín,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR ÍNTEGRAMENTE la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción mediante **Auto 490 del 9 de septiembre de 2022**, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 046 de 2019**, por la motivación expuesta en la parte considerativa de este proveído.

¹⁷ Juzgado 45 Administrativo del Circuito de Bogotá, radicado 11001-33-41-045-2018-00438-00. Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho (Folios 244 y 245).

ARTÍCULO SEGUNDO: 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.

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

NOTIFÍQUESE, REMÍTASE Y CÚMPLASE

PABLO ANDRÉS GARCÉS VÁSQUEZ
Contralor General de Medellín

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