

DESPACHO DEL CONTRALOR DISTRITAL DE MEDELLÍN**AUTO N° 015 DE 2023****POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO CONSULTA EN EL
PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON RADICADO N° 047-2019.**

Medellín, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Objeto decisión	Conocer en grado de consulta la decisión de la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal contenida en el Auto 079 de 2023.
Despacho Contralor:	
Entidad afectada:	COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.-NIT. 830.114.921-1.
Hecho (s) Investigado (s):	Pago de sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio-SIC, en virtud de respuesta extemporánea a derecho de un petición radicado el 29 de mayo de 2016) y que dio lugar a un por configuración de silencio administrativo positivo, vulnerando el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009 y artículos 49 y 50 de la Resolución CRC1 3066 de 2011.
Cuantía Total del daño:	Setenta y tres millones setecientos setenta y un mil setecientos pesos m.l. (\$73.771.700)
Investigados	MARÍA ELVIRA MARTÍNEZ RESTREPO, identificada con cédula 66.849.703. ÁNGELA MARÍA CORREA GARZÓN, identificada con cédula 52.418.187.
Decisión Primera Instancia:	Archivo
Decisión en grado de consulta:	CONFIRMA
Garante:	N.A.
Procedimiento:	Ordinario

I. OBJETO DEL GRADO DE CONSULTA

El Subcontralor, en asignación de funciones de Contralor Distrital de Medellín, de acuerdo a Resolución 0262 del 07 de marzo de 2023, 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 (*Manual específico de Funciones y competencias laborales*²), expedidas por la Contraloría Distrital de Medellín procede a resolver en **grado de**

¹ Comisión de Regulación Comunicaciones² Modificada por la Resolución N° 482 de 2022.

consulta la decisión contenida en el **Auto 079 del 6 de febrero de 2022**, por medio del cual, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva decidió archivar el proceso a favor de los investigados, radicado **047-2019**.

II. HECHOS Y ANTECEDENTES

2.1 HECHOS FISCALES OBJETO DEL PROCESO

Mediante Memorando 201900004747 del 6 de junio de 2019, la CAAF Telecomunicaciones remitió a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva un hallazgo fiscal (N° 5)³ el cual fue descrito así por el Equipo Auditor en el formato de traslado: Folios 3, 7 CD.

Con recibo de caja No. 18-0043623 del 14 de junio de 2018, Colombia Móvil S.A. E.S.P., efectuó el pago a la Superintendencia de Industria y Comercio del valor de \$73.771.700, por concepto de multa impuesta mediante Resolución No.30763 del 31 de mayo de 2017, debido a que Colombia Móvil S.A. E.S.P no respondió durante el término legal la reclamación identificada con el CUN 3489989, presentada por el señor Thomas Alejandro Duarte, teniendo como plazo máximo el 21 de junio de 2016, lo que dio lugar a la investigación adelantada por dicho ente dónde se encontró debidamente acreditada la ocurrencia del silencio administrativo positivo, incumpliendo lo establecido en el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009, así como los artículos 49 y 50 de la Resolución CRC 3066 de 2011, que dispone: (...)

2.2 PRESUNTOS RESPONSABLES FISCALES

En el Auto de Apertura se identificaron las siguientes personas.

- MARÍA ELVIRA MARTÍNEZ RESTREPO- Vicepresidencia Servicio al Cliente. Folio 173.
- ÁNGELA MARÍA CORREA GARZÓN- Gerente de Soporte y PQR. Folio 173.

³ Auditoría Regular, componente financiero, vigencia fiscal 2018.

2.3 ENTIDAD ESTATAL AFECTADA

Colombia Móvil S.A. E.S.P⁴, haciendo negocios como **Tigo**, es una compañía colombiana de telecomunicaciones. Propiedad del Grupo Tigo, presta sus servicios de telecomunicaciones celulares a nivel nacional e internacional a través de la marca Tigo y con la marca Orbitel en Canadá, Estados Unidos y España (con servicios de larga distancia y telefonía móvil con Orbitel Móvil). En sus inicios y hasta el 1 de diciembre de 2006, Colombia Móvil utilizó la marca comercial **OLA** y a partir de esa fecha fue renombrado como Tigo al ser adquirida por Millicom.

El 16 de agosto de 2014, tras la fusión entre UNE y Tigo, Colombia Móvil S.A. se vuelve filial de la empresa resultante TigoUNE, con UNE EPM Comunicaciones S.A. E.S.P. como la empresa matriz. De esta forma, Colombia Móvil pasó a gestionar la división de telefonía celular de la empresa, mientras que UNE EPM Comunicaciones se encargó administrar las divisiones de telefonía fija, televisión e internet.

En 2019, con el renombramiento de **TigoUNE** como Tigo, Colombia Móvil se vuelve una de las dos empresas del Grupo Tigo (Millicom Colombia S.A.) en emplear la marca Tigo en el país.

2.4 CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL

Setenta y tres millones setecientos setenta y un mil setecientos pesos m.l. (**\$73.771.700**).

2.5 ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

- Mediante Auto 528 del 23 de julio de 2019 se comisionó a la abogada Natalia Cardona Álvarez para instruir el Proceso Radicado 047-2019. Folio 1.
- Mediante Auto 672 del 9 de septiembre de 2019 se dio inicio a una Indagación Preliminar. Folio 23.
- Con Radicados 201900003993, 201900003997 y 201900004003 del 12 de septiembre de 2019 se practicaron las pruebas decretadas, dirigidas a COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., Superintendencia de Industria y Comercio y Juzgado 1 Administrativo Oral Del Circuito de Bogotá. Folios 27 a 32.

⁴ Colombia Móvil - Wikipedia, la enciclopedia libre

- Por Auto 528 del 20 de octubre de 2021, ordenó la **apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal**. Se vinculó a Ángela María Correa Garzón y María Elvira Martínez, como presuntas responsables. El daño patrimonial se estimó en \$73.771.700. Folio 170.
- Mediante Auto 057 del 1 de febrero de 2023 se comisionó al abogado Andrés Felipe Palacio López, continuar con el trámite del Proceso Radicado 047-2019. Folio 184.
- Mediante Auto 079 del 6 de febrero de 2023 se ordenó archivar el proceso. Folio 185.
- Mediante Memorando 1200-202300001465 del 13 de febrero de 2023 se recibió el expediente por parte del Despacho del Contralor, para que se surtiera el grado de consulta. Folio 213.

2.6 RELACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA RELEVANTES INCORPORADOS AL PROCESO RAD. 047-2019

Para lo que interesa a esta decisión, este Despacho ha valorado las siguientes pruebas incorporadas al expediente:

- Memorando 1107-201900004747 del 6 de junio de 2019, por el cual se dio traslado del hallazgo fiscal. Folio 3.
- CD con de anexos rotulado como *“Hallazgo Colombia Móvil S.A. Memorando 201900004747”* que contiene los soportes del hallazgo fiscal. Folio 7.
- Resolución 83026 de 2016 por la cual se dio inicio a una investigación administrativa por violación a los artículos 54 y 64 numeral 12 de la Ley 1351/09. Allí se expresa que la situación fáctica fue: ***“Presunta no atención de la PQR presentada el 29 de mayo de 2016 bajo CUN 3489989.”*** Folio 41, 80.
- Memorando 201900002043 comunicación hallazgo fiscal N° 5, componente financiero 2018, a Colombia Móvil. Folio 10.
- Resolución 30763 de 2017 por la cual se impuso la sanción a Colombia Móvil, con base en el artículo 54 de la Ley 1341/09 y Resolución CRC 3066/11 artículos 49 y 50. Fecha solicitud: mayo 29 de 2016, plazo: 21 de junio; respuesta a ciudadano: diciembre 26 de 2016. Folios 12, 40.



- Recursos reposición y apelación por Colombia Móvil contra decisión anterior. Argumenta que sí le solucionó la inconformidad al cliente. Folio 97 y 98.
- Resolución 3024 de 2018 por la cual se resolvió el recurso de reposición, confirmando íntegramente la Resolución 30763 de 2017. Folio 126.
- Resolución 32755 de 2018 por la cual se resolvió el recurso de apelación confirmando íntegramente la Resolución 30763 de 2017. Folio 126.
- Respuesta Superintendencia de Industria y Comercio a solicitud de pruebas- Radicado 201900002669 de septiembre de 2019. Expediente proceso sancionatorio contra COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. Radicación 16-240734. Folios 38 a 147.
- Respuesta COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. a solicitud de pruebas- Radicado 201900002755 del 4 de octubre de 2019. Folios 148 a 152.

III. LA DECISIÓN CONSULTADA: AUTO N° 079 DE 2023

Corresponde a la decisión proferida por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante la cual decidió 1) Archivar el Proceso Rad. 047-2019 a favor de MARÍA ELVIRA MARTÍNEZ RESTREPO, y ÁNGELA MARÍA CORREA GARZÓN, y 2) Compulsar copias a la Oficina de Control Interno o la dependencia que haga sus veces de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.

Entre los argumentos expuestos por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal, en el Auto 079-2023, el Despacho los resume así: Folio 185 s.s.

Expresa que la presente decisión tiene como fundamento el Artículo 47 de la Ley 610 de 2000, el cual dispone que procede el archivo cuando se pruebe que el hecho **no comportó el ejercicio de gestión fiscal**.

Explica que según el hallazgo fiscal, el detrimento patrimonial, se causó con ocasión del pago de la una sanción impuesta por la SIC, por **no contestar solicitudes en los tiempos y formas establecidas en la Ley**, según constas en las Resoluciones; 30763 de 2017, 3024 de 2018, por la cual se resolvió recurso de reposición y 32755 del 15 de mayo de 2018, por la cual resolvió el recurso de apelación. Folio 188.

Manifiesta que la sanción se originó en una posible negligencia, en la **gestión administrativa** en cabeza de la entidad aquí afectada (y es así como también la califica la SIC). Folio 188

Pone de presente el concepto unificador de la Oficina Asesora de Jurídica OAJ-004-2022⁵ donde se abordó el tema de las multas y sanciones. Folio 191.

Señala que conforme al recaudo de pruebas y según lo expresado en la resolución 30763 de 2017 de la SIC, es claro que la acción propiamente ejercida por la entidad fue una **gestión administrativa** y posiblemente disciplinaria, pero **no fiscal**. Folio 193.

Señala que explícitamente la causal de archivo se encuentra establecida en el artículo 47 de la Ley 610/00, donde claramente se resalta, que habrá lugar al archivo del proceso cuando **el hecho no comporte el ejercicio de gestión fiscal**. Agrega que además no procede la imputación si de las pruebas practicadas se evidencia que falta uno de los elementos constitutivos de responsabilidad fiscal.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

4.1 LA COMPETENCIA

La función pública de Control Fiscal, asignada a las Contralorías por la Constitución Política (Art. 267, 268 y 272), incluye la atribución de “*Establecer la responsabilidad fiscal que se derive de la gestión fiscal*”. Estos preceptos fueron desarrollados por las Leyes 42 de 1993, 610 de 2000 y 1474 de 2011, dando contenido y alcance al concepto de responsabilidad fiscal y estableciendo un procedimiento para su imputación y establecimiento.

Acorde a las funciones establecidas en las normas antes enunciadas, y en los Acuerdos 087 y 088 de 2018, así como la Resolución 150 de 2021, y dado que la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, decidió **archivar el proceso**, se hace necesario resolver el grado de consulta al tenor del artículo 18 de la Ley 610 de 2000, en virtud del cual el superior jerárquico del funcionario que tomó la decisión verifica que la actuación y la decisión que se revisan, correspondan a los presupuestos fácticos y jurídicos del Proceso de Responsabilidad Fiscal, y podrá tomar las decisiones que estime conveniente sin limitación alguna⁶. En materia de responsabilidad fiscal, el artículo 18 de la Ley 610 de 2000 establece el

⁵ Memorando 1900-202200005913, Oficina Jurídica, Contraloría Distrital de Medellín, del 07 de julio de 2022.

⁶ Sentencia T-005-2013.

grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales.

En virtud del grado de consulta, el superior jerárquico, está provisto de plenas facultades para revisar integralmente el fallo proferido, tanto por aspectos de hecho como de derecho, lo que supone la capacidad de modificar, confirmar, revocar y sustituir el fallo de primera instancia, u ordenar motivadamente a la Primera Instancia proseguir la investigación con miras a proteger el patrimonio público de acuerdo con la discrecionalidad que le permite este mecanismo de revisión oficioso⁷.

4.2 EL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTE PROCESO RAD. 047-2019

Dado que en este proceso se decidió **archivar el proceso** a favor de los investigados, el Despacho se plantea los siguientes problemas jurídicos en torno a la decisión consultada:

¿Era procedente el archivo del proceso por alguna de las causales de que trata el artículo 47 de la Ley 610 de 2000 o por no existir fundamentos fácticos y jurídicos para imputar responsabilidad fiscal?

¿El hecho investigado relacionado con el pago de una sanción a la Superintendencia de Industria y Comercio-SIC- por valor de \$73.771.700, por causa de un silencio administrativo positivo en virtud de respuesta extemporánea a derecho de petición radicado el 29 de mayo de 2016 (Radicado CUN 3489989) vulnerando el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009 y artículos 49 y 50 de la Resolución CRC 3066 de 2011?

¿El pago de la sanción a la SIC, por causa de la no atención oportuna de un derecho de petición, y que culminó con un silencio administrativo positivo, comportó o no un gestión fiscal al tenor del artículo 3 de la ley 610 de 2000?

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

⁷ CGR Concepto 0120 de 2022. Proceso de responsabilidad fiscal — grado de Consulta — recursos — trámite.

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

4.3 LAS CAUSALES DE ARCHIVO EN LA LEY 610 DE 2000 Y REQUISITOS DE LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD FISCAL.

El proceso de responsabilidad fiscal, se adelanta con el fin de determinar la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares⁸, cuando en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen en forma dolosa o gravemente culposa un daño patrimonial al Estado, conforme a lo dispuesto en las Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011. El objeto de la responsabilidad fiscal tiene como finalidad es el resarcimiento completo, pleno o integral del daño real o cierto en tanto haya sido ocasionado al patrimonio público, y en todo caso en ejercicio de gestión fiscal.

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

ARTICULO 47. AUTO DE ARCHIVO. Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o **no comporta el ejercicio de gestión fiscal**, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma. SNFT.

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

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

⁸ Constitución Política. Artículos 23, 210 y 267. “La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, (...)”

los implicados; 2) Estén acreditados los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado.

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

- En la medida en que esté probada alguna de las causales de que trata el artículo 47 de la Ley 610 de 2000, es obligatorio reconocer esa circunstancia a favor de los investigados y archivar el proceso.
- Si el hecho investigado no comporta el ejercicio de gestión fiscal, procede el archivo del proceso.
- Una vez practicadas y valoradas las pruebas decretadas en el auto de apertura, existen dos alternativas: 1) Si se concluye que están acreditados los requisitos del artículo 48 de la Ley 610 de 2000, es imperativo dictar auto de imputación de responsabilidad fiscal; o 2) Si no se reúnen los requisitos del artículo 48, se debe archivar el proceso.
- Si el pago de la sanción fue causado por una conducta en ejercicio de gestión fiscal, por parte de algún gestor fiscal, de forma directa o a manera de contribución, debe proferirse imputación de responsabilidad fiscal al tenor del artículo 48 de la Ley 610 de 2000.
- Si los hechos que dieron lugar al pago de la sanción administrativa, no tienen conexidad directa la prestación del servicio, no son fiscalmente relevantes, conforme al artículo 3 de la Ley 610 de 2000, y por tanto, es viable jurídicamente archivar el proceso.
- Si el archivo del Proceso Rad. 047-2019 se hizo acatando los criterios del concepto OAJ-004-2022⁹, relacionado con el tema de las multas y la responsabilidad fiscal, se considera que la decisión es acertada. De lo contrario debe reconsiderarse.

⁹ Nota: Concepto Línea Temática de multas y sanciones administrativas. Relación con la gestión fiscal. Viabilidad del proceso de responsabilidad fiscal.

4.4 REQUISITOS PARA QUE EL PAGO DE LAS MULTAS SEAN CONSTITUTIVAS DE HECHOS FISCALMENTE RELEVANTES Y DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO

El pago de las multas impuestas a los sujetos de control fiscal por parte de otras autoridades, ha sido un tema complejo, polémico y discutible dado que ha sido difícil determinar cuándo la multa reviste el carácter de acto de gestión fiscalmente relevante y cuándo existe conexidad necesaria con los procesos misionales de la entidad. Ello ha conducido a que la sola erogación del gasto¹⁰ se considere un hallazgo fiscal, sin analizar que siempre debe existir un vínculo o conexidad necesaria con las actividades de gestión fiscal de que trata el artículo 3 de la Ley 610/00.

A continuación Despacho, reitera su posición respecto de esta línea doctrinal en este tema.

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

La Responsabilidad Fiscal, se genera por el **ejercicio irregular de la gestión fiscal** de los servidores públicos, o de los particulares que manejen fondos o bienes del Estado. *“Ahora, para determinar si un servidor público o particular que desempeña funciones públicas es gestor fiscal, basta en principio con revisar las funciones que tiene asignadas por ley o el acto que lo invistió de funciones públicas, y, si ellas, tomando en cuenta la definición que trae el artículo 3° de la Ley 610 de 2000, **comportan el manejo de fondos y bienes del Estado, es decir, implican la titularidad administrativa o dispositiva** de los mismos, materializada mediante planes de acción, programas, **actos de recaudo, inversión y gasto**, entre otros, o comprendan actividades de ordenación, control, dirección y coordinación del gasto, fuerza afirmar que se configura gestión fiscal”*¹¹. SNFT.

La Corte Constitucional en múltiples sentencias ha expresado, que el objeto del proceso de responsabilidad fiscal es determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando **en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta**, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa, un daño al patrimonio del Estado¹².

¹⁰ El pago es una operación administrativa subsiguiente al acto administrativo (complejo) o autorización previa por parte del ordenador del gasto. D. 111 de 1996 “Artículo 113. Los ordenadores y pagadores serán solidariamente responsables de los pagos que efectúen sin el lleno de los requisitos legales.”

¹¹ CGR Concepto 099 de 2016

¹² Ver SU-620 de 1996, C-619 de 2002, C-340/07, C-661 de 2000

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

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

De otra parte en el Concepto Unificador OAJ-004-2022 se llegó a estas conclusiones:

1. Según el Consejo de Estado, en el caso del pago de multas impuestas a los entes de carácter público, hay que examinar y determinar si ellos se produjeron por una conducta gravemente culposa o dolosa, ineficiente, ineficaz o inoportuna, debido a una omisión **imputable a un gestor fiscal**. En estos casos la erogación realizada constituye un gasto injustificado que se origina en un **incumplimiento de las funciones del gestor fiscal**, emanado de la ley, el manual de funciones o el acto delegatario.
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.
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 Distrital 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.

En respuesta a la PQRSD 031 de 2023 sobre el pago de multas, la Oficina Asesora de Jurídica conceptúo:

Llegado a este punto, se puede concluir que quien paga una multa **pero no fue quien dio lugar a su imposición**, aunque ostente la calidad de gestor fiscal, **no devendría en responsable fiscal** sobre la misma. SNFT.

Ahora en relación con las multas, si el gestor fiscal obligado a pagarlas, sin ser su causante, retarda su pago o no lo hace podría incurrir en responsabilidad fiscal con ocasión de los intereses de mora que cause el no cumplimiento de la obligación impuesta por la respectiva autoridad administrativa o por la tardanza. Ello por cuanto estaríamos en presencia de un nuevo daño representado por los intereses de mora.

Según lo expuesto, el pago de una multa puede constituir un hecho dañoso en la medida en que la cause un gestor fiscal; pero en todo caso se deben examinar los demás elementos de la responsabilidad fiscal.

Debe recordarse que el daño patrimonial al Estado al tenor del artículo 6 de la Ley 610/00 comporta estos elementos: (i) Debe existir una lesión real (ii) Debe estar representado en un menoscabo, perjuicio, detrimento o pérdida de bienes o recursos (iii) Deber haber sido causado por violación de principios de la gestión fiscal, sin ninguna causal exonerativa (iv) **Debe presentarse un incumplimiento que en términos generales no se aplique de los cometidos estatales particularizado por el objetivo misional de la entidad**, (v) Debe ser causado por acción u omisión en forma dolosa o gravemente culposa.

Ahora bien, siendo Colombia Móvil un sujeto de control de la CDM, es posible realizar una auditoría a la gestión y resultados con el fin de determinar la eficiencia¹³, eficacia, economía de los procesos relacionados con la atención al cliente y en general con la prestación del servicio¹⁴. Para ello se pueden evaluar los procesos administrativos, conforme al artículo 12 de la Ley 42/93. En caso se encontrar violación a los principios de la gestión fiscal podrían imponerse sanciones tal como lo establece el artículo 81 del D. L 403 de 2020 “*Artículo 81. De las conductas sancionables. Serán sancionables las siguientes conductas: a) Incurrir en violación de los principios constitucionales y legales del control o de la gestión fiscal, cuando así se concluya de los resultados de la vigilancia y del control fiscal*”.

Por tanto no necesariamente debe iniciarse el proceso de responsabilidad fiscal pues existen otros instrumentos de control fiscal.

¹³ Decreto Ley 403 de 2020. Artículo 3

¹⁴ Ley 42 de 1993. Artículo 12º.- El control de gestión es el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la **evaluación de sus procesos administrativos**, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución.

V. EL CASO CONCRETO

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

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

Según los hechos descritos en el hallazgo fiscal Colombia Móvil S.A. E.S.P., **pagó una sanción** impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio a COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., por configuración de un silencio administrativo positivo, al dar respuesta extemporánea a un derecho de petición radicado el 29 de mayo de 2016, con lo cual se vulneraron el artículo 54 de la Ley 1341 de 2009 y artículos 49 y 50 de la Resolución CRC 3066 de 2011. (Cuantía del daño: \$73.771.700).

La Ley 1341 de 2009¹⁵ “dispone en el artículo 54 sobre los recursos:

Las solicitudes de los usuarios, así como los recursos de reposición y apelación, deberán resolverse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recibo por el proveedor, o su interposición o recibo en la autoridad que ejerza inspección, vigilancia y control, respectivamente. (...) Transcurrido dicho término, sin que se hubiere resuelto la solicitud o el recurso de reposición por parte del proveedor, operará de pleno derecho el **silencio administrativo positivo** y se entenderá que la solicitud, reclamación o recurso ha sido resuelto en forma favorable al usuario. SNFT.

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

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

Por su parte la Resolución CRC 3066 de 2011¹⁶, dispone:

¹⁵ Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones.

¹⁶ COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES. Por la cual se establece el Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones.

ARTÍCULO 39. DERECHO DE PETICIONES, QUEJAS Y RECURSOS

Los usuarios de servicios de comunicaciones tienen derecho a presentar peticiones, quejas y recursos –PQR– ante los proveedores, en forma verbal o escrita, mediante los medios tecnológicos o electrónicos asociados a los mecanismos obligatorios de atención al usuario dispuestos en el presente Capítulo. Por su parte, **los proveedores tienen la obligación de recibir, atender, tramitar y responder las PQR que les presenten sus usuarios**. SNFT.

ARTÍCULO 40. TÉRMINO PARA RESPONDER PQR.

Vencido el término mencionado en el presente artículo sin que se hubiere resuelto la PQR por parte del proveedor, **operará de pleno derecho el silencio administrativo positivo** y se entenderá que la PQR ha sido resuelta en forma favorable al usuario, salvo que el proveedor demuestre que el usuario auspició la demora, o que se requirió de la práctica de pruebas. SNFT.

ARTÍCULO 111. SANCIONES. El incumplimiento de lo establecido en el presente régimen se considerará una violación al régimen de comunicaciones y acarreará las sanciones contempladas por la ley.

Ahora bien, al analizar y comparar las disposiciones contenidas en los artículos 3 y 6 de la Ley 610/00 con las obligaciones legales antes descritas, se observa que las conductas allí señaladas respecto de la obligación de los proveedores de “*Recibir, atender, tramitar y responder las PQR que les presenten sus usuarios*” NO SE RELACIONAN CON ACTOS DE GESTIÓN FISCAL, para lo cual bastaría confrontar las conductas tipificadas en el artículo 3 de la Ley 610/00.

Según la Corte Constitucional, (C-840/01) (...) *en cada caso se impone examinar **si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de gestión fiscal**, bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado. La locución demandada ostenta un rango derivado y dependiente respecto de la gestión fiscal propiamente dicha, siendo a la vez manifiesto su carácter restringido en tanto **se trata de un elemento adscrito dentro del marco de la tipicidad administrativa***”. SNFT.

Según el hallazgo fiscal y el auto de apertura del proceso, Colombia Móvil S.A. E.S.P., efectuó el pago a la SIC del valor de \$73.771.700, por concepto de multa impuesta mediante Resolución N° 30763 de 2017, debido a que no respondió durante el término legal la reclamación identificada con el CUN 3489989, presentada por el señor Thomas Alejandro Duarte, teniendo como plazo máximo el 21 de junio de 2016, lo que

dio lugar a la investigación adelantada por dicho ente dónde se encontró debidamente acreditada la ocurrencia del silencio administrativo positivo¹⁷, incumpliendo lo establecido en el artículo 54 de la ley 1341 de 2009, así como los artículos 49 y 50 de la Resolución CRC 3066 de 2011, que dispone: (...)

Según los cargos hechos por la SIC, se observa que ellos **NO se originaron en las actividades (económicas, jurídicas y tecnológicas) en la administración o manejo de bienes o de fondos públicos**¹⁸ tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, destinados a la prestación del servicio público (finalidad esencial del Estado).

El el pago de una multa se originó en una contravención administrativa, pero no actos de gestión fiscal, como en el caso que nos ocupa. Es posible que un servicio público se preste óptimamente, en términos de oportunidad, calidad, economía, eficiencia y eficacia, y sin embargo presentarse situaciones en la entidad que den lugar a sanciones administrativas por incumplimientos normativos, técnicos, publicidad etc.

En el caso presente la sanción se originó en un solo hecho fáctico, lo cual no es suficiente para dar probado la regla contenida en el artículo 6 de la Ley 610/00 sobre *“un incumplimiento que en términos generales no se aplique de los cometidos estatales”*.

Se tiene entonces, que el gasto realizado (pago) por concepto la multa no es un hecho generador¹⁹ causante de una prestación deficiente, antieconómica e ineficaz del servicio público. Es de observar que en el caso presente el pago a la SIC provino de debilidades en el manejo de la PQR pero no de manera directa de actos de gestión fiscal, aunque esté relacionada (multa) con la atención al usuario. Para el Despacho en la medida que el pago realizado por Colombia Móvil no está ubicada dentro del circuito de la gestión fiscal, es procedente el archivo del proceso.

Los hechos descritos en el acto administrativo que impuso la sanción de multa por parte de la SSPD, están relacionados con la **PQRs**, y si bien constituyen una vulneración a la normativa relacionada con el deber de atender oportunamente las peticiones. No obstante los hechos que dieron lugar a la sanción, bien podrían tipificarse como hallazgos con incidencia administrativa o disciplinaria.

¹⁷ Según Resolución 30763 de 2007 de la SIC, la petición se resolvió el 26 de diciembre de 2016.

¹⁸ Sobre este tema ver a Luz Angelly Álvarez Peña. El daño patrimonial al Estado. Ed. Leyer. Bogotá 2021. Pág. 62 “Objetivos de la gestión fiscal”.

¹⁹ **Concepto CGR-004-2022:** “Cuando el artículo en cita se refiere a la ocurrencia de los hechos, no se trata de un hecho cualquiera, sino del **hecho generador** del daño y para determinar la existencia de este, debe deslindarse el hecho que ocasiona el daño del daño propiamente dicho, es decir, que debe determinarse el origen del daño. En otras palabras, uno es el hecho generador (la causa), y otro es el daño (el efecto).

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

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

Después valorar los elementos probatorios recaudados, el Despacho concluye que (i) **Sí era procedente el archivo** del proceso conforme al artículo 47 de la Ley 610 de 2000 según el cual “*Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando **se pruebe que el hecho... no comporta el ejercicio de gestión fiscal,**...*” y (ii) **tampoco** existen los fundamentos fácticos y jurídicos **para imputar responsabilidad** fiscal; dado que el hecho investigado relacionado con el pago de la sanción a la SIC, no comportó el ejercicio de gestión fiscal; y tampoco se demostró que se hubieran incumplido en términos generales los cometidos estatales particularizado por el objetivo misional u organizacional de la entidad. (Ley 610/00 art. 6).

En conclusión, el Subcontralor, en asignación de funciones de Contralor Distrital de Medellín considera que lo decidido se encuentra ajustado a derecho y en consecuencia se CONFIRMARÁ la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, por las razones expuestas.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. CONFIRMAR la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva mediante Auto 079 de 2023, por medio del cual se ordenó el ARCHIVO DEL PROCESO a favor de MARÍA ELVIRA MARTÍNEZ RESTREPO y ÁNGELA MARÍA CORREA GARZÓN.

ARTÍCULO SEGUNDO: Confirmar la decisión de compulsar copias a la Oficina de Control Interno o la dependencia que haga sus veces de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., para que adelante la respectiva investigación disciplinaria, si a ello hubiere lugar, en contra de los anteriores empleados por los hechos que dieron lugar a la sanción de la Superintendencia de Industria y Comercio.

ARTÍCULO TERCERO: ADVERTIR que si con posterioridad a la firmeza del presente acto administrativo, aparecieren o se aportaren nuevas pruebas que acrediten la existencia de un daño patrimonial al Estado o la responsabilidad del gestor fiscal, o se demostrare que la decisión se basó en prueba falsa, se procederá la reapertura de la indagación o del proceso de conformidad con el artículo 17 de la Ley 610 de 2000.

ARTÍCULO CUARTO: Notificar por estado la presente decisión conforme al artículo 106 de la Ley 1474 de 2011, advirtiendo que contra la misma no procede recurso alguno.

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

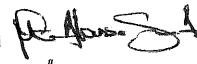
NOTIFÍQUESE, REMÍTASE Y CÚMPLASE



JUAN SEBASTIÁN GÓMEZ PATIÑO

Subcontratador en Funciones de Contralor Distrital de Medellín

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



Proyectó: Sigifredo Ch/– Profesional Universitario 2

