

DESPACHO DEL CONTRALOR GENERAL DE MEDELLÍN

AUTO N° 041 DE 2022

**POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO DE CONSULTA EN EL PROCESO
DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO 007 DE 2019.**

Medellín, diecinueve (19) de octubre de 2022

RADICADO 007 DE 2019	
REFERENCIA: AUTO DE ARCHIVO	
Entidad afectada:	METROPLÚS S.A. Identificado con NIT No 900019519-9, empresa Industrial y Comercial del Estado.
Presunto responsable:	RICARDO MEDINA GIRALDO identificado con cedula 71.786.457, en calidad de gerente de MTROSPLUS S.A.
Garante:	ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA S.A. NIT 860.524.654-6
Hecho investigado:	<i>"Se evidencio que el Gerente General del Metroplús S.A. RICARDO MEDINA GIRALDO, realizó tres viajes al exterior durante el año 2016, y hasta abril de 2017, donde se cancelaron viáticos por \$24.492.397,56 y por pasajes \$4.678.009. las comisiones de dichos viajes no fueron autorizadas por el superior competente, tampoco se encontraron informes presentados a las mismas instancias de los beneficios logrados durante los viajes"</i>
Cuantía:	VEINTINUEVE MILLONES QUINIENTOS SETENTA MIL CUATROCIENTOS SEIS PESOS, con CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS (\$29.570.406,56).

I. OBJETO A DECIDIR

La Contralora Auxiliar de Auditoría Fiscal Educación en Funciones de Contralor General de Medellín, según Resolución 1238 del 14 de octubre de 2022, en virtud de las facultades establecidas en las Leyes 610 de 2000, 1437 de 2011, 1474 de 2011, artículo 267 y 268 de la Constitución Política, los Acuerdos municipales 087 y 088 de 2018 y la Resolución 150 de 2021 expedidas por la Contraloría General de Medellín, procede a conocer en Grado de Consulta respecto a la decisión adoptada por la Contraloría

1

Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante Auto 506 de 16 de septiembre de 2022, por medio del cual se ordenó el archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 007 de 2019.

II. ANTECEDENTES

2.1 FUNDAMENTOS FÁCTICOS – HECHO INVESTIGADO

La Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal Movilidad, mediante Memorando Nro. 047726 – 201800000162 del 5 de enero de 2018, remitió a este Despacho, hallazgo con presunta incidencia fiscal, encontrando en desarrollo de la Auditoría Especial Contratación Metroplús S.A., vigencia 2015 a octubre de 2017, hallazgo contenido en el formato de traslado de hallazgo F-CF-AF -007, visible a folios 3 y 4 del expediente, que reza lo siguiente:

“Se evidenció que el Gerente General de Metroplús S.A., Ricardo Medina Giraldo, realizó tres (3) viajes al exterior durante el año de 2016 y hasta abril de 2017, donde se cancelaron viáticos por \$24.892.397,56 y por pasajes aéreos \$4.678.009, para un total de \$29.570.406.56, las comisiones de dichos viajes no fueron autorizadas por el superior competente, tampoco se encontraron informes presentados a las mismas instancia sobre los beneficios logrados durante los viajes. Es importante anotar que en estos viajes se llevaron a cabo actividades que no están en la misión de Metroplús como es “invitación tren eléctrico” en México y otros como “conocer la trayectoria del sistema de transporte público” en Barcelona-Alemania y “conocer los sistemas de transportes y tratar temas relacionados con el transporte público” en Brasil, que no están en estos momentos en operación por parte de la Entidad.

*Incumpliendo lo establecido por la Entidad sobre las **comisiones** en el artículo 75 y 76 del Decreto Nacional 1950 del 24 de septiembre de 1973 que establece “El empleado se encuentra en comisión cuando, por disposición de autoridad competente, ejerce temporalmente las funciones propias de su cargo en lugares diferentes a la sede habitual de su trabajo o atiende transitoriamente actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo de que es titular”, las comisiones pueden ser entre otras para:*

d) “Para atender invitaciones de gobiernos extranjeros, de organismos internacionales o de instituciones privadas”.

El artículo 77 del Decreto 1950 establece que: “Solamente podrá conferirse comisión para fines que directamente interesen a la administración pública”.

El Decreto Nacional 2400 de 1968 artículo 22 establece que: “A los empleados se les podrá otorgar comisión para los siguientes fines. Para cumplir misiones especiales conferidas por sus superiores; para seguir estudios de capacitación; para asistir a reuniones, conferencias, seminarios y para realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se

relacionen con el ramo en que presten sus servicios; para ejercer las funciones de un empleo de libre nombramiento y remoción cuando la comisión recaiga en un funcionario escalafonado en carrera. El Gobierno reglamentará las condiciones, términos y procedimientos para conceder comisiones”¹

Los anteriores hechos fueron el origen del Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 007 de 2019, en virtud del cual se emitió Auto de Apertura de Investigación en la fecha agosto 2 de 2019; y posteriormente se emite auto de archivo, en dicho pronunciamiento el Contralor Auxiliar de Responsabilidad Fiscal, dispone que el presunto imputado no incurrió en daño patrimonial en contra de la entidad que representaba, situación que generó la desvinculación igualmente de la Compañía de Seguros como tercero civilmente responsable.

2.2 LOS PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

En el Auto N°559 de Apertura del proceso del 2 agosto de 2019 (folio 14 cuaderno único) se identificó como presunto responsable fiscal, a la persona que a continuación se individualiza:

Nombre: RICARDO MEDINA GIRALDO
Cédula: 71.786.457
Cargo: Gerente de METROPLUS S.A.

2.3 LA ENTIDAD ESTATAL PRESUNTAMENTE AFECTADA

El presunto daño patrimonial que se investiga se ocasionó a METROPLUS S.A.

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

El presunto daño patrimonial se cuantificó en la suma VEINTINUEVE MILLONES QUINIENTOS SETENTA MIL CUATROCIENTOS SEIS PESOS, con CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS (\$29.570.406,56), conforme a lo expuesto en el auto de apertura proferido por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva.

41

¹ Ver informe definitivo, pág. 70. (CD folio 5).

2.5 TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

Respecto al tercero civilmente responsable en el Proceso de Responsabilidad Fiscal con Radicado 007 de 2019 que fue el que dio origen al presente proceso, se vinculó a la Compañía de Seguros ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA S.A. NIT 860.524.654-6

2.6 ACTUACIÓN PROCESAL

- A través de Auto 233 del 12 de abril de 2019, se comisiona a la abogada NORA MARÍA CASTAÑEDA OQUENDO, para adelantar y tramitar el proceso de responsabilidad fiscal 007 de 2019. (Folio 1)
- Por medio de Auto 559 del 2 de agosto de 2019, se apertura el proceso de responsabilidad fiscal (Folios 14-19)
- Mediante Auto 736 del 01 de octubre de 2019 se comisiona a la abogada PAULA ANDREA ORTEGA ESCOBAR, para adelantar y tramitar el proceso de responsabilidad fiscal 007 de 2019 (Folios 20-21)
- A través de oficio con radicado E 202000000531 del 6 de junio de 2020, se comunica a la compañía Aseguradora Solidaria de Colombia, su vinculación al proceso de responsabilidad fiscal (Folio 25).
- Por medio de Oficio con Radicado E 202000000585 del 7 de febrero de 2020, se solicita a Metroplús S.A., la información decretada como prueba en el auto de apertura (Folio 27).
- Mediante Oficio con Radicado E 202000000586 del 7 de febrero de 2020, se comunica a Metroplús S.A., la apertura del proceso de responsabilidad fiscal y se solicita información del presunto responsable RICARDO MEDIANA GIRALDO (Folio 28).
- A través de Oficio con Radicado R 202000000448 del 11 de febrero de 2020, Metroplús S.A., remite a este despacho la información correspondiente al señor RICARDO MEDIANA GIRALDO (Folio 29).
- Por medio de Oficio con Radicado R 202000000516 del 14 de febrero de 2020, Metroplús S.A., remite a este despacho la información decretada como prueba en el auto de apertura (Folio 37-126).

- A través de Auto 225 del 17 de marzo de 2020, se suspenden los términos del proceso de responsabilidad fiscal (Folios 132-133).
- Mediante Auto 276 del 20 de octubre de 2020, se reanudan los términos del proceso de responsabilidad fiscal (Folios 137-138).
- El día 12 de mayo de 2022, se notificó personalmente el doctor CAMILO ANDRÉS BALLESTEROS BEDOYA, apoderado contractual del presunto responsable RICARDO MEDINA GIRALDO del proceso de responsabilidad fiscal (Folio 148).
- A través de Auto 212 del 12 de mayo de 2022, se le reconoce personería para actuar en el proceso al abogado ANDRÉS BALLESTEROS BEDOYA (Folio 149).
- Por medio de correo electrónico dirigido a notificaciones responsabilidad fiscal, el abogado CAMILO ANDRÉS BALLESTEROS BEDOYA, remite escrito defensivo a nombre del señor RICARDO MEDINA GIRALDO (Folios 153-171).

III. PROVIDENCIA CONSULTADA

Mediante **Auto N° 506 del 16 de septiembre de 2022**, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, entre otras determinaciones, de conformidad con lo dispuesto en Artículo 47 de la Ley 610 de 2000, **ordenó el archivo del proceso** de Responsabilidad Fiscal con Radicado 007 de 2019 a favor del señor RICARDO MEDINA GIRALDO, identificado con cedula 71.786.457, en calidad de Gerente de METROPLÚS S.A., basado en que el hecho aquí investigado no constituía daño fiscal.

En lo que es de interés para decidir el grado de consulta, dijo la Primera Instancia que con la prueba documental aportada, está demostrado que el presunto gestor fiscal devengó por concepto de viáticos y comisión de servicios la suma referida en los acápites iniciales, tema sobre el cual la jurisdicción contenciosa administrativa se ha pronunciado y que como la discusión radica conforme a las anotaciones del hallazgo de auditoría que no existe razón válida para dicho reconocimiento, se debe entonces tratar el tema.

Precisó el Operador de Instancia que se encontraba plenamente demostrado por el presunto gestor fiscal las evidencias que daban cuenta de sus desplazamientos y que a su vez estos se realizaron en cumplimiento de una comisión de servicios.

Agrega la primera instancia que, si bien la norma exige que la comisión de servicios sea aprobada por el superior jerárquico, para el caso que se analiza esto resulta irrelevante en la medida que no existe la autoridad superior y además la Junta Directiva que podría eventualmente asumir este rol, no tiene esta función para este caso específico.

3.1. 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, la Contralora Auxiliar de Auditoría Fiscal Educación en Funciones de Contralor General de Medellín, según Resolución 1238 del 14 de octubre de 2022, goza de competencia para revisar la decisión del a quo y tomar las decisiones que en derecho corresponda.

3.2. 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.”².

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”.

² Sentencia C – 968 / 2003 – Sentencia C – 153 de 1995.

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 Constitucional³ y la Ley⁴.

3.3. 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 daño patrimonial**, esta Dependencia establece como problema jurídico principal el determinar los motivos de la comisión de servicios, la Ausencia de Daño patrimonial y la acreditación plenamente de la concurrencia de una o varias de las causales vertidas en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000⁵, que serán en definitiva las que permitirán confirmar el auto de archivo objeto de revisión, pues en caso contrario, se revocará o modificará la decisión objeto de revisión, según corresponda.

³ Sentencia SU 620 de 1996

⁴ Ley 610 de 2000

⁵ 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.

3.4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Habiéndose determinado el sentido de la decisión consultada, corresponde en primer lugar examinar la figura de la comisión de servicios y sus motivos y la autoridad competente de su otorgamiento pues es el criterio medular de la decisión, razón por la cual es importante esclarecer cuáles serán las causales o motivos permitidas para acceder una comisión de servicios debidamente pagada por el empleador de lo público, para luego determinar si existe daño patrimonial o no.

3.4.1. Las circunstancias de otorgamiento de la Comisión de Servicios

Para abordar este tema, es importante retomar la decisión y afirmar que esta cimentada principalmente en lo siguiente: 1) Los motivos de la comisión de servicios. Son Reglados y 2) La autoridad competente para otorgar la comisión de servicios.

3.4.1.1. Los Motivos de otorgamiento de la Comisión de Servicios son Reglados.

Como puede advertirse no es de poca entidad tratar en esa oportunidad procesal los motivos que adujo el señor MEDINA, para su desplazamiento a su comisión de servicios y luego reclamar el pago de la misma, pues para este operador resulta de suma importancia echar mano de criterios de razonabilidad para evaluar si los motivos que sirvieron de fundamento al presunto gestor fiscal, se ajustan al ordenamiento.

Acorde con lo expuesto revisaremos la normatividad aplicable al caso. En el presente caso, dado el tema en estudio, solo nos referiremos a la comisión de servicios, la cual se encontraba definida en el literal a) del artículo 76 y regulada por los artículos 79 a 81 del Decreto 1950 de 1973, modificado por el Decreto 1042 de 1978 -derogado por el Decreto 1083 de 2015- cuyo tenor literal dispuso lo siguiente:

El artículo 2.2.5.5.1, estipula que dentro de las situaciones administrativas, se encuentra la comisión:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.1 Situaciones administrativas. El empleado público durante su relación legal y reglamentaria se puede encontrar en las siguientes situaciones administrativas:

1. En servicio activo.
2. En licencia.
4. En comisión.
5. En ejercicio de funciones de otro empleo por encargo.
6. Suspendido o separado en el ejercicio de sus funciones.
7. En periodo de prueba en empleos de carrera.
8. En vacaciones.
9. Descanso compensado”

41.

Por su parte el artículo 2.2.5.5.21, define la Comisión de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.21 Comisión. *El empleado se encuentra en comisión cuando cumple misiones, adelanta estudios, atiende determinadas actividades especiales en sede diferente a la habitual o desempeña otro empleo, previa autorización del jefe del organismo. La comisión puede otorgarse al interior del país o al exterior”.*

Las clases de comisión son las definidas a su vez en el artículo 2.2.5.5.22:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.22 Clases de comisión. *Las comisiones pueden ser:*

- 1. De servicios.*
- 2. Para adelantar estudios.*
- 3. Para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción o de periodo, cuando el nombramiento recaiga en un empleado con derechos de carrera administrativa.*
- 4. Para atender invitaciones de gobiernos extranjeros o de organismos internacionales”.*

Y respecto a la duración de la comisión de servicios, estipula el Decreto 1083 de 2015:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.26. Duración de la comisión de servicios. *Las comisiones al exterior, se conferirán por el término estrictamente necesario para el cumplimiento de su objeto, más uno de ida y otro de regreso, salvo en los casos en que quien autoriza la comisión, considere que éstos no son suficientes para el desplazamiento al sitio donde deba cumplirse y su regreso al país, en cuyo caso podrá autorizar el término mínimo que considere necesario.*

La comisión de servicios al interior se otorgará hasta por el término de treinta (30) días hábiles, prorrogable por razones del servicio y por una sola vez hasta por treinta (30) días hábiles más.

No estará sujeta al término antes señalado la comisión de servicio que se otorgue para cumplir funciones de inspección o vigilancia y las que por su naturaleza exijan necesariamente una duración mayor, a juicio del nominador.

Queda prohibida toda comisión de servicio de carácter permanente”

Y finalmente en cuanto al pago de viáticos y remuneración del funcionario comisionado, establece el Decreto:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.27 Derechos del empleado en comisión de servicios. *El empleado en comisión de servicios en una sede diferente a la habitual tendrá derecho al reconocimiento de la remuneración mensual que corresponde al cargo que desempeña y al pago de viáticos y, además, a gastos de transporte, cuando estos últimos se causen fuera del perímetro urbano. El valor de los viáticos se establecerá de conformidad con los lineamientos y topes señalados en el decreto anual expedido por el Gobierno Nacional.*

Cuando la totalidad de los gastos que genere la comisión de servicios sean asumidos por otro organismo o entidad no habrá lugar al pago de viáticos y gastos de transporte. Tampoco

habrá lugar a su pago cuando la comisión de servicios se confiera dentro de la misma ciudad.

Si los gastos que genera la comisión son asumidos de forma parcial por otro organismo o entidad, únicamente se reconocerá la diferencia.”

En tal sentido, no es dable, interpretar como lo hizo el equipo auditor, al indicar que no era admisible una comisión de servicios para visitar medios de transporte masivos, por parte del representante legal a sabiendas de que aquel había entregado la operación del Metro a un tercero, cuando las previsiones normativas que regulan la figura de la comisión de servicios fueron incorporadas como causales y en ninguna de ellas se encuentra la obligación de una motivación adicional a la causal, amén del carácter de su misión institucional en materia de transporte.

De acuerdo a la normativa citada, a la comisión de servicios se acude por las razones estrictamente señaladas en la norma y encuentra esta autoridad fiscal que la actividad de observar de medios masivos de transporte de otras ciudades internacionales, guarda coherencia con el marco funcional del representante legal de Metroplús, pues la condición de direccionar una entidad pública implica no solo un conjunto de funciones, sino además responsabilidades a efectos de satisfacer los planes de desarrollo, propender por la expansión del servicio y cumplir con ello los fines del Estado.

En ese entendimiento, resulta suficiente que se acredite en el proceso la realización de las comisiones de servicio en razón de una invitación de autoridades internacionales, y ello implica, per se, aceptar el reconocimiento consecuencial de los viáticos que la figura demanda, esto en la medida en que, por un lado, se tiene la certidumbre de que efectivamente la comisión se otorgó en razón de aquella invitación; y, por otro, la más relevante, existe prueba que ellas efectivamente se cumplieron para los fines propuestos.

3.4.1.2. La Autoridad competente para conceder la comisión de servicios.

Es importante anotar que la función pública tiene una naturaleza reglada, pues cada una de las funciones debe ser ejercida previa verificación de la competencia y esta a su vez debe guardar absoluta armonía con la norma que así lo dispone.

En relación con la aprobación de la comisión de servicios por parte del superior jerárquico, esta instancia advierte que de la lectura de la norma no se puede interpretar que el legislador previó aquellos eventos en los cuales no existe ese superior, como ocurre cuando el servidor comisionado, es precisamente la máxima autoridad de la entidad.

El Departamento Administrativo de la Función Pública, en Concepto Radicado 20226000024741, del 19/01/2022 señaló:

“Así las cosas, de acuerdo con lo anterior, esta Dirección considera que la autoridad competente para otorgar una comisión de servicios y reconocer viáticos y gastos de transporte al Director del Instituto Departamental del Deporte y Recreación del Quindío, es el nominador; es decir, el Gobernador.

*Adicionalmente, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el inciso tercero del Artículo 2.2.5.5.23 del Decreto 1083 de 2015 que indica que, las comisiones de servicio al exterior que se otorguen a servidores públicos pertenecientes a Entidades Descentralizadas que no reciban aportes del Presupuesto Nacional deberán ser **autorizadas previamente por la Junta o Consejo Directivo o Superior, con el voto favorable de su Presidente**”.*

Las consideraciones expuestas por este organismo de consulta de orden nacional, nos lleva a analizar la reglamentación interna de Metroplús y su Junta Directiva y el documento consultado es la Escritura Pública 1573 del 11 de septiembre de 2006, a través de la cual se modifican los estatutos de esta entidad pública, el mismo que nos indica en su artículo primero que se trata de una sociedad por acciones de orden municipal constituida entre entidades públicas, de la especie de las anónimas, es decir que conforme al artículo 68 de la Ley 489 de 1998, se trata de una entidad descentralizada del orden Municipal, razón por la cual conforme al Decreto 1083 de 2015, esta autoridad corporativa, en principio debió aprobar la comisión de servicios del Gerente General de Metroplús S.A.

Y se dice que en principio la competencia para otorgar la comisión de servicios radica en la Junta Directiva de Metroplús, porque una vez indagadas las funciones definidas estatutariamente para la Junta Directiva, según el artículo 35 de los estatutos contenidos en la Escritura Pública 1573 del 11 de septiembre de 2006, no aparece ésta como propia de este Organismo Corporativo. No obstante, este Operador advierte que es una decisión que le corresponde definirla a la autoridad disciplinaria en tanto que su desconocimiento podría llegar a constituir falta disciplinaria, mas no un hecho generador del daño patrimonial, tal como lo visualizó el equipo auditor cuando mediante exhorto compulso copias disciplinarias por haberse presuntamente desconocido el código disciplinario.

Es claro que cuando existe un vacío de orden reglamentario generado a partir de la ausencia de norma que le asigne la función de concederle la competencia para otorgarle la comisión de servicios a aquellos servidores que siendo la máxima autoridad de una entidad no tienen superior jerárquico, es claro que ante esta situación así planteada se deja a disposición de la máxima autoridad la valoración de su comisión, previa verificación de la causal y la realización de la misma, con las debidas probanzas

su realización, esto por cuanto ninguna autoridad o servidor público puede ejercer una competencia que normativamente no le ha sido otorgada.

3.4.2. Causal de Archivo de la investigación – Ausencia del Elemento de Responsabilidad Fiscal – Daño patrimonial.

Un primer análisis, se hace a partir de confirmar o desvirtuar los eventos previstos en el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, pues la decisión de terminar el presente proceso de responsabilidad fiscal, según el análisis del instructor se debió a la ausencia del Elemento Daño patrimonial.

Al respecto los Artículos 47 y 48 de la Ley 610 de 2000, prescriben:

*“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”.*

“Artículo 48. El funcionario competente proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando 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.

El auto de imputación deberá contener:

(...)

3. La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado”. Negrillas propias.

En ese orden, esta Instancia se debe asegurar que en el pleno ejercicio de la competencia reglada, toda decisión debe ser suficientemente motivada y conforme a la realidad fáctica, pues ella debe reflejar un razonamiento lógico fundado en pruebas, así lo demandan las normas que a continuación se citan.

Y el Artículo 22 de la Ley 610 de 2000 señala: *“Toda providencia dictada en el proceso de responsabilidad fiscal debe fundarse en pruebas legalmente producidas y allegadas o aportadas al proceso”*

A su vez el artículo 23 de la Ley 610 de 2000, *“El fallo con responsabilidad sólo procederá cuando obre prueba que conduzca a la certeza del daño patrimonial y de la responsabilidad del investigado”*.

Ahora bien en el *sub lite*, según el Operador de la Primera Instancia se consideró que no existió daño patrimonial respecto de la persona investigada y como responsables del hecho generador del daño patrimonial.

Previo a hacer el análisis del caso concreto, resulta conveniente hacer las siguientes precisiones:

El proceso de responsabilidad fiscal es un modelo procesal riguroso y esencialmente reglado, de donde deviene la característica de la acción fiscal, como deber jurídico, sin que pueda predicarse como una facultad discrecional, en consecuencia, suspender, interrumpir o archivar solo puede hacerse por los casos taxativamente señalados por el legislador, en tanto que no se trata de una prerrogativa discrecional, y en igual sentido ocurre con la imputación, esta solo procede en los términos del artículo 48 de la Ley 610 de 2000.

Así pues, que el archivo de las diligencias constituye una aplicación directa del principio de legalidad, pues solo se ejerce la acción fiscal respecto de aquellos hechos generadores de daño patrimonial y por ende en relación con la persona que con su conducta dolosa o gravemente culposa dio origen a ello, lo cual es imposible de hacer cuando del análisis de las pruebas se advierte la procedencia de alguna de las causales de archivo.

Así lo ha precisado el Consejo de Estado en Sentencia del año 2018, al abordó el tema de los elementos de la responsabilidad fiscal, para enfatizar en la obligación se examinar con rigor cada uno de ellos.

[L]e asiste igualmente razón al Tribunal cuando consideró que **el acto administrativo estaba viciado de nulidad por no haberse motivado en debida forma** el grado de culpabilidad de la conducta que, (...). Posteriormente, cuando se dictó fallo con responsabilidad fiscal, **se omitió igualmente el análisis** del grado de culpabilidad del investigado, limitándose el ente fiscalizador a expresar que *“aquí se configura un manejo ligero y superficial de los intereses del departamento, constitutivo de la culpa por lo menos de la leve y quizá hasta de la grave”*, **sin que se concrete cuál de ellas se configuró en el caso concreto**, agravando la situación que se había dispuesto en el auto de imputación, violándose igualmente la congruencia que debía acompañar el debido proceso.

4.2.2.3. Resulta suficiente la ausencia de uno solo de los elementos de la responsabilidad fiscal para que esta no pueda considerarse válidamente establecida y, en caso concreto, (...) por lo que no podemos hablar de un detrimento patrimonial consolidado. SNFT.

En Sentencia del 13 de diciembre de 2012 la misma Corporación sostuvo⁶:

"En otras palabras, si bien el daño cierto (pago a contratista) se presentó con posterioridad a la salida del actor de la entidad, el hecho constitutivo de gestión fiscal (falta de planeación) se produjo cuando aquel fungía como Gerente de esta. Se trata de daños que no se consuman concomitantemente con la producción del hecho dañino, sino de aquellos que se revelan y adquieren el carácter de ciertos con el paso del tiempo."

Los elementos esenciales para poder responsabilizar fiscalmente son: Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre los dos elementos anteriores. Una vez se logra determinar si la conducta fue realizada en ejercicio de la gestión fiscal, y sin ninguna causal exonerativa procederá el funcionario de conocimiento a determinar si hubo daño patrimonial, y si fue cometida (nexo causal) a título de dolo o de culpa grave de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5 de la Ley 610 de 2000, y el artículo 118 de la Ley 1474 de 2011.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-840-01 fijó las siguientes reglas:

6. Artículo 4 de la ley 610 de 2000. (...) Así, "el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado mas no puede superar ese límite." Y no podría ser de otro modo, pues de indemnizarse por encima del monto se produciría un enriquecimiento sin causa, desde todo punto de vista reprochable. Así las cosas, "el proceso de responsabilidad fiscal conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal". SNFT.

Ahora bien, con respecto al daño, esta Corporación ha sostenido:

"Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por

⁶ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA. Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de dos mil doce (2012). Radicación número: 15001-23-31-000-2009-00247-01. Actor: MIGUEL RAMÓN BRICEÑO ANZOLA. Demandado: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ - CONTRALORÍA GENERAL DE BOYACÁ

consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, **a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio.**⁷ SNFT.

3.4.3 CASO CONCRETO.

Para comenzar se advierte que la solución del caso está circunscrita por el instructor, en establecer que en el presente averiguatorio no hubo daño patrimonial, si se tiene en cuenta que aparece la prueba que da cuenta de que la comisión de servicios fue debidamente cumplida en los términos referidos en el acto administrativo que así lo dispuso, esto es, para atender invitación de autoridades extranjeras.

Para arribar a la anterior hipótesis el Operador de Instancia realizó un análisis notorio para concluir que al presunto responsable fiscal no podía imputársele ningún daño patrimonial, pues si bien el hallazgo de auditoría censuró el pago de la comisión de servicios a partir de los motivos que fueron expuestos en el acto administrativo mediante el cual se otorgó la misma, obrante a folio 45 del expediente Resolución Nro. 201740050 del 13 de marzo de 2017⁸, en la que se establece que esta situación administrativa se realizaría con el fin de trasladarse del 15 al 23 de marzo de 2017, a las ciudades de Curitiba y Porto Alegre (Brasil), y particularmente para conocer los sistemas de transporte de ambas ciudades, invitados por la Prefeitura Municipal de Curitiba, Assesoria de Relacoes Internacionais (Curitiba) y Empresa Pública de Transporte e Circulacao - EPTC (Porto Alegre); igualmente se desplazó a las ciudades de Guadalajara (Jalisco) y D.F. -México, con el fin cumplir compromisos laborales por invitación del sistema de Tren Eléctrico –SITEUR y se reconocen viáticos por valor de \$24.942.397,56, así mismo tratar temas técnicos relacionados con el transporte público, para los días 18 al 22 de julio de 2016⁹; posteriormente se trasladó, del 11 al 19 de noviembre de 2016, a la ciudad de Barcelona (España) y Dresden (Alemania), con el fin de reunirse con el Director de Relaciones Internacionales y Desarrollo de Negocios (Transports de Barcelona S.A.), conocer las funciones, objetivos y trayectoria del sistema de transporte público de Barcelona, visitar la Smart City Expo World que se desarrolla en esta ciudad y atender reuniones en las empresas HUBNER y Franunhofer Institue en Dresden¹⁰; todas fueron debidamente materializadas, en los términos indicados en el acto administrativo citado.

⁷ Ibid.

⁸ Folio 45 Resolución Nro. 201740050 del 13 de marzo de 2017 *"Por medio de la cual se ordena una comisión de servicios y se autoriza el pago de viáticos"*

⁹ Folio 51. Resolución No. 201640198 del 15 de julio de 2016 *"Por medio de la cual se ordena una comisión de servicios y se autoriza el pago de viáticos"*.

¹⁰ Folio 55. Resolución No. 201640263 del 4 de noviembre de 2016 *"Por medio de la cual se ordena una comisión de servicios y se autoriza el pago de viáticos"*.

Adicional a lo anterior es importante detallar los soportes que dan cuenta de que la comisión fue cumplida, pues a folio 47 obra el formato de legalización de comisiones del señor RICARDO MEDINA GIRALDO, donde se relaciona la actividad realizada, acompañado de los Pasabordos emitidos por las Aerolíneas, visibles a folio 80.

A la luz de esos datos, que fueron indicados en el auto de archivo, emerge la siguiente conclusión:

En el caso que se trae, el presunto gestor fiscal no incurrió en daño patrimonial, si se tiene en cuenta que, acreditó que cumplió la comisión de servicios y por tanto tiene derecho al pago de los viáticos reclamados, pues se encuentra plenamente demostrado que su traslado se debió a invitaciones internacionales, tal como lo describe el acto administrativo, y que ésta se cumplió en debida forma, evento en el que procede, como ya se dijo, el reconocimiento de viáticos, aunado al hecho que por demás la misma fue en razón de invitación en la que se iba a valorar los medios de transporte masivos de aquellos territorios.

Así las cosas, tenemos que los viáticos solo se generan con ocasión de la efectiva ejecución de una comisión de servicios, es decir, que la sola orden mediante acto administrativo no genera el derecho al pago, este se genera mediante el cumplimiento de la comisión, acto que debe estar debidamente sustentado mediante un informe rendido por el funcionario comisionado.

Y es que no resulta justo, ni equitativo, que el funcionario tenga que sufragar gastos cuando se traslada en ejercicio de sus funciones y que luego no tenga derecho a los beneficios laborales.

Por consiguiente, la decisión adoptada por el a quo en cuanto a este aspecto se refiere, se tiene como ajustada a derecho, dado que corresponde a las normas que regulan las causales para su otorgamiento.

Le asiste razón a la Dependencia consultante en archivar este averiguatorio como quiera que el artículo 48 ibídem, exige al funcionario que para poder proferir auto de imputación indefectiblemente debe encontrar demostrado el daño patrimonial, y pero como ha quedado lo suficientemente explicado en este grado de consulta, la función pública por el representante legal de Metroplús fue prestada en los términos de la comisión de servicios, por lo que su remuneración no puede constituir daño patrimonial.

Corolario de lo expuesto, esta superioridad jerárquica **CONFIRMARÁ** la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante Auto N° **Auto 506 del 16 de septiembre de 2022**,

Con base en los razonamientos que se dejan consignados, en armonía con los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones se confirmará la decisión consultada.

Sin mayores elucubraciones, y en mérito de lo expuesto, la Contralora Auxiliar de Auditoría Fiscal Educación en Funciones de Contralor General de Medellín,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción mediante **Auto Auto 506 del 16 de septiembre de 2022**, por medio del cual se ordenó el Archivo del Proceso de Responsabilidad Fiscal con **Radicado 007 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: 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



MARY LUZ ARROYAVE LONDOÑO

Contralora Auxiliar de Auditoría Fiscal Educación en
Funciones de Contralor General de Medellín

Proyectó: Beatriz Elena Colorado - Profesional Universitaria

