RESPONSABILIDAD FISCAL Y JURISDICCIÓN COACTIVA

Medellín, primero (01) de Agosto del año dos mil veintidós (2022)

REFERENCIA: AUTO DE ARCHIVO ANTECEDENTES-HALLAZGO FISCAL (AUDITORIA)	
Entidad presuntamente afectada	Colombia Móvil S.A. E.S.P.
Hecho investigado	*Pago de una multa equivalente a CIENTO TREINTA (130) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES VIGENTES ($107.655.080), para el año 2019, por parte de Colombia Móvil S.A. E.S.P. a la Superintendencia de Industria Comercio impuso, menos la recuperación de la cláusula de indemnidad por valor de $69.539.003. al haberse encontrado probado lo dispuesto en el artículo 54 y numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, así como los artículos 49 y 50 de la Resolución CRC 3066 de 2011, así como del numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, toda vez, que Colombia Móvil S.A. E.S.P, no respondió oportuna y adecuadamente la petición presentada por la usuaria el 01 de junio de 2016, generando la ocurrencia del silencio administrativo positivo alegado por la quejosa.*
Cuantía	$38.116.077.

COMPETENCIA DEL SERVIDOR PÚBLICO

La Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de Medellín, con fundamento en los artículos 268[1] numeral 5° y 272 incisos 1 y 5 de la Constitución Política, las Leyes 610 de 2000, 1474 de 2011 y 1437 de 2011; los Acuerdos Municipales 087 y 088 de 2018; la Resolución 150 de 2021 modificada por la 482 de 2022 del Despacho del Contralor General de Medellín y demás normas concordantes; es competente para conocer y adelantar los procesos de responsabilidad fiscal para establecer la existencia o no de responsabilidad fiscal; y con ocasión de tal facultad, en este caso concreto, procede a proferir auto que ordena el archivo de antecedentes dentro del **RADICADO 044-2021**, originado en el traslado de hallazgo fiscal, identificado por el equipo auditor:

NOMBRE	ROL	DEPENDENCIA
Isabel Cristina Rosero Guerrero	Contralora Auxiliar	CAAF Telecomunicaciones
Freddy Humberto Arango Alvarez	Profesional Universitario 2 (E)	CAAF Telecomunicaciones
Carlos Alberto Guerra Acosta	Profesional Universitario 2	CAAF Telecomunicaciones
Juan Carlos Buriticá Grajales	Profesional Universitario 1	CAAF Telecomunicaciones
Luis Eduardo Gallego Hernández	Técnico Operativo	CAAF Telecomunicaciones
Dora Cecilia Giraldo Duque	Técnico Operativo	CAAF Telecomunicaciones

y remitido a través del memorando 1107 – 202100004376 del 08 de junio de 2021, con fundamento con los siguientes:

HECHOS:

PRIMERO: El presunto hallazgo fiscal se hizo con motivo de la auditoría realizada a la entidad por el equipo auditor, integrado por:

[1] Modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 04 de 2019.

NOMBRE	ROL	DEPENDENCIA
Isabel Cristina Rosero Guerrero	Contralora Auxiliar	CAAF Telecomunicaciones
Freddy Humberto Arango Alvarez	Profesional Universitario 2 (E)	CAAF Telecomunicaciones
Carlos Alberto Guerra Acosta	Profesional Universitario 2	CAAF Telecomunicaciones
Juan Carlos Buriticá Grajales	Profesional Universitario 1	CAAF Telecomunicaciones
Luis Eduardo Gallego Hernández	Técnico Operativo	CAAF Telecomunicaciones
Dora Cecilia Giraldo Duque	Técnico Operativo	CAAF Telecomunicaciones

El presente hallazgo, se identificó con el número tres (03), de la auditoria financiera y de gestión COLOMBIA MOVIL S.A E. S. P, vigencia 2020, remitido por parte de la contraloría auxiliar de auditoría fiscal telecomunicaciones, al contralor auxiliar de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva y cuya fecha de traslado de dicho hallazgo fue el día 05 de junio de 2021.

SEGUNDO: El presunto hallazgo fiscal, tiene como fundamentos facticos las siguientes observaciones realizadas por el equipo auditor a saber:

Hallazgo número tres. Pago injustificado de una sanción (corresponde a la observación número tres del informe preliminar). En la ejecución de la Auditoría Financiera y de Gestión vigencia 2020, se comprobó que Colombia Móvil S.A. E.S.P., realizó pago a la Superintendencia de Industria y Comercio por valor de $107.655.080 mediante consignación realizada en el Banco de Bogotá por el sistema nacional de recaudos comprobante de pago universal individual Nro.85178234 el 23 de julio de 2020, por concepto de sanción administrativa impuesta mediante Resolución Nro. 15637 del 21 de mayo de 2019 y confirmadas con las Resoluciones Nro. 35869 del 07 de julio de 2020 y conciliada con la Superintendencia de Industria y Comercio del 04 de noviembre de 2020, por medio de las cuales se resolvieron los recursos de reposición, de apelación y conciliación respectivamente.

Dicha sanción impuesta tuvo su origen en la queja formulada por la señora MILENA LONDOÑO SEGURO, el 11 de agosto de 2016, por medio de la cual argumentó que la sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., no habría atendido oportuna y adecuadamente la petición del 01 de junio de 2016 identificada con el CUN 4331-16-000-194311.

“La Dirección de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones, por medio de la Resolución 74945 del 31 de octubre de 2016 dio

inicio a la correspondiente investigación administrativa y formuló pliego de cargos en contra de la sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., por la presunta transgresión de lo previsto en el artículo 54 y numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, así como los artículos 49 y 50 de la Resolución CRC 3066 de 2011, y determinar si es procedente la imposición de sanciones conforme lo establece el artículo 65 de la citada ley.

El 29 de noviembre de 2016, la sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., dio respuesta al pliego de cargos formulado por la SIC, señalando lo siguiente:

1. De acuerdo con las validaciones realizadas se encuentra que la reclamación del cliente obedece a que solicita la aplicación de promoción ofrecida según la cliente por la compañía al momento de realizar el contrato de servicio de internet móvil, consistente en duplicar las gigas pactadas dentro del servicio, por el tiempo restante para cumplir el primer año sobre la línea objeto de reclamación 3022404400, que se encontraba en el plan Arma tu Plan Súper.

2. La compañía dentro de la verificación de la línea 3022404400 objeto de reclamación con cuenta de facturación 8919862003 se encuentra cancelado el plan Arma tu Plan Súper que tenía la usuaria, debido a petición realizada por la cliente en fecha del 11 de julio de 2016 donde solicitó el cambio de la línea a plan prepago, por tanto, la compañía en fecha del 13 de julio de 2016 efectuó el cambio de plan a prepago quedando la línea en el plan “Plan Tigo Prepago Tarifa Plan 3”, como se soporta (…)

En línea con lo anterior, (según folio 65 del expediente), la sociedad investigada manifestó que con la cancelación del plan Arma tu Plan Súper, el 13 de julio de 2016, por el cambio a prepago, se efectuó un ajuste por la suma de $53.900, aplicado en la línea 3022404400, asociada a la cuenta de facturación 8919862003.

A renglón seguido, el proveedor añadió que el ajuste mencionado en precedencia fue informado a la quejosa mediante la factura de venta No. Bl- 0134104230 correspondiente al período del 15 de junio de 2016 al 14 de julio del mismo año;

agregó, que con el cambio a prepago de la línea móvil 3022404400 la misma, se encuentra sin saldo pendiente de pago y cerrada desde el 13 de julio de 2016".

La Superintendencia de Industria y Comercio por medio de la Resolución 6332 de 22 de febrero de 2017 decretó las pruebas que se tuvieron en cuenta para resolver la investigación.

La Dirección de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones, por medio de la Resolución 15337 del 21 de mayo de 2019, impuso una sanción pecuniaria a la sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., por la suma de $107.655.080, al haberse encontrado probado lo dispuesto en el artículo 54 y numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, así como los artículos 49 y 50 de la Resolución CRC 3066 de 2011, así como del numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, toda vez que no respondió oportuna y adecuadamente la petición presentada por la usuaria el 01 de junio de 2016, generando la ocurrencia del silencio administrativo positivo alegado por la quejosa.

La sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., dentro del término concedido el 14 de junio de 2020 interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la Resolución 15337 del 21 de mayo de 2019. Alegando indebida notificación de la resolución sancionatoria, falta de valoración probatoria, carencia actual de objeto, tipificación de la conducta, falta de cumplimiento de requisitos formales para el acto administrativo, análisis de los factores de agravación de la sanción, cuantificación de la sanción a imponer.

La Dirección de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones, por medio de la Resolución 75429 del 19 de diciembre de 2019, resolvió el recurso de reposición y confirmó integralmente la Resolución 15337 del 21 de mayo de 2019, confirmando que efectivamente no respondió oportuna y adecuadamente la petición presentada por la usuaria el 01 de junio de 2016, generando la ocurrencia del silencio administrativo positivo alegado por la quejosa.

El Superintendente Delegado para la Protección al Consumidor, por medio de la Resolución 35869 del 07 de julio de 2020, resolvió el recurso de apelación y confirmó la Resolución 15337 del 21 de mayo de 2019, la cual fue confirmada por la Resolución 75429 del 19 de diciembre de 2019, sin poder desvirtuar la vulneración del artículo 54 y numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, así como los artículos 49 y 50 de la Resolución CRC 3066 de 2011, así como del numeral 12 del

artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, al no haber respondido a la usuaria de manera oportuna y adecuada.

“De acuerdo a lo anteriormente enunciado, y una vez revisadas las pretensiones de Colombia Móvil S.A. E.S.P., así como los actos administrativos proferidos en desarrollo de la investigación efectuada por la Superintendencia de Industria y Comercio en el expediente 16-207867, se decide CONCILIAR, toda vez que se encuentra configurado silencio administrativo positivo a favor de la sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. por cuanto los recursos fueron expedidos fuera del término de un (1) año que establece el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, así:

La sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., fue sancionada por medio de la Resolución 15337 del 21 de mayo de 2019, contra la cual la sociedad COLOMBIA MÓVIL SA ESP el 14 de junio de 2019 interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación.

El recurso de reposición fue decidido por medio de la Resolución 75429 de 19 de diciembre de 2019, y el recurso de apelación fue resuelto por medio de la Resolución 35869 de 07 de julio de 2020, notificada por Aviso No. 14680 de 17 de julio de 2020, por fuera de término de un (1) año que establece el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, lo cual significa que la Superintendencia de Industria y Comercio perdió competencia para decidir sobre los recursos interpuestos por Colombia Móvil S.A. E.S.P. contra la resolución sancionatoria.”

Conforme al estudio general realizado por el Comité de Conciliación de la Superintendencia de Industria y Comercio del 13 de junio de 2019, en los procesos de caducidad de la facultad sancionatoria, art. 52 de la Ley 1437 de 2011, la fórmula de arreglo para proponer por parte de la Entidad es la que la Superintendencia de Industria y Comercio procederá a devolver únicamente el valor pagado por concepto de la sanción y el 50% del valor que resulte, una vez liquidado por la Dirección Financiera, por concepto de indexación, renunciando el demandante al otro 50% de dicho concepto, los intereses, costas procesales, así como cualquier factor adicional solicitado, con respecto a los actos administrativos expuestos en el numeral tercero de la presente certificación.

Devolver a favor de la sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., el valor de ciento siete millones seiscientos cincuenta y cinco mil ochenta pesos ($107.655.080) M/Cte,

y el cincuenta por ciento (50%) que resulte de la liquidación por concepto de indexación.

Para este caso en particular, se encontró que, si bien ya se había solicitado a Eficiencia y Servicios S.A., quien era el contratista de Colombia Móvil responsable en los casos de multas y sanciones, que asumiera el valor del 100% de la multa, por medio de acta de Conciliación la Superintendencia de Industria y Comercio aceptó la devolución del 100% de la multa pagada, sin embargo, ese valor no se ha hecho efectivo en la compañía debido a que previo la SIC desembolse el valor del 100% el acta de Conciliación debe pasar por aprobación de juez respecto a lo cual se está a la espera.

Ahora bien, se encuentra un comprobante de pago por valor de $69.539.003 este fue imputado al radicado 16-231142 al cual le corresponde la factura Nro. BS100045891 ya que para el respectivo caso si bien NEXARTE (marca de Eficiencia y Servicios S.A.) acepta responsabilidad, la cláusula de indemnidad se encuentra agotada y no cubriría el 100% del valor.

Por todo lo anteriormente expuesto, la Superintendencia de Industria Comercio impuso a Colombia Móvil S.A. E.S.P. una multa equivalente a CIENTO TREINTA (130) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES VIGENTES para el año 2019, es decir la suma efectivamente pagada de 107.655.080, menos la recuperación la cláusula de indemnidad por valor de $69.539.003 , el valor de la multa en defectiva queda en un valor de $38.116.077, situación que es constitutiva de un presunto detrimento patrimonial por supuesta violación del principio de la vigilancia y control fiscal de eficiencia consagrado en el literal a) del artículo 3 del Decreto Ley 403 del 16 de marzo de 2020, que dispone:" a) Eficiencia: En virtud de este principio, se debe buscar la máxima racionalidad en la relación costo-beneficio en el uso del recurso público, de manera que la gestión fiscal debe propender por maximizar los resultados, con costos iguales o menores", en la medida que la asignación de los recursos no fue la más conveniente para maximizar los resultados, toda vez que se pagó una sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio, es decir, se hizo una erogación económica injustificada, lo que implica una disminución o merma de los recursos de Colombia Móvil S.A. E.S.P., hecho generado por la falta de diligencia y de controles en la atención de la PQRSD generando el pago de la

sanción y la afectación reputacional de la empresa configurándose por lo tanto un hallazgo administrativo con presunta incidencia fiscal por valor de $38.116.077.

TERCERO: De la relación fáctica, descrita en el numeral anterior e identificado el presunto hallazgo fiscal por el equipo auditor, se señalará, la suma del presunto daño en **TREINTA Y OCHO MILLONES CIENTO DIEZ Y SEIS MIL SETENTA Y SIETE PESOS** ($38.116.077), cuyo presunto responsable es:

MARIA ELVIRA RESTREPO MARTÍNEZ, identificado con la C.C. 66.849.703, vicepresidencia de Servicio al cliente de Colombia Móvil S.A. E.S.P.

ACTUACIONES PROCESALES

1. Memorando de traslado
2. Auto comisión

PRUEBAS RECAUDADAS

1. Memorando de traslado de hallazgo, con los documentos soportes anexos.
2. Resolución Nro. 15637 del 21 de mayo de 2019.

3. Resoluciones Nro. 35869 del 07 de julio de 2020 y conciliada con la Superintendencia de Industria y Comercio del 04 de noviembre de 2020.

4. Comprobante de pago universal individual Nro.85178234 del Banco de Bogotá del 23 de julio de 2020, por un valor de treinta y ocho millones ciento diez y seis mil setenta y siete pesos $38.116.077.

5. Contrato laboral, manual de funciones y pólizas en forma completa con carátula y sus anexos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Como presupuestos normativos, se invocan las siguientes normas:

- Constitución Política de Colombia, Artículos 119, 267[2], 268 numeral 5, 272[3]

- Ley 610 de 2000, a través de la cual se fija el trámite de los Procesos de Responsabilidad Fiscal; Artículos 4 objeto de la responsabilidad fiscal, 5 elementos de la responsabilidad fiscal, 6 daño patrimonial al Estado, 9 caducidad y prescripción, 16 archivo expediente, artículo 39 indagación preliminar.

- Ley 1474 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Subsección II artículos 106 al 109 y Subsección III del artículo 110 al 120 (modificaciones a la regulación y disposiciones comunes al procedimiento ordinario y verbal de responsabilidad fiscal)

- Artículo 54 de la Ley 1341 de 2009

- El literal c) del numeral 47.3 del artículo 47 de la Resolución CRC 3066 de 2011.

- El numeral 12 de artículo 64 de la Ley 1341 de 2009.

- El literal a) del artículo 3 del Decreto Ley 403 del 16 de marzo de 2020

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Teniendo en cuenta los antecedentes de hallazgo fiscal, realizado por el equipo auditor de la referencia, corresponde a este despacho determinar, ¿si se dá mérito para iniciar apertura de processo de responsabilidade fiscal? o por el contrario ¿se poderia terminar dicho tramite administrativo, ordenando el archivo de antecedentes?

Asi las cosas, esta instancia hará los siguientes pronunciamentos, de cara a estabelecer si se dá, apertura o archivo de proceso de responsabilidad fiscal:

[2] Modificado por artículo 1 Acto Legislativo 4 de 2019
[3] Modificado por artículo 4 Acto Legislativo 4 de 2019.

PRIMERO: El artículo 1º de la Ley 610 de 2000 define el proceso de responsabilidad fiscal en los siguientes términos:

> *"El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por la Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad fiscal de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de esta[4], causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado."*

Y éste, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 610 de 2000, tiene un carácter resarcitorio:

> *"**Artículo 4o. Objeto de la responsabilidad fiscal.** La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurran, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de los mismos, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.*
>
> *PARÁGRAFO. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad".* -Subraya fuera de texto-

Lo cual es ratificado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-840 de 2001, cuando expresó:

> "*el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, esa reparación debe enmendar integralmente los perjuicios que se hayan causado…"*

[4] Aparte subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001.

Así como en la C-619 de 2002, cuando manifestó acerca de la finalidad y naturaleza de la responsabilidad fiscal:

> *"Igual a lo que acontece con la acción de repetición, la responsabilidad fiscal tiene como finalidad o propósito específico la protección y garantía del patrimonio del Estado, buscando la reparación de los daños que éste haya podido sufrir como consecuencia de la gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo de dineros o bienes públicos -incluyendo directivos de entidades públicas, personas que adoptan decisiones relacionadas con gestión fiscal o con funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contratistas y particulares por razón de los perjuicios causados a los intereses patrimoniales del Estado".*
>
> *"La responsabilidad fiscal es la que se deriva de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, es de naturaleza administrativa y patrimonial en cuanto busca la reparación del daño causado por la gestión fiscal irregular y es de carácter independiente y autónomo."*

De donde se colige que lo que se pretende con el mismo es que la Entidad afectada quede indemne del daño que se le ocasionó.

SEGUNDO: La responsabilidad fiscal se erige sobre tres elementos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5[5] de la Ley 610 de 2000, a saber:

- Un daño patrimonial al Estado.

[5]**ARTICULO 5o. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL.** <Artículo modificado por el artículo 125 del Decreto Ley 403 de 2020. El nuevo texto es el siguiente:> "*La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:*
- Una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal o de quien participe, concurra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado.
- Un daño patrimonial al Estado.
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores."

- Una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal o de quien participe, concurra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado.

- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Siendo el primero de ellos, el **daño**, que fue definido en el artículo 6[6] de la misma norma, modificado por el artículo 126 del Decreto Ley 403 de 2020, en los siguientes términos:

> *"…se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de los órganos de control fiscal. Dicho daño podrá ocasionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurran, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo"*

Ahora bien, dentro de los elementos enlistados el daño patrimonial es requisito *sine qua non* para proceder a analizar la concurrencia de los otros dos, pues en palabras del Doctrinante Uriel Amaya Olaya:

> *"[El daño] es el primer elemento de la responsabilidad y el primer elemento a estudiar en un proceso de responsabilidad. Sólo después de estructurado y probado el daño se pueden establecer los demás elementos, empezando por la conducta."*[7]

TERCERO: La Jurisprudencia y la Doctrina han considerado que el daño es la columna vertebral de la responsabilidad fiscal:

---

[6] Modificado por el artículo 126 del Decreto Ley 403 de 2020.

[7] AMAYA OLAYA, Uriel Alberto. Teoría de la Responsabilidad Fiscal. Aspectos sustanciales y procesales. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2002. Pág. 185

"El daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso. Si no hubo daño o no se puede determinar o no se puede evaluar, hasta allí habrá de llegarse; …

Por todo ello cabe afirmar que, dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se de responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria'.. El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil. Estudiarlo en primer término es dar prevalencia a lo esencial en la figura de la responsabilidad[8]" (Subrayado fuera de texto)

Expresamente dijo el Consejo de Estado, en sentencia del 16 de febrero de 2012[9]:

"…es importante destacar que el elemento más importante es el daño, pues si el mismo no se presentare, no puede de ninguna manera configurarse una responsabilidad fiscal, ya que de conformidad con el artículo 40 de la citada Ley 610, procede la apertura del proceso de responsabilidad fiscal cuando exista certeza sobre el daño (…) en armonía con lo anterior, debe decirse que el carácter resarcitorio de la responsabilidad fiscal sólo tiene sentido en el evento en que sea posible establecer con certeza la existencia del daño al patrimonio del Estado y la cuantía del mismo, es decir, establecerlo en cifras concretas y en su real magnitud…" –Subraya fuera de texto-

[8] Juan Carlos Henao. El Daño. U. Externado de Colombia, 1998, pág. 35 ss.
[9] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección primera. Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MOREO. 16 febrero de 2012. Radicación 25000-23-24-000-2001-00064-01. Bogotá D.C

En ese sentido, el daño debe reunir como características la de ser: Cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud[10], como ya lo había sostenido la Corte Constitucional en la Sentencia SU-620 de 1996 frente a las características del daño fiscal:

> *"Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por 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…"*

Adicionalmente, la Corte Constitucional con respecto al daño ha establecido:

> *"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."*[11]

Lo anterior guarda relación con la finalidad meramente resarcitoria del proceso de responsabilidad fiscal, en la medida en que sólo **si una gestión fiscal** determinada genera un daño patrimonial cierto al Estado hay lugar a que se inicie y tramite el proceso de responsabilidad fiscal con el objeto de buscar la reparación del mismo; de lo contrario habría **ausencia de objeto del proceso**.

Situación que la Corte Constitucional ha reconocido en la Sentencia C-661 del 8 de junio de 2000:

> *"Por una parte, la naturaleza del daño en la responsabilidad disciplinaria y fiscal, así como de los procesos que se adelantan para establecerlas, son diferentes, toda vez que el daño en la responsabilidad disciplinaria es extrapatrimonial y no susceptible de valoración económica y el daño en la responsabilidad fiscal es*

[10] Sentencia SU-620 de 1996.
[11] Corte Constitucional, Sentencia SU-620 de 1996, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

patrimonial. Así mismo, el proceso disciplinario tiene un carácter sancionatorio, pues "busca garantizar la correcta marcha y el buen nombre de la cosa pública, por lo que juzga el comportamiento de los servidores públicos "frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública"[12]. Por su parte, el proceso fiscal tiene una ***finalidad resarcitoria****, toda vez que "el órgano fiscal vigila la administración y el manejo de los fondos o bienes públicos,* ***para lo cual puede iniciar procesos fiscales en donde busca el resarcimiento por el detrimento patrimonial*** *que una conducta o una omisión del servidor público o de un particular haya ocasionado al Estado[13]".".[14]* [Negrillas por fuera del texto original]

CUARTO: Otro aspecto importante a tener en cuenta, en estas consideraciones por parte del despacho, tiene que ver, con el siguiente planteamiento del problema jurídico, respecto de aquellas actuaciones administrativas realizadas por los servidores públicos o particulares que manejan bienes o recursos públicos, cuando comprometen el patrimonio publico y este resulta afectado por el pago de una sanción o multa.

Ante esta situación solo se puede predicar en el entendido si y solo si, dicho servidor público o particular que maneja bienes o recursos públicos, la sanción o multa, es consecuencia de una **GESTION FISCAL**, de lo contrario se estaría en un asunto carente de objeto de RESPONSABILIDAD FISCAL. (artículo 1, 3 y 4 de la ley 610 de 2000)

[12] Cita realizada por la Corte Constitucional C-6001-2000: *Sentencia C-244 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz*

[13] Cita realizada por la Corte Constitucional C- 6001-2000: En relación con el fundamento resarcitorio de la responsabilidad fiscal, pueden consultarse las sentencias C-046 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, SU-620 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell y T-973 de 1999. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

[14] Corte Constitucional. Sentencia C-661 del 8 de junio de 2000. MP.: Alvaro Tafur Galvis. .

En este orden de ideas no es de recibo la tesis según la cual el pago de una multa o sanción es igual a daño fiscal, pues debe establecerse en grado de certeza que actos revisten la categoría de GESTION FISCAL y solo en el evento de comprobarse la existencia de conductas o actos de gestión fiscal, en el marco de los deberes funcionales, que contemplan una obligación expresa de impedir el resultado o de realizar la acción omitida podría eventualmente adelantarse un proceso de responsabilidad fiscal.

De conformidad con el articulo 3 de la ley 610 de 2000, se entiende por noción de gestión fiscal lo siguiente:

> "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".

En este orden de ideas, la definición de gestión fiscal consagrada en el articulo 3 de la ley 610 de 2000, comprende las actividades que deben ejecutar quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del estado.

Así las cosas, podemos enunciar entre otros quienes cumplen GESTION FICAL:

- ORDENADOR DEL GASTO
- EL JEFE DE PLANEACION
- EL JEFE JURIDICO
- EL ALMACENISTA
- EL JEFE DE PRESUPUESTO
- EL PAGADOR O TESORERO

- EL RESPONSABLE DE LA CAJA MENOR

- PARTICULARES QUE TENGAN CAPACIDAD DECISORIA FRENTE A LOS FONDOS O BIENES DEL ERARIO PUBLICO PUESTO A SU CARGO.

La corte constitucional en sentencia C-840/01 Magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería, Bogotá D.C, 9 de agosto de 2001 determino:

> (…) "Bajo tales connotaciones resulta propio inferir que la esfera de la gestión fiscal constituye el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del estado por parte de los servidores públicos y de los particulares. Siendo por tanto indiferente la condición publica o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata. (…)
>
> Y la sala reitera: la responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del estado puestos a su disposición.

Por otro lado, téngase en cuenta lo que sostuvo la corte constitucional en sentencia SU431/15:

> (…) "El daño en el campo de la responsabilidad fiscal tiene varios rasgos especiales: Por un lado, (I) debe obedecer a una actividad propia de la gestión fiscal, dándose a entender con ello qu la responsabilidad fiscal no es universal o general para todos los servidores públicos o particulares, pues aplica únicamente a los gestores fiscales como elemento orgánico; y por otro lado (II) la conducta generadora de responsabilidad solo es aquella desarrollada de forma dolosa o gravemente culposa". (…)

QUINTO: Por las razones anteriormente expuestas, tanto fácticas como jurídicas, jurisprudenciales y doctrinales, este despacho en cabeza de la contraloría auxiliar de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva, ha llegado a la conclusión de manera concreta, clara y precisa, que a la fecha, las sumas indicadas como presunto detrimento patrimonial, en el traslado de hallazgo fiscal identificado con número 03 por parte de la Contraloría Auxiliar Auditoría Fiscal de Telecomunicaciones, que existe una ausencia de objeto del proceso de responsabilidad fiscal, toda vez, que el pago que realizo Colombia Móvil S.A. E.S.P. a la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** por un monto de TREINTA Y OCHO MILLONES CIENTO DIEZ Y SEIS MIL SETENTA Y SIETE PESOS ($38.116.077),

por concepto de sanción como consecuencia de haber procedido de manera irregular y contraria a las disposiciones legales al haberse encontrado probado lo dispuesto en el artículo 54 y numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, así como los artículos 49 y 50 de la Resolución CRC 3066 de 2011, así como del numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, toda vez, que Colombia Móvil S.A. E.S.P, no respondió oportuna y adecuadamente la petición presentada por la usuaria el 01 de junio de 2016, generando la ocurrencia del silencio administrativo positivo alegado por la quejosa, por lo que se pudo establecer que el presunto responsable fiscal, la señora **MARIA ELVIRA RESTREPO MARTÍNEZ,** identificado con la C.C. 66.849.703, vicepresidencia de Servicio al cliente de **COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P,** funcionaria competente para autorizar dicho pago, no actuó como gestor fiscal, puesto que del análisis de su contrato de trabajo con la entidad y sus funciones, hay ausencia de gestión fiscal y por tal motivo no se reúnen los requisitos para proferir el correspondiente auto de apertura y en ese orden de ideas, ***se proferirá por parte de esta instancia, el correspondiente archivo del antecedente****, pues ciertamente sería contrario a principios constitucionales y legales adelantar una actuación administrativa en la que hay ausencia en el objeto de responsabilidad fiscal en la cual dicho funcionario no tiene asignado en su contrato de trabajo poder decisorio sobre fondos o bienes del estado puestos a su disposición en un asunto aislado a la gestión fiscal que en la auditoria se analizó.*

En mérito de lo expuesto, el contralor auxiliar de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva en uso de sus facultades legales y constitucionales:

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: ARCHIVAR, el antecedente de hallazgo fiscal detectado por el equipo auditor, remitido a esta dependencia por la contraloría auxiliar de auditoría fiscal telecomunicaciones, con numero de hallazgo 03 y radicado bajo el numero 044-2021, dentro del cual se encuentra, como presunto responsable fiscal, la señora **MARIA ELVIRA RESTREPO MARTÍNEZ**, identificado con la C.C. 66.849.703, vicepresidencia de Servicio al cliente de Colombia Móvil S.A. E.S.P, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 parágrafo 1 de la Ley 610 de 2000 y por las por las razones expuestas en la parte motiva del presente auto.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR, la presente decisión conforme al Artículo 106 de la Ley 1474 de 2011, tanto a la entidad presuntamente afectada, esto es, COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P, así como a la CONTRALORÍA AUXILIAR DE AUDITORÍA FISCAL TELECOMUNICACIONES, por ser quien configuró el hallazgo. Advirtiendo que frente a esta decisión no procede recurso alguno, en aplicación del artículo 75 de la Ley 1437 de 2011 y parágrafo 1 del artículo 39 Ley 610 de 2000.

ARTÍCULO TERCERO: ORDENAR el archivo físico del presente expediente con radicado 044-2021.

ARTÍCULO CUARTO: REMITIR, este Auto y el expediente, al Despacho del Contralor(a), para que surta el respectivo grado de consulta, de conformidad con el Artículo 18 de la Ley 610 de 2000 y, por lo tanto, esta decisión podría ser modificada de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

JUAN EDUARDO CUADROS ACOSTA
Contralor Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva
Proyecto: abogado contratista de apoyo a la gestión: CARLOS AUGUSTO QUINTERO JIMENEZ