

DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL DE MEDELLÍN

AUTO N° 034 DE 2022

POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO DE CONSULTA EN EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N° 053 DE 2020

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

REFERENCIA	
Entidad Afectada:	COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. identificada con NIT. 830.114.921-1.
Presuntos Responsables:	<ul style="list-style-type: none"> - CATALINA MARÍA CÁRDENAS ÁLVAREZ Cédula de ciudadanía número: 43.577.753 - JOSÉ LEOPOLDO GUTIÉRREZ Cédula de extranjería número 417.196 - MARÍA ELVIRA RESTREPO MARTÍNEZ 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, identificada con cédula de ciudadanía número 37.837.955.
Garante:	<ul style="list-style-type: none"> - CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. NIT. 860.026.518-6, Póliza 38766 de Responsabilidad de Directores y Administradores.
Hecho Investigado:	Pago sanción impuesta a COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. por la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC- mediante la Resolución 4832 del 28 de febrero de 2019, por el incumplimiento de los deberes establecidos en los numerales 1 y 2 del artículo 8 de la Ley 1266 de 2008, y confirmadas con las Resoluciones N° 24964 del 28 de junio de 2019 y N° 63328 del 15 de noviembre de 2019, por medio de las cuales se resolvieron los recursos de reposición y de apelación respectivamente.
Cuantía:	DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS PESOS M.L. (\$248.434.800)
Procedimiento:	Ordinario

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 409 del 18 de agosto de 2022**, por medio del cual se ordenó el archivo del proceso de responsabilidad fiscal con Radicado 053 de 2020.

II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS FÁCTICOS

2.1. HECHO INVESTIGADO

La génesis de ese sumario fiscal se soporta en el traslado realizado por la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal Telecomunicaciones¹ mediante memorando 202000005785 del 8 de octubre de 2020, mediante el cual la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal Telecomunicaciones remitió a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal, hallazgo con presunta incidencia fiscal, identificado como hallazgo 6, detectado en la Auditoría Regular adelantada a Colombia Móvil S.A. E.S.P. vigencia 2019, consistente en el pago que fue realizado por Colombia Móvil S.A. E.S.P., a la Superintendencia de Industria y Comercio por el valor de DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS PESOS (\$248.434.800), tal y como se desprende del recibo de caja N° 19-0103689 (archivo “10 Dic. 5 de 2019 – R de C N – 19-0103689 – S/C” carpeta “SOPORTES HALLAZGO N 6”). Este pago se ocasionó en virtud de la Sanción impuesta por la S/C mediante la Resolución N° 4832 del 28 de febrero de 2019², acto administrativo que fue confirmado por las Resoluciones N° 24964 del 28 de junio de 2019³ y N° 63328 del 15 de noviembre de 2019⁴ por medio de las cuales se resolvieron los recursos de reposición y de apelación respectivamente, a razón del incumplimiento de los deberes establecidos en los numerales 1 y 2 del artículo 8 de Ley 1266 de 2008, que en su tenor literal consagran lo siguiente:

¹ Folio 15 y vuelto

² Archivo “7. Feb 28 de 2019 - Se Impone Sanción Res. 4832” subcarpeta “SOPORTES HALLAZGO N 6” carpeta “HALLAZGO N 6”

³ Archivo “8. Julio 15 de 2019” subcarpeta “SOPORTES HALLAZGO N 6” carpeta “HALLAZGO N 6”

⁴ Archivo “9. Nov. 15 de 2019 - Resuelve Recurso de Apelación” subcarpeta “SOPORTES HALLAZGO N 6” carpeta “HALLAZGO N 6”

“...1. Garantizar que la información que se suministre a los operadores de los bancos de datos o a los usuarios sea veraz, completa, exacta, actualizada y comprobable.

2. Reportar, de forma periódica y oportuna al operador, todas las novedades respecto de los datos que previamente le haya suministrado y adoptar las demás medidas necesarias para que la información suministrada a este se mantenga actualizada”.

La sanción administrativa impuesta por la S/C se ocasionó debido a que Colombia Móvil S.A. E.S.P., vulneró el derecho de *habeas data* de la señora Sandra Luisa Torres Mondol, ya que mantuvo información desactualizada de la titular en la base de datos administrada por el Operador Experian Colombia S.A. por más de ocho (8) años.

2.2. PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

Como presuntos responsables fiscales, se determinó en el Auto de Apertura de Investigación Fiscal⁵ a Catalina María Cárdenas Álvarez, identificada con cédula de ciudadanía N°43.577.753, Vicepresidenta Servicio al Cliente, José Leopoldo Gutiérrez, identificado con cédula de extranjería 417.196; CFO Servicios Compartidos; María Elvira Restrepo Martínez , identificada con la cédula de ciudadanía 66.849.703, Vicepresidenta Experiencia al Cliente; la empresa Eficiencia y Servicios S.A., con NIT 830.060.026-9 representada legalmente, por Fabiola Mantilla Rodríguez, identificada con cédula de ciudadanía 37.837.955.

Dicha empresa, era la contratista responsable de prestar el servicio de preventa, venta y post venta del portafolio de productos y servicios de Colombia Móvil S.A. E.S.P. a nivel nacional en los diferentes canales comerciales y de servicios.

2.3. LA ENTIDAD ESTATAL PRESUNTAMENTE AFECTADA

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

⁵ Folios 36 al 47

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 DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS PESOS M.L. (**\$248.434.800**).

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, conforme a la póliza 44850 y 49639.

2.6. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE EN PRIMERA INSTANCIA

- El 8 de octubre de 2020 se remitió por parte de la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal Telecomunicaciones el hallazgo fiscal objeto de la presente actuación, mediante memorando 202000005785, y éste se acompañó con los correspondientes soportes (Folios del 15 al 19 y CD en el folio 20).
- A través del Auto 144, del 19 de abril de 2021, se ordenó la Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal 053 de 2020 (Folios 27 al 34 vuelto).
- Por medio del Auto 409, del 18 de agosto de 2022, se decidió el Archivo del Proceso con Radicado 053 de 2020 (Folios 133 al 143 vuelto).
- Mediante memorando 202200007942, del 29 de agosto de 2022, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva envió el auto de archivo del proceso al Despacho del Contralor General de Medellín para que se surta el grado de consulta.

III. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

Se trata del **Auto 409 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.

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, Colombia Móvil S.A. E.S.P., vulneró el derecho de *habeas data* de la señora Sandra Luisa Torres Mondol, ya que mantuvo información desactualizada de la titular en la base de datos administrada por el Operador Experian Colombia S.A. por más de ocho (8) años, proceso sancionatorio en el que se surtieron los recursos de la vía administrativa.

Por otra parte, acota el instructor de instancia, de acuerdo a las respuestas suministrada por el sujeto de control, obrante en el sumario, en el cual se precisa en esencia, que el hecho de que se haya impuesto una sanción, mediante acto administrativo, esta decisión puede ser perfectamente desvirtuada en el litigio judicial que se tramita ante la jurisdicción contenciosa y por tanto sus argumentos corresponden a los siguientes:

“Así las cosas Colombia Móvil S.A. E.S.P. no desconoció la obligación que en su calidad de fuente de información le asistía, esto es el deber de reportar una información veraz, completa, exacta, actualizable y comprobable, sino que por el contrario sus actuaciones se realizaron con apego y observancia a las disposiciones aplicables, ya que los reportes generados se realizaron en atención a la información registrada, la cual daba cuenta que la consumidora fue reincidente en el incumplimiento de sus obligaciones desde el año 2009 y hasta el año 2017, motivo este por el cual resultaba del todo justificado que se mantuviera el reporte negativo hasta este último período, pues para tal fecha la consumidora no se había puesto al día en sus obligaciones por lo que persistía y era dable que subsistiera el estado de mora registrado ante la central Experian Colombia S.A.”

Frente al mismo, es importante aclarar en este punto que Experian Colombia, el 27 de julio de 2018, no informó a la Superintendencia que Colombia Móvil, en efecto había realizado actualización en marzo de 2009, información que aclaró posteriormente Experian a la Sic.”

Aborda, igualmente el instructor de instancia y desde otra óptica que, de acuerdo a criterios normativos y jurisprudenciales, el sujeto de control es pasible de control fiscal, contrario a lo sostenido por alguno de los presuntos responsables fiscales, que sostén que dada la naturaleza de los recursos y la composición accionaria de Colombia Móvil S.A. E.S.P., no era sujeta 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 el presunto hecho generador del daño anunciado en el hallazgo con incidencia fiscal, 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, cual es el del hecho investigado no comporta gestión fiscal.

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 constitucionales 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 determinación.

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, goza de competencia para revisar vía grado de consulta la decisión del a quo.

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..."

⁶ Sentencia C – 968 / 2003 – Sentencia C – 153 de 1995.

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, 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.

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 Constitucional⁷ y la Ley⁸.

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.

⁷ Sentencia SU 620 de 1996

⁸ Ley 610 de 2000

- 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 6º 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 alguna o varias de las causales vertidas en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000⁹, 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.

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.

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

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 por la Superintendencia de Industria y Comercio, debido a la transgresión normativa en la que incurrió Colombia Móvil S.A. E.S.P. al vulnerar el derecho de *habeas data* de la señora Sandra Luisa Torres Mondol, por haber mantenido información desactualizada de la titular en la base de datos administrada por el Operador Experian Colombia S.A. por más de ocho (8) años, por lo que mediante Resolución N° 4832 del 28 de febrero de 2019, procedió imponer una sanción administrativa, consistente en una multa por valor de DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS PESOS M.L. (**\$248.434.800**), la cual fue confirmada con la Resolución 63328 del 15 de noviembre de 2019, mediante la cual se decidió el recurso de apelación.

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 detrimiento 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 detrimiento 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,

10

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 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 en mención, que valga nuevamente traerlo a colación, 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 la violación al derecho de *habeas data* de la señora Sandra Luisa Torres Mondol, al mantener información desactualizada de la titular en la base de datos administrada por el Operador Experian Colombia S.A. por más de ocho (8) años, 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 la gestión administrativa de mantener actualizada una base de datos no implica de suyo la disposición de recursos públicos o alguna actividad señalada en la norma comprensiva como gestión fiscal, 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 DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS PESOS M.L. (**\$248.434.800**), la cual fue confirmada con la Resolución N° 63328 del 15 de noviembre de 2019, por medio de la cual se resuelve el recurso apelación, no vislumbra para el Despacho 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.

Acerca del alcance de la definición de **gestión fiscal**, resultan ilustrativos los siguientes apartes jurisprudenciales proferidos por el Consejo de Estado¹⁰:

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

Respecto del alcance de la expresión **gestión fiscal**, la misma Corporación señaló¹¹:

"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".

¹⁰ 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.

¹¹ 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 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 presuntamente disciplinables de los trabajadores de la citada empresa de Telecomunicaciones, se confirmará 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 en caso de que lo estime procedente, adelante la respectiva investigación disciplinaria de las personas que presuntamente no actualizaron la información en la plataforma respecto de la señora Sandra Luisa Torres Mondol, por haber mantenido información desactualizada de la titular en la base de datos administrada por el Operador Experian Colombia S.A. por el término de 8 años y que generó la sanción administrativa impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio por valor de DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS PESOS M.L. (**\$248.434.800**).

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.

Es de anotar, en otro orden de ideas, como bien lo disciplina 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 indica¹²:

“(...) 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”.

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 el hecho generador no comporta gestión fiscal y por tanto 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 de gestión fiscal como se razonó en precedente, necesariamente la suerte de proceso deberá ser su archivo. Todo ello como lo ordena el artículo 47 de la Ley 610 de 2000 al consagrar:

“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).

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-167 de 1995.

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 ausencia 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 fiscal¹³ 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 evidenciarse que el daño patrimonial no fue consecuencia de un acto 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.

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 misma¹⁴.

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 409 del 18 de agosto de 2022**, por medio del cual se ordenó el Archivo del Proceso de Responsabilidad fiscal con Radicado 053 de 2020.

Sin mayores elucubraciones, y en mérito de lo expuesto,

¹³ (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.

¹⁴ Juzgado 3º Administrativo de Bogotá, radicado 11001-33-34-003-2020-001350-00. Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción mediante **Auto 409 del 18 de agosto de 2022**, por medio del cual se ordenó el Archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 053 de 2020**, por la motivación expuesta en la parte considerativa de este proveído.

ARTÍCULO SEGUNDO: ACLARAR la Providencia Consultada en el sentido de ordenar que el Operador de Primer Grado, 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: Beatriz Elena Colorado - Profesional Universitario II

