

DESPACHO DE LA CONTRALORA GENERAL DE MEDELLÍN

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL RADICADO 046 DE 2019 POR MEDIO DEL CUAL SE RESUELVE UN GRADO DE CONSULTA

AUTO N° 005 de 2020

Medellín, seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020)

RADICADO 046 DE 2019	
REFERENCIA: AUTO ARCHIVO INDAGACIÓN PRELIMINAR	
Entidad afectada	COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P identificada con NIT 830114921-1
Hecho investigado	Pago de sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio a COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P por omisión de información a usuarios respecto al acceso y condiciones de uso de los servicios de urgencia y/o emergencia, incumpliendo el Artículo 11 numeral 11.7 de la Resolución CRC 3066 de 2011, por valor de \$44.263.020.
Cuantía	Cuarenta y cuatro millones doscientos sesenta y tres mil veinte pesos (\$44.263.020)
Decisión	Revocar Decisión de Archivo

COMPETENCIA

La Contralora General de Medellín, en virtud de las facultades otorgadas por la Constitución Nacional, las Leyes 610 de 2000, 1474 de 2011, 1437 de 2011 y los Acuerdos Municipales 087 y 088 de 2018 expedidos por el Concejo Municipal de Medellín, procede a conocer en grado de consulta el Proceso de Responsabilidad Fiscal radicado No. 046 de 2019.

ANTECEDENTES

1. CONTEXTO

La Empresa Colombia Móvil es una compañía colombiana de telecomunicaciones, que presta sus servicios de telecomunicaciones celulares a nivel nacional e internacional, y está identificada con NIT 830.114.921-1. Como sociedad anónima de carácter comercial y empresa de servicios públicos mixta con capital mayoritariamente público. De acuerdo a su naturaleza es sometida al régimen jurídico de la Ley 1341 de 2009 (Ley de TIC) y demás normas aplicables, constituida

mediante escritura Pública número 179 de fecha 24 de enero de 2003, otorgada en la Notaría 30 del Círculo de Bogotá, con matrícula mercantil 1240994.

En su condición de prestadora de servicios fue visitada por la Superintendencia de Industria y Comercio, organismo que le impartió una sanción según los folios que obran en el cuaderno 1 del 10 a 16, y en el CD de anexos al traslado de hallazgo fiscal visible a folio 7- específicamente en la carpeta denominada "EXPEDIENTE 16-48271 HALLAZGO 4" k; y los archivos que conforman la carpeta "Punto 1", subcarpeta "16-48271 Resolución 300567" del CD anexo a la respuesta de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P del 4 de octubre de 2019 consultable en el folio 250 del cuaderno 2.

Mediante memorando con radicado 201900004745 del 6 de junio de 2019 (folios 3 al 7), fue remitido a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva el hallazgo administrativo con presunta incidencia fiscal, realizado luego de la Auditoría Regular a Colombia Móvil S.A. E.S.P Componente Financiero con vigencia 2018¹.

2. HECHOS

2.1. El 2 de marzo de 2016, la Superintendencia de Industria y Comercio efectuó visita de inspección a las instalaciones de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P de la ciudad de Popayán-Cauca (Folio 10, archivo "1. 16-48271 SE IMPONE UNA SANCION" CD anexos folio 7 cuaderno 1, folios 5 y 6 archivo "16_0048271_Formula cargos", Archivo "16_0048271_Sanción" de la subcarpeta "16-48271_Resolución 300567" carpeta "Punto 1" del CD folio 250).

En el acta de visita se observó lo siguientes, según adujo la SIC:

a) Que al verificar la disponibilidad de la información sobre acceso y condiciones de uso de los servicios de emergencia, la misma no se encontraba disponible en ningún lugar de la oficina física del proveedor de servicios ni relacionada en ningún documento entregable a los usuarios.

2.2. La Superintendencia inicia investigación administrativa mediante formulación de cargos a través de la Resolución 70222 del 20 de octubre de 2016 (Archivo "16_0048271_Formula cargos" de la subcarpeta "16-48271_Resolución 300567" carpeta "Punto 1" del CD folio 250 cuaderno 2).

¹ Informe Definitivo Auditoría Regular Resultados Evaluación Componente Control Financiero 2018 Colombia Móvil S. A E.S.P.

2.3. Se imputaron como cargos los siguientes, según se lee a folio 6 de la Resolución 70222 del 20 de octubre de 2016:

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

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

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

(...)

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

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

2.4. COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. presenta descargos ante la SIC con el radicado 16-048271 del 22 de noviembre de 2016 (Archivo “16048271-escrito Descargos” y “16_0048271__Descargos” de subcarpeta “16-48271_Resolución 300567” carpeta “Punto 1” del CD folio 250 cuaderno 2).

Del escrito referenciado, se resaltan los siguientes razonamientos de defensa argumentados por COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P (Folios 3 y 4).

“Sobre este punto, es necesario establecerse que la norma en comento impone la obligación a los proveedores de establecer un mecanismo idóneo para poner en conocimiento del usuario que puede acceder de forma gratuita a los servicios, sin embargo, la norma no establece, que la información debe ser entregada a los usuarios físicamente, solo es necesario indicar porque medio puede acceder a esa información, como lo recalca en el escrito de imputación.”

b) CUMPLIMIENTO DE LA NORMA

En el caso, no se desatendió el artículo 11 de la resolución 3066, por cuanto si se observa el contrato y en las carteleras expuesta, tal y como se puede constatar por el delegado para hacer la visita, al usuario se le indica que puede acceder a la página de internet y en ella parece lo respectivo para el acceso de la llamada de emergencia, mediante el link:

<http://www.tigo.com.co/personas/atencion/proteccion-al-usuario>, lo nos lleva al pantallazo que se plasma a continuación:

(...)

"8. Señor usuario, en caso de necesitarlo, usted puede acceder de manera gratuita a los servicios de urgencia y/o emergencia previstos para el efecto por el Plan Nacional de Numeración"

*"Adicional al suministro de la información antes indicada al usuario le es entregado dentro del paquete que se entrega chip, un desprendible el cual refiere que en caso de requerir alguna atención respecto del uso u otra información puede marcar gratis al *111#, línea, no siendo necesario tener saldo en su celular para informarle como la forma como puede acceder al servicio de emergencia, véase el desprendible:..."*

Concluye finalmente acerca del incumplimiento de la norma esbozado por la SIC:

"Para el Funcionario de la Superintendencia de Industria y Comercio, la información tiene que estar física, dentro de las oficinas cuando al analizar la norma imputada, ella no refiere que el cumplimiento de esta norma se efectúe por ese medio, lo requerido por el canon indilgado es garantizar el suministro de información a los usuarios de forma eficaz, completa de cómo usar el servicio de emergencias y ello se garantiza de forma idónea y eficiente, tal y como se expuso previamente.

De la conclusión presentadas, denotan un análisis incompleto de la información que fue puesta en conocimiento por los Funcionarios que atendieron la visita, por cuanto de una simple lectura en varias partes se encuentra visible la norma, la página a la cual puede acceder y la información suministrada al momento de celebrase un contrato."

2.5. La Superintendencia decreta pruebas dentro de investigación administrativa con la Resolución 5859 del 21 de febrero de 2017 (Archivo "16_0048271__Decreta pruebas" de la subcarpeta "16-48271_Resolución 300567" carpeta "Punto 1" del CD folio 250 cuaderno 2).

2.6. Posteriormente el mismo Órgano de Control impone sanción administrativa en disfavor de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., a través de la Resolución 30567 del 31 de mayo de 2017 por incumplimiento del numeral 11.7 del Artículo 11 de la Resolución CRC 3066 de 2011 (folios 10 a 16 cuaderno 1, Archivo "16_0048271__Sanción" de la subcarpeta "16-48271_Resolución 300567" carpeta "Punto 1" del CD folio 250 cuaderno 2).

2.7. La empresa COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P presenta recurso de reposición y en subsidio de apelación frente a sanción impuesta el 30 de junio de 2017 (Archivo "16_0048271__Interpone Recurso" de la subcarpeta "16-48271_Resolución 300567" carpeta "Punto 1" del CD folio 250 cuaderno 2).

2.8 Por su parte la Superintendencia de Industria y Comercio mediante Resolución 32748 de 15 de mayo de 2018, confirmó íntegramente el acto administrativo sancionatorio, resolviendo el recurso de apelación y finiquitando así la actuación administrativa.

3. FUNDAMENTOS DE HECHO

3.1. Que ante el pago antes mencionado la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal Telecomunicaciones de la Contraloría General Medellín, advirtió en Auditoría Regular realizada a Colombia Móvil S.A. E.S.P Componente Financiero con vigencia 2018², el siguiente hallazgo administrativo con presunta incidencia fiscal (hallazgo 4)³:

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

Lo descrito anteriormente se presenta por el incumplimiento a lo establecido en numeral 11.7 del artículo 11 de la Resolución CRC 3066 de 2011 que establece:

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

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

3.2. Que el citado hallazgo fue remitido por medio del Memorando 201900004745 del 6 de junio de 2019 (folios 3 al 7) a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva.

3.3. Que como anexos al precitado memorando, se allegaron el formato de traslado de hallazgos fiscales (folios 4 a 6) y CD de soportes.

² Informe Definitivo Auditoría Regular Resultados Evaluación Componente Control Financiero 2018 Colombia Móvil S. A E.S.P.

³ Folios 78 y 79 del Informe Definitivo Auditoría Regular Resultados Evaluación Componente Control Financiero 2018 Colombia Móvil S. A E.S.P, visible en el folio 9 del expediente.

3.4. Que a pesar de los medios probatorios adjuntados con el traslado del hallazgo, se consideró que de ellos no estaba establecida la certeza sobre la ocurrencia del hecho con relevancia fiscal, ni la determinación de los presuntos responsables para la época de los hechos.

3.5. Que en ese orden de ideas, conforme al Artículo 39 de la Ley 610 de 2000⁴, se dictó Auto 664 del 6 de septiembre de 2019, por medio del cual se inició indagación preliminar dentro del radicado 046-2019 (folios 43 a 48 cuaderno 1).

4. TRÁMITE PROCESAL

4.1. El 6 de junio de 2019 la Contraloría Auxiliar de Auditoría Fiscal Telecomunicaciones, remitió con el radicado 201900004745 hallazgo fiscal detectado en el componente financiero de la Auditoría Regular realizada a COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P para la vigencia 2018 (folios 3 a 7 cuaderno 1).

4.2. El 6 de septiembre de 2019, se dictó Auto 664 por medio del cual se dio inicio a indagación preliminar y se decretó la práctica de pruebas ya referidas (folios 43 a 46 cuaderno 1).

4.3. Dentro de esa fase preliminar, se ordenó la práctica de pruebas documentales (folios 45 vto y 46 cuaderno 1) dirigidas a COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., tendiente a establecer el trámite que se surtió como defensa ante la SIC, circunstancias que originaron la imposición de la sanción, relacionadas con el procedimiento para el cumplimiento del Artículo 11 de la Resolución CRC 3066 de 2011 -Régimen de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones-; la entidad que sancionó, esto es la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Dirección de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones para obtener copia de la actuación sancionatoria, y al JUZGADO CUARENTA Y CINCO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, para determinar el estado del medio de control iniciado por la Entidad presuntamente afectada.

⁴ Ley 610 de 2000. Artículo 39. INDAGACION PRELIMINAR. "Si no existe certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento, la entidad afectada y la determinación de los presuntos responsables, podrá ordenarse indagación preliminar por un término máximo de seis (6) meses, al cabo de los cuales solamente procederá el archivo de las diligencias o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

La indagación preliminar tendrá por objeto verificar la competencia del órgano fiscalizador, la ocurrencia de la conducta y su afectación al patrimonio estatal, determinar la entidad afectada e identificar a los servidores públicos y a los particulares que hayan causado el detrimento o intervenido o contribuido a él."

4.4. El 12 de septiembre de 2019, mediante los radicados E201900003994, E201900003998 y E201900004001 (folios 47 a 50 cuaderno 1), se remitieron las solicitudes de información referenciadas. Las cuales fueron atendidas así:

- SIC con el radicado R201900002640 del 25 de septiembre (folios 53 a 241 cuaderno 2).
- JUZGADO CUARENTA Y CINCO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ –SECCIÓN PRIMERA- con el radicado R201900002675 del 27 de septiembre de 2019 (folios 242 a 245 cuaderno 2).
- COLOMBIA MÓVIL S.A.E. E.S.P con el radicado R201900002753 del 4 de octubre de 2019 (folios 246 a 250 cuaderno 2).

4.5. El 19 de diciembre de 2019 se realiza constancia secretarial mediante la cual se expone que la información remitida por parte de la SIC no corresponde a lo solicitado, pues hace referencia al expediente 15-266083, cuando en realidad se refiere el presente radicado 16-48271 (folio 251 cuaderno 2).

5. PRINCIPALES PRUEBAS

Los elementos probatorios más relevantes que obran en el proceso son:

1. Memorando 201900004745 del 6 de junio de 2019 traslado de hallazgo con anexos (Folios 3 a 7 cuaderno 1), impresos (folios 8 a 18 cuaderno 1).
2. Respuesta COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P radicado R201900002753 del 4 de octubre de 2019 (folios 246 a 250 cuaderno 2).

6. AUTO CONSULTADO

El día 2 de enero de 2020, la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva ordenó CESAR las diligencias preliminares con Radicado 046 de 2019 por no comportar gestión fiscal.

El Despacho transcribirá en lo pertinente, sobre el cual cimentó en esencia, la decisión sometida a consulta, veamos algunos apartes:

"De conformidad con todo lo esbozado, resulta claro para esta Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva que para que se pueda hablar de un proceso de responsabilidad fiscal, no sólo se debe partir de la existencia de un detrimento patrimonial al erario, sino que éste sea de aquellos ocurridos con ocasión del ejercicio de gestión fiscal, esto es, se trate de un acto de gestión fiscal, esto es donde se dé el

manejo o administración de recursos, bienes o fondos públicos, para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. En ese sentido, yendo al punto central de que trata el radicado 046-2019, de una infracción al deber de información de que trata el numeral 11.7 de ese artículo 11, se establece que no es de aquellos, pues es claro que hace referencia es al deber de informar sobre el acceso a servicios de urgencia y/o emergencia, que no suponen acción ninguna relacionada con el manejo o administración de recursos o fondos públicos, ni adquirir, planear, conservar, administrar, custodiar, explotar, enajenar, consumir, adjudicar, gastar, recaudar, invertir o disponer de bienes públicos. Por ende, al no existir esa premisa fundamental de la gestión fiscal, no se hace necesario continuar con las diligencias de tipo fiscal.

Así las cosas, desvirtuado como se encuentra la gestión fiscal, se hace innecesario continuar con las actuaciones fiscales por parte de esta Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, y lo procedente es el archivo del radicado 046-2019, según preceptúa el artículo 147 ibídem, como sigue:

“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.” (Negrita del Despacho)

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

7. 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*”. Esta norma fue posteriormente desarrollada 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 102 de 2019 expedida por la Contraloría General de Medellín, la Contralora General de Medellín goza de competencia para revisar la decisión del a quo y tomar las decisiones que en derecho corresponda.

8. 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 fiscalizador⁵.

Respecto al grado de consulta ha expresado la Corte:

*"(...) no es un medio de impugnación sino una institución procesal en virtud de la cual es 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

El Artículo 18 de la Ley 610 de 2000, dispone que quien conoce en grado de consulta los procesos de responsabilidad fiscal, es el superior funcional o jerárquico del funcionario que haya proferido un fallo sin responsabilidad fiscal.

En la misma norma se dispone que el grado de consulta se consagra *"en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales"*.

Es de anotar además, que en el grado de consulta el superior funcional puede modificar, revocar o confirmar la decisión de primera instancia. Aseveración del Despacho que tiene soporte en lo señalado entre otras, por el máximo órgano de cierre de la justicia contenciosa administrativa, al indicar:

*"Es el mecanismo creado por el legislador para que, en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal, el superior de quien profiere una decisión que consista en el archivo, fallo sin responsabilidad fiscal o fallo con responsabilidad fiscal, según sea el caso, la modifique, confirme o revoque"*⁷.

⁵ Ley 610 de 2000 artículo 18.

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

⁷ Consejo de Estado, sentencia del 22 de octubre de 2015, radicado 63001-2331-000-2008-00156-01

En igual sentido se ha pronunciado la Contraloría General de la Nación, al precisar:

*“Otorga la ley por medio de él la oportunidad de meditar sobre el juicio del aplicador jurídico de la instancia primera, lo que facilita la corrección de los errores, pudiendo el superior rectificarlo en resguardo del interés público, del orden jurídico y de la observancia de las garantías y los derechos fundamentales. Se obtiene control pues mediante la consulta de algunas decisiones de fondo, **sin que medien límites para revisar las debidas formas procesales**” (Concepto 80112-EE 71719 de septiembre 16 de 2011) (La **negrita** es del Despacho).*

9. PROBLEMA JURÍDICO

Previo a dilucidar el problema jurídico, esta Agencia pasará a verificar la figura jurídica de la Caducidad.

De conformidad con el Artículo 9 de la Ley 610 de 2000, la acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

Este Despacho advierte según recibo de caja Nro. 18-0042603, el 8 de junio de 2018, Colombia Móvil S.A. E.S.P. efectuó pago a la Superintendencia de Industria y comercio por valor de cuarenta y cuatro millones doscientos sesenta y tres mil veinte pesos (\$44.263.020), a razón de multa impuesta mediante Resolución Nro. 30567 del 31 de mayo de 2017 y confirmada mediante Resolución 32748 del 15 de mayo del 2018, es decir que no ha transcurrido el termino de cinco (5) años desde la fecha de ocurrencia del hecho generador a aquella en que se debe dar inicio a la apertura de la investigación, lo que evidencia la vigencia de la competencia para emitir la decisión correspondiente que resuelve la consulta.

Para resolver el problema planteado, el Despacho sucintamente abordará en primer lugar (i) el análisis que versa sobre la procedencia del auto de archivo en la indagación preliminar, seguidamente (ii) examinará el alcance de la definición y alcance de gestión fiscal, y finalmente (iii) se pronunciará sobre el caso concreto, adoptando la decisión que en derecho corresponda.

(i) LA PROCEDENCIA DEL AUTO DE ARCHIVO EN LA INDAGACIÓN PRELIMINAR.

En el proceso de responsabilidad fiscal hay lugar a proferir auto de archivo, cuando, agotado el término señalado en el Artículo 45 ibídem, se encuentre

probado que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o **no comporta el ejercicio de gestión fiscal**, que se produjo el resarcimiento pleno del perjuicio, o el acaecimiento 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. Así mismo, según lo establecido en el Artículo 16 de la Ley 610 de 2000, cuando se habla de la cesación de la acción fiscal, se preceptúa que **el archivo puede proceder en cualquier estado de la indagación preliminar**, por las razones allí enlistadas, de las cuales se evidencia una de las invocadas por el Contralor Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, para proferir el archivo de la indagación preliminar, así:

*En cualquier estado de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, procederá el archivo del expediente cuando se establezca que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción, cuando se demuestre que el hecho no existió o que no es constitutivo de daño patrimonial al Estado o **no comporta el ejercicio de gestión fiscal**, o se acredite la operancia de una causal eximente de responsabilidad fiscal o aparezca demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente.*

En el caso que ahora nos ocupa, y como ya se ha venido describiendo, se consulta el archivo de una indagación preliminar, bajo el argumento de que el hecho generador del detrimento patrimonial no comporta el ejercicio de la gestión fiscal.

En este sentido, el doctrinante Iván Darío Gómez Lee, en su obra **"Responsabilidad Fiscal y Gerencia de Recursos Públicos"**, se pronunció sobre el auto de archivo de la investigación o de la indagación preliminar, y al respecto indicó⁸:

"Puede suceder que al cierre de la investigación se considere que no hay méritos para imputar la responsabilidad fiscal y se de aplicación al artículo 47 de la Ley 610 de 2000. Según esta disposición, habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se compruebe: (i) que el hecho no existió; (ii) que el hecho no es constitutivo de detrimento patrimonial; (iii) que el hecho no comporta gestión fiscal; (iv) que se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio; (v) que opere una causal excluyente de responsabilidad, o (vi) que se demuestre que la acción no podía iniciarse por haber operado la caducidad o la prescripción. Lo anterior aplicable tanto al procedimiento ordinario como al verbal.

⁸ Iván Darío Gómez Lee, en su obra "Responsabilidad fiscal y gerencia de recursos públicos". Pág. 362 a 363.

(ii). EL ALCANCE DE LA DEFINICIÓN DE GESTIÓN FISCAL CONFORME A DECISIONES JUDICIALES

La Ley 610 de 2000, en su Artículo 3° define la noción de gestión fiscal y respecto a dicha definición la Corte Constitucional se pronunció luego de la vigencia de la norma mediante la Sentencia C-840 de 2001, en los siguientes términos⁹:

"Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado"

Acerca del alcance de la definición de **gestión fiscal**, resulta ilustrativo el siguiente aparte jurisprudencial proferido 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 3° de la Ley 610 de 2000, a saber: **"Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales"**.*

⁹ Ley 610 de 2000, artículo 3: "Gestión fiscal. 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."

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.

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”

Y al discurrir respecto a los daños al patrimonio público, la gestión fiscal y la finalidad del Proceso de Responsabilidad Fiscal, se expresó la Corte Constitucional en la Sentencia C-840 de 2001, así:

Cosa distinta es que en cada caso, habida consideración de los bienes jurídicamente protegidos, de las competencias o capacidades de los servidores públicos y particulares, de la presencia de una gestión fiscal irregular, y de otras tantas variables, se ponga en escena la pregunta sobre el juez natural o autoridad competente para conocer de un asunto que comprometa el patrimonio público.

La definición del daño patrimonial al Estado no invalida ni distorsiona el bloque de competencias administrativas o judiciales que la Constitución y la ley han previsto taxativamente en desarrollo de los principios de legalidad y debido proceso. Por lo mismo, cuando el daño fiscal sea consecuencia de la conducta de una persona que tenga la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes del Estado materia del detrimento, procederá la apertura del correspondiente proceso de responsabilidad fiscal, sea que su intervención haya sido directa o a guisa de contribución. En los demás casos, esto es, cuando el autor o partícipe del daño al patrimonio público no tiene poder jurídico para manejar los fondos o bienes del Estado afectados, el proceso atinente al resarcimiento del perjuicio causado será otro diferente, no el de responsabilidad fiscal.

(iii) EL ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

En el caso que se analiza, y de acuerdo con el problema jurídico establecido por este Despacho, es menester revisar los elementos probatorios que obran en el expediente, y sobre los cuales se apoyó el *ad quo*.

Como se evidencia en el expediente de la indagación preliminar 046 de 2019, la sanción impuesta a la empresa COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P. tuvo su origen en el pago de una sanción que le fuere impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio, como quiera que la superintendencia verificó la

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.

disponibilidad de la información sobre acceso y condiciones de uso de los servicios de emergencia, y advirtió que la misma no se encontraba disponible en ningún lugar de la oficina física del proveedor de servicios.

Analizados los hechos que llevaron a la imposición de la sanción pecuniaria a la empresa de servicios públicos, se encontró que en efecto, de manera previa a la imposición de la medida pecuniaria, se surtió un proceso sancionatorio contra la misma, **por el incumplimiento de su deber de establecer un mecanismo físico que permitiera instruir y comunicar al usuario de derecho de acceso a los servicios de emergencia, pues no basta hacerlo desde la plataforma virtual sino también se hacía necesario desde el medio físico y telefónico.** Dicha omisión es una conducta que contraría la obligación general de atención al usuario y afecta el principio de confianza legítima con respecto a todos aquellos que son sus destinatarios o usuarios del servicio.

Refiriéndose de manera concreta a este tema, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, se pronunció en Concepto de 15 de noviembre de 2007, acerca del daño patrimonial por pago de multas, sanciones e intereses de mora entre entes públicos, en consulta con radicación, 11001-03-06-000-2007-00077-00 (1852), por medio de la que se resuelve interrogante del Ministerio del Interior y de Justicia, donde señaló:

*"Así las cosas, a la luz de las normas constitucionales que propenden por el manejo eficiente, responsable y oportuno de los recursos públicos por quienes tienen a su cargo tareas de gestión fiscal y, de las de carácter legal que conforman el régimen de control fiscal vigente, **el daño causado por la conducta irregular de un servidor o particular se debe determinar en relación con los recursos que específicamente estuvieron a su disposición en razón de sus funciones y no en abstracto frente a los recursos que conforman el patrimonio del Estado.***

*En el caso concreto del pago de multas, sanciones e intereses de mora entre entes de carácter público, **hay que determinar si ellos se produjeron por la conducta dolosa, ineficiente, ineficaz o inoportuna o por una omisión imputable a un gestor fiscal. Si así se concluye, surge para el ente que hace la erogación, un gasto injustificado que se origina en un incumplimiento de las funciones del gestor fiscal. Es claro, entonces, que dicho gasto implica una disminución o merma de los recursos asignados a la entidad u organismo, por el cual debe responder el gestor fiscal.***

No sobra enfatizar en este punto, que la Constitución y el régimen de control fiscal vigente no consagran la responsabilidad fiscal objetiva de los servidores públicos, de manera que para que ella se pueda declarar, se requiere, en todo caso, que en el proceso de responsabilidad fiscal que se adelante se pruebe fehacientemente la existencia de los tres elementos que la integran, vale decir, el daño patrimonial, representado en este caso, por el monto de los recursos que la entidad u organismo tuvo que pagar por concepto de multas, sanciones o

intereses de mora, "la conducta dolosa o gravemente culposa" del servidor y el nexo causal entre los dos anteriores (artículo 5° de la ley 610 de 2000).

...

RESPONDE:

1 y 2. De acuerdo con lo dispuesto en las leyes 42 de 1993 y 610 de 2000, en concordancia con el Estatuto Orgánico del Presupuesto, cuando una entidad u organismo de carácter público paga a otro de su misma naturaleza una suma de dinero por concepto de multas, intereses de mora o sanciones, se produce un daño patrimonial. Dicho daño puede dar lugar a responsabilidad fiscal del gestor fiscal comprometido, cuando en el proceso de responsabilidad se pruebe que existió una conducta dolosa o gravemente culposa y el nexo causal entre ésta y el daño.

El pago que una entidad u organismo público efectúe por estos conceptos a otra de su misma naturaleza, presupuestal y contablemente es un gasto que merma su patrimonio y no una mera operación de transferencia de recursos entre entes públicos.

3. El principio presupuestal de unidad de caja no exime de responsabilidad fiscal al gestor fiscal que con su conducta dolosa o gravemente culposa genere gastos injustificados con cargo a la entidad u organismo, como sería el caso del pago de intereses de mora, multas o sanciones".
(Negritas y subrayas propias)

No desconoce esta instancia administrativa las diferentes posiciones que se han asumido en torno a este tema, en disímiles pronunciamientos sobre si la conducta de asumir el pago de una sanción por parte de una entidad pública comporta gestión fiscal. Sin embargo, este Despacho en pos de asumir la presente decisión ha analizado puntualmente el hecho generador del daño patrimonial en relación con el deber omitido, el que debe ser analizado a la luz de las funciones encomendadas al servidor público responsables de la disposición de recursos públicos para instalar una herramienta física de atención y con ella de entrega de información al usuario.

Por tanto, ante esa naturaleza eminentemente resarcitoria y de contera, ante el deber ineludible de proteger al erario como deber constitucional de los órganos de control fiscal, es posible desatar la correspondiente consulta, y es por ello que la conducta objeto del daño patrimonial debe ser evaluada e interpretada en forma integral y puntual, es decir más allá de existir un pago de una multa, **está el hecho de que la sanción tuvo su origen en una omisión de un servidor público respecto del cual se hace indispensable indagar probatoriamente si además de omitir un deber, este no dispuso según sus funciones, pudiendo hacerlo, de los recursos económicos necesarios para implementar una herramienta**

de acceso físico a la información requerida por el usuario del servicio ofrecido.

El hecho generador del daño no es la multa, ni siquiera la queja interpuesta por un ciudadano, sino el incumplimiento de los agentes de Colombia Móvil de su obligación legal de **disponer de la información sobre acceso y condiciones de uso de los servicios de emergencia en la oficina de Popayán, advirtiendo la superintendencia dentro del proceso administrativo adelantado que la misma no se encontraba disponible en ningún lugar de la oficina física del proveedor de servicios**. Habrá de dilucidar la primera instancia si la gestión o disposición de recursos económicos, físicos y humanos en pos de disponer la información cuya falta depreca la superintendencia, es o no gestión fiscal, y en caso positivo cual o cuales eran los agentes de Colombia Móvil con calidad de gestor fiscal, a cargo del cumplimiento, control o verificación de dicho deber legal.

Así pues, que considerar que en el caso que nos ocupa no existió un hecho al que no se le puede atribuir la connotación de gestión fiscal, sin que medie un recaudo probatorio que evidencie que al servidor público que le asistía el cumplimiento del deber censurado por la superintendencia de industria y comercio, concomitantemente ostentaba la competencia para generar los recursos económicos de instalación de la plataforma física de información al usuario; sería abrir la compuerta al análisis conclusivo consistente en que toda multa pagada por una entidad pública no puede adscribirse la condición de gestión fiscal, y que como tal se hace innecesaria la indagación probatoria con la cual se genere la certeza de una decisión de esta naturaleza, máxime que a la luz de la misma no es posible la recuperación del patrimonio público y que por tanto debe estar plenamente demostrada y motivada.

De conformidad con las anteriores consideraciones, y toda vez que la conducta que se reprocha y se sanciona es el pago de una sanción pecuniaria impuesta por parte de la Superintendencia de Industria y comercio, **cuya génesis fue la omisión de un servidor público en cumplir con deberes de atención al usuario**, se considera que este pago debe ser objeto de prueba a través de un proceso de responsabilidad fiscal.

Por lo que se deberá verificar si al servidor le asignaron funciones de administración de recursos públicos y que además conociendo previamente que sobre él recae la obligación (ubicar a disposición del usuario canales de información física) asuma una conducta omisiva de no ostentar todos los estándares de atención e información, no obstante contar con la capacidad de hacerlo —disponibilidad de

recursos físicos, humanos y económicos-, y con ello cause daño patrimonial. En ese orden el Consejo de Estado, Sección Primera, con ponencia de María Elizabeth García González, mediante providencia del 19 de mayo de 2016, con radicación número: 68001-23-33-000-2013-01024-01, señaló:

“La Contraloría General de la República, como ente de control fiscal, tiene que identificar a quienes ejercen gestión fiscal dentro de la entidad, dejando al margen de su órbita controladora a todos los demás servidores o particulares. Para establecer la responsabilidad fiscal, se requiere examinar si la conducta comporta gestión fiscal o guarda alguna relación de conexidad con ésta. La responsabilidad fiscal se deduce por la afectación del patrimonio público, tanto en forma dolosa como culposa, en desarrollo de actividades propias de la gestión fiscal o vinculadas con ella, cumplida por los servidores públicos y particulares, que manejen o administren bienes y recursos del Estado. Vale la pena puntualizar, que la responsabilidad fiscal debe necesariamente recaer sobre el manejo o administración de bienes y recursos o fondos públicos, y respecto de los servidores públicos y particulares que tengan a su cargo bienes o recursos del Estado, sobre los cuales tengan capacidad o poder decisorio. [...] Al revisar detenidamente las funciones asignadas a la Jefe de la Oficina Asesora en mención, se observa que no encajan dentro del concepto de gestión fiscal, por no estar referidas a la ordenación, control, dirección, administración y manejo de los bienes o recursos de la entidad, o por no implicar poder decisorio sobre dichos bienes o fondos. Además, debe señalarse que la misma denominación del referido cargo “Jefe de Oficina Asesora de Jurídica”, es la que indica que éste tiene relación con funciones de asesoría, de conceptuar, absolver consultas y brindar soporte legal, pero no involucra poder decisorio sobre bienes o recursos del Estado, elemento necesario para pregonar responsabilidad fiscal. Al respecto, se debe precisar que si bien es cierto que la Jefe de Oficina Asesora de Jurídica de CORMAGDALENA desplegaba actividades jurídicas con relación al contrato núm. 0086 de 2005, éstas no se encontraban relacionadas o comportaban gestión fiscal, pues dentro de las funciones aplicables a ella no tenía las de manejo, administración, dirección o disposición de los recursos de la entidad, conforme se dijo anteriormente. De ahí que tampoco tuviera manejo o administración de los recursos del citado contrato núm. 0086 de 2005, suscrito por la referida Corporación con el Consorcio Río Grande”.

Lo indicado en la providencia citada le permitirá al *ad quo* identificar que el tema objeto de este proceso además de ser el pago de una sanción a razón de una obligación contenida en una decisión administrativa sancionatoria, implica igualmente reconocer que la administración del erario público debe hacerse bajo las reglas de administración de bienes ajenos, en cuyo evento el pago de dicha sanción deberá ser excusada a través de la ausencia de dolo o culpa grave, pues es claro que ello generó la disposición de un recurso público, que perfectamente se debió haber dirigido al cumplimiento del interés general y no al cubrimiento de una sanción, tal como ocurrió.

No encuentra este Despacho claro y cierto a esta altura procesal, que la conducta omisiva sancionada por la superintendencia sea o no gestión fiscal, y es que dicha

omisión aunque en principio vulnera el bien jurídico derecho a la información, el cual pareciera no ostenta contenido patrimonial; todo parece indicar tiene génesis en la omisión de la disposición de bienes y personas que asumiesen el deber de brindar información, tarea que en principio entiende este Despacho implica la disposición de bienes y recursos de la entidad multada.

Y es que el Proceso de Responsabilidad Fiscal establece múltiples posibilidades probatorias a los sujetos procesales en pos de demostrar o no la estructuración de los elementos de la responsabilidad fiscal. Ese deber probatorio implica el decreto de pruebas en indagación preliminar, el decreto de pruebas con el auto de apertura, decreto de pruebas en el auto de imputación, y la posibilidad permanente de decretar la práctica oficiosa de pruebas.

Resulta así, de medular importancia jurídica señalar que para la prosperidad de la acción de responsabilidad fiscal, el aporte de las pruebas que demuestren la culpa grave o el dolo del funcionario vinculado al proceso, y que precisamente, por dicha conducta incumplida en ejercicio de sus funciones, se causó un daño patrimonial a la entidad pública, es una carga que la debe soportar el Ente de Control Fiscal, pues no puede obviarse que esta acción es el medio idóneo para que la administración obtenga el reintegro del monto respecto del cual se ha disminuido su patrimonio.

Sobre este último elemento de la responsabilidad fiscal, a saber la culpa; no es la indagación preliminar el momento procesal oportuno para realizar juicios axiológicos jurídicos al respecto; por lo que omitirá este Despacho realizar conjetura alguna acerca de él.

3.3 CONCLUSIÓN

Por todo lo expresado, sin mayores elucubraciones y verificada la ocurrencia del supuesto señalado en el **Artículo 16 de la Ley 610 de 2000**, esto es, que el hecho objeto de investigación si comporta el ejercicio de gestión fiscal, este Despacho encuentra razones para **REVOCAR** la providencia objeto de revisión, y en consecuencia **DEJAR SIN EFECTOS** la decisión adoptada por la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva en el **Auto N° 004 de 02 de enero de 2020**, que ordenó el archivo de las diligencias preliminares con Radicado 046 de 2019, en la medida que la conducta investigada debe ser objeto de prueba para poder concluir si esta es constitutiva o no de gestión fiscal.

4. LA DECISIÓN

Sin más por considerar, y en mérito de lo expuesto, el Despacho de la **CONTRALORA GENERAL DE MEDELLÍN**,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: REVOCAR EL AUTO DE ARCHIVO emitido dentro del proceso de Responsabilidad Fiscal radicado 046-2019, conforme a las consideraciones expuestas en este proveído.

ARTÍCULO SEGUNDO: Una vez en firme esta decisión, se ordena Devolver las diligencias a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Cobro Coactivo para que se proceda de conformidad, y en consecuencia agote la etapa correspondiente.

ARTICULO TERCERO. Notificar la presente providencia de acuerdo con el Artículo 106 de la Ley 1474 de 2011.

ARTÍCULO TERCERO: Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE, REMÍTASE Y CÚMPLASE



DIANA CAROLINA TORRES GARCÍA
Contralora General de Medellín

Revisó y aprobó: Luis Alfonso Barrera Sossa – Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Beatriz Elena Colorado – Profesional Universitario 2

