RESPONSABILIDAD FISCAL Y JURISDICCIÓN COACTIVA

Medellín, catorce (14) de octubre del año dos mil veintidós (2022)

REFERENCIA: AUTO DE ARCHIVO ANTECEDENTES-HALLAZGO FISCAL	
Entidad presuntamente afectada	UNE EPM Telecomunicaciones S.A. identificada con NIT 900.092.385-9
Hecho investigado	*"Pago sanción administrativa impuesta mediante resoluciones No. 74789 del 17 de diciembre de 2019, confirmada con las resoluciones No. 68172 del 27 de octubre de 2020, por medio de las cuales se resuelven los recursos de reposición y de apelación respectivamente, por incumplimiento al deber previsto en los literales f) y l) del numeral 2.1.3.1.8 del artículo 2.1.3.1 del Capítulo I, Titulo II de la Resolución CRC No 5050 de 2016 que establece: "Mantener disponible información en relación con los siguientes aspectos: f) Alternativas de celebración de contratos, l) Nivel de calidad ofrecido". según visita del 9 de agosto de 2017 a la oficina física de atención de usuarios de UNE EPM Telecomunicaciones S.A., ubicada en la carrera 14 No 18 N – 20 de la ciudad de Armenia (Quindío)".*
Cuantía	DOCE MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIUN MIL SETECIENTOS CUARENTA PESOS M.L. ($12.421.740)

El suscrito Contralor Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, ordena el archivo de antecedentes dentro del **radicado 053-2021** por los hechos relacionados en el hallazgo fiscal número 05 contenido en el informe de la Auditoría Financiera y de Gestión aplicada la Empresa UNE EPM Telecomunicaciones vigencia 2020, remitido a esta dependencia a través del memorando 1107–202100004398 del 8 de junio de 2021, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 267, 268 numeral 5º y 272 incisos 1 y 5 de la Constitución Política, artículo 16 de la Ley 610 de 2000, Ley 1474, 1437 de 2011, y demás normas concordantes, con sustento en los siguientes

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; por intermedio de su Contralor Auxiliar y el Abogado comisionado mediante Auto 313 del 19 de julio de 2022, 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 053-2021**, originado en el traslado de hallazgo fiscal 05 remitido mediante el memorando 202100004398 del 8 de junio de 2021, detectado en la Auditoría Financiera y de Gestión realizada a UNE EPM Telecomunicaciones S.A. vigencia 2020, con fundamento en los siguientes:

FUNDAMENTOS DE HECHO:

PRIMERO: Mediante el memorando **202100004398 del 8 de junio de 2021,** la Contraloría Auxiliar de Auditoria Fiscal de Telecomunicaciones, trasladó a la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva el siguiente hallazgo administrativo con incidencia fiscal detectado en la Auditoría Financiera y de Gestión practicada durante el año 2021 a **UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A.**, por la vigencia 2020.

SEGUNDO: El presunto hallazgo fiscal, tiene como fundamentos fácticos las siguientes observaciones realizadas por el equipo auditor en el formato de traslado de hallazgo, remitido junto al memorando del 8 de junio de 2021, a saber:

> "***Hallazgo administrativo número 5. Correspondiente a la observación número siete (7) del informe preliminar. Debilidades en los procesos internos de respuesta a requerimientos de información originando sanción administrativa impuesta mediante resolución No. 74789***. *En la ejecución de la Auditoria Financiera y de gestión vigencia 2020, se evidenció que UNE EPM Telecomunicaciones S.A., pagó el 11 de noviembre del 2020 mediante comprobante de pago No. 94581626-6 del Banco de Bogotá a nombre de la*

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

*Superintendencia de Industria y Comercio, el valor de **$12.421.740**, afectando la cuenta número 2710055001 (Provisión Litigios y demandas largo plazo), por concepto de sanción administrativa impuesta mediante resoluciones No. 74789 del 17 de diciembre de 2019, confirmada con las resoluciones No. 68172 del 27 de octubre de 2020, por medio de las cuales se resuelven los recursos de reposición y de apelación respectivamente.*

La investigación administrativa se originó por visita que se realizó el 9 de agosto de 2017 a la oficina física de atención de usuarios de UNE EPM Telecomunicaciones S.A., ubicada en la carrera 14 No 18 N – 20 de la ciudad de Armenia (Quindío), se evidenció que el dispositivo tecnológico dispuesto por el proveedor de servicios para la consulta inmediata para los usuarios, presuntamente no contendría la información relativa a las alternativas de celebración del contrato y la información relativa al nivel de calidad ofrecido, presuntamente se encontraba desactualizada, toda vez que el proveedor tenia los indicadores de nivel de calidad correspondiente al cuarto trimestre de 2016.

La Superintendencia consideró que UNE EPM Telecomunicaciones S.A., incumplió el deber a su cargo previsto en los literales f) y l) del numeral 2.1.3.1.8 del artículo 2.1.3.1 del Capítulo I, Titulo II de la Resolución CRC No 5050 de 2016 que establece: "Mantener disponible información en relación con los siguientes aspectos: f) Alternativas de celebración de contratos, l) Nivel de calidad ofrecido".

*Esta situación es constitutiva de un 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 UNE EPM Telecomunicaciones S.A.., hecho que se presentó por deficiencias en los controles en la información que presenta la entidad ante sus clientes, debido a que la información debe ser clara, veraz, suficiente sobre los servicios ofrecidos, su consumo, así como sobre los precios, el cual permita al usuario tener un conocimiento suficiente sobre las condiciones de su adquisición, configurándose por lo tanto un **hallazgo administrativo con presunta incidencia fiscal por valor de $12.421.740".***

TERCERO: De la relación fáctica, descrita en el numeral anterior e identificado el presunto hallazgo fiscal por el equipo auditor, se tiene que el mismo señaló como

suma del presunto daño en DOCE MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIUN MIL SETECIENTOS CUARENTA PESOS M.L. ($12.421.740)

Además, se identificó en el mismo formato de traslado de hallazgo con incidencia fiscal, por parte del equipo auditor de la CAAF Telecomunicaciones como presunta responsable fiscal a:

MARIA ELVIRA RESTREPO MARTINEZ, identificada con la C.C. 66.849.703, Vicepresidente de Servicio al Cliente de UNE EPM Telecomunicaciones S.A.

ACTUACIONES PROCESALES

1. Auto 310 del 21 junio de 2021 por medio del cual se comisionó al abogado FREDY ALEXISGONZALEZ VEGA, para adelantar el trámite del expediente.

2. Memorando 1107–202100004398 del 08 de junio de 2021, con sus respectivos anexos, por medio del cual se trasladó hallazgo número 05, dentro de la Auditoría Financiera y de Gestión evaluación estados financieros y presupuesto UNE EPM Telecomunicaciones vigencia 2020.

3. CD con el soporte probatorio referido al hallazgo número 05.

4. Auto 113 del 10 de marzo de 2022 por medio del cual se comisionó al abogado ALBEIRO DE JESUS PIEDRAHITA GÓMEZ, para adelantar el trámite del expediente.

5. Auto 280 del 01 de julio de 2022 por medio del cual se comisionó al abogado JUAN DIEGO GONZALEZ PUERTA, para adelantar el trámite del expediente.

6. Auto 313 del 19 de julio de 2022 por medio del cual se comisiona al Abogado CARLOS AUGUSTO QUINTERO JIMÉNEZ para adelantar el trámite del expediente.

PRUEBAS RECAUDADAS

1. Memorando de traslado de hallazgo 202100004398 del 8 de junio de 2021, con los documentos soportes anexos, de los cuales se resaltan.

2. Resolución 74789 de la Superintendencia de industria y comercio del 17 de diciembre de 2019, por medio de la cual impuso sanción por valor de $12.421.740, (Carpeta digital 1*)*

3. *Oficio N°17-294663 por medio del la Entidad Auditada presentó memorial interponiendo el recurso de reposición y en subsidio el de apelación en contra de la resolución 74789 del 17 de diciembre de 2019 (carpeta digital 1)*

4. Resolución 68172 del 27 de octubre de 2020 por medio de la cual, la Superintendencia de industria y comercio resolvió los recursos y confirmó la sanción dineraria impuesta en la resolución objeto de ataque (carpeta digital 1)

5. Acta o ayuda de memoria número 06 (carpeta digital 1).

6. Acta o ayuda de memoria número 11 (carpeta digital 1)

7. Contrato de trabajo de la señora Mario Elvira Restrepo M., (carpeta digital 1)

8. Manual de Funciones de la Vicepresidencia del servicio al Cliente, (carpeta digital 1).

9. Formato debidamente diligenciado de traslado de hallazgos, (carpeta digital 1)

10. Informe definitivo de Auditoría, (carpeta digital 1)

11. Informe preliminar de Auditoría, (carpeta digital 1).

12. Oficio número 202100001691 por medio del cual se solicitó información, (carpeta digital 1).

13. Póliza número 44850, vigencia del 1 de abril de 2020 al 31 de marzo del 2021, de la Compañía de seguros CHUBB Seguros de Colombia, (carpeta digital 1)

14. Respuesta que otorgó la Entidad Auditada respecto de las observaciones elaboradas con ocasión de la Auditoría, (carpeta digital 1).

15. Oficio número 01-70-20-05-2021-00713153, contentivo de respuesta que presentó la Entidad Auditada sobre solicitud de información, (carpeta digital 1)

16. Oficio número 01-70-28-05-2021-00713299, en virtud del cual la Entidad Auditada remitió respuesta a información solicitada, (carpeta digital 1).

17. Oficio número 202100001494, por medio del cual se solicitó información, (carpeta digital 1)

18. Comprobante de pago 94581626-6 del 11 de noviembre de 2020 del banco de Bogotá nombre depositante UNE EPM a favor de Superintendencia de Industria y Comercio por valor de $12.421.740 (carpeta digital 1*)*

19. Memorando número 202100004398 del 8 de junio de 2021 por medio del cual el Contralor Auxiliar de Auditoría fiscal Telecomunicaciones corrió traslado del hallazgo que ocupa esta causa fiscal ante la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad fiscal y jurisdicción Coactiva, (carpeta digital 2).

20. Formato debidamente diligenciado de traslado de Hallazgos, (carpeta digital 3).

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.

-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)

- Sentencia C-840 de 2001, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería, Expediente D-3389.

-Sentencia SU-431 de 2015 del 9 julio de 2015, Sala Plena de la Corte Constitucional Magistrado Ponente LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ Expediente T-4.124.790.

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

-Sentencia del 19 de mayo de 2016 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera, Consejera Ponente MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ, radicación 68001-23-33-000-2013-01024-01

-Sentencia del 30 de enero de 2020 Consejo de Estado, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación 41001-23-31-000-1996-08597-01

-Concepto **OAJ-004-2022 del 7 de julio de 2022,** Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría General de Medellín, mediante el cual dictó *"línea temática de multas y sanciones administrativas. Relación con la gestión fiscal. Viabilidad del proceso de responsabilidad fiscal"*

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Teniendo en cuenta el hallazgo fiscal remitido por el equipo auditor de la referencia, corresponde a este Despacho determinar ¿Existe mérito para iniciar proceso de responsabilidad fiscal dentro del radicado 053-2021? O por el contrario ¿Se podría terminar dicho trámite administrativo ordenando archivo de antecedentes?

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*

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

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…"*

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."
-Subraya fuera de texto-

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:

[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."

- Un daño patrimonial al Estado.

- 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, 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"*

La Jurisprudencia y la Doctrina han considerado que el daño es la columna vertebral de la responsabilidad fiscal, como en la Sentencia del 16 de febrero de 2012[7] de la Sección Primera del Consejo de Estado:

> *"…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-

[6] Modificado por el artículo 126 del Decreto Ley 403 de 2020.
[7] 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

Y el Doctrinante Uriel Amaya Olaya, según el cual:

> *"[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."*[8]

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**.

TERCERO: El segundo elemento de la responsabilidad fiscal es la **conducta,** que corresponde al elemento subjetivo, y debe ser cometida a título de dolo o culpa grave, por parte de 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.

Entonces, supone esa conducta, una doble connotación:
-Ser realizada a título de culpa grave o dolo
-Una Gestión fiscal

Así, la Responsabilidad Fiscal sólo puede ser consecuencia del actuar doloso o gravemente culposo de los gestores fiscales o de quienes, con ocasión de esa gestión fiscal, participen, concurran, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la configuración de un detrimento patrimonial al Estado, sean servidores públicos o particulares.

Otro aspecto importante a tener en cuenta, en estas consideraciones por parte del Despacho, tiene que ver, con aquellas actuaciones administrativas realizadas por los servidores públicos o particulares que manejan bienes o recursos públicos, cuando comprometen el patrimonio público y éste resulta afectado por el pago de una sanción o multa. Caso en el cual, sólo se puede predicar la posibilidad de iniciar acción fiscal, si la sanción o multa, es consecuencia de una **GESTIÓN FISCAL**, realizada por un servidor público o particular que maneja bienes o recursos públicos

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

puestos a su disposición, de lo contrario se estaría en un asunto carente de objeto de RESPONSABILIDAD FISCAL. (Artículos 1, 3 y 4 de la ley 610 de 2000)

Entonces, 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 artículo 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 artículo 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 GESTIÓN FISCAL:

- 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
- PARTICULARES QUE TENGAN CAPACIDAD DECISORIA FRENTE A LOS FONDOS O BIENES DEL ERARIO 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 determinó:

> *(…) "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 pública 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."*

Además, que:

> *"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 sólidum 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. 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."*

Agregando que en cada caso se debe examinar si la conducta desplegada guarda relación con la noción de gestión fiscal de que trata el artículo 3 de la Ley 610 de 2000. Es decir, se debe estar frente al ejercicio de gestión fiscal, o encontrarse en una relación de conexidad próxima y necesaria para el desarrollo de ésta:

> *"Por lo tanto, 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 respetivos 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".

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, (l) 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 (ll) la conducta generadora de responsabilidad solo es aquella desarrollada de forma dolosa o gravemente culposa". (…)

CUARTO: Finalmente, el elemento **nexo causal** entre la conducta dolosa o gravemente culposa del sujeto que realiza gestión fiscal y el daño patrimonial, se orienta a establecer que, para efectos del proceso de responsabilidad fiscal, se hace necesario que el servidor público o el particular (gestores fiscales) produzcan daño fiscal con dolo o culpa grave, y lo hagan sobre bienes, rentas o recursos que se hallen bajo su esfera de acción en virtud del respectivo título habilitante. Así, entre la conducta y el daño debe existir una relación determinante y condicionante de causa - efecto, de manera que el daño ocasionado al erario, sea el resultado de un comportamiento activo u omisivo del gestor fiscal.

QUINTO: Retomando el tema de la gestión fiscal, la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría General de Medellín, emitió Concepto **OAJ-004-2022 del 7 de julio de 2022,** con objeto *"línea temática de multas y sanciones administrativas. Relación con la gestión fiscal. Viabilidad del proceso de responsabilidad fiscal",* en el cual desarrolló la tesis según la cual, **las multas o sanciones administrativas impuestas a las entidades públicas que generan responsabilidad fiscal son aquellas que están vinculadas con actos propios de gestión fiscal.** Lo cual impone que se analice esta figura en cada caso, para determinar si procede o no el inicio de acción fiscal cuando el hallazgo describe el pago de sanciones o multas.

En ese sentido, sostiene que las multas se imponen o son aplicadas por transgredir conductas prescritas por el legislador; y que cuando es impuesta **por un acto**

desprovisto de la condición de acto de gestión fiscal, no es procedente acudir al proceso de responsabilidad fiscal para recuperar lo desembolsado por la Entidad para cancelar esa multa o sanción, sino que se debe acudir a otro tipo de responsabilidad: disciplinaria, administrativa, civil o penal.

Además, que para llegar a tal conclusión, se debe establecer que los actos encuadran dentro de aquellos de gestión fiscal, y sólo en el evento de comprobarse la existencia de conductas o actos de gestión fiscal, desarrollados por un servidor público o particular que maneja bienes o recursos públicos, que ostenta la titularidad dispositiva y decisoria sobre esos recursos o fondos; en el marco de sus deberes funcionales que contemplen una obligación expresa de impedir el resultado o realizar la acción omitida, podría adelantarse un proceso de responsabilidad fiscal.

Se propone que frente al pago de sanciones o multas se respondan las siguientes preguntas, para determinar si estamos frente a un reproche de carácter fiscal que deba investigarse a través de un proceso de responsabilidad fiscal: ***"¿El valor pagado (operación) por concepto de la multa es imputable a un gestor fiscal, y la conducta sancionada es violatoria del manual de funciones, la Ley o el acto de delegación o el contrato? ¿La multa o sanción impuesta fue consecuencia de una gestión fiscal en tanto implicó el manejo y disposición de fondos y bienes del Estado?"***

SEXTO: En ese orden de ideas, se procederá a analizar el caso concreto del radicado **053-2021**, realizando el ejercicio propuesto en el referido documento, y de esta manera sustentar la decisión de esta Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, para lo cual se traerá a colación el **origen de la sanción impuesta** a UNE EPM Telecomunicaciones S.A.

por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, tenemos que dicha Entidad realizó una visita a las instalaciones de UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. el día 09 de agosto de 2017 en la carrera 14 N° 18N-20, en la ciudad de Armenia - Quindio, con el fin de verificar el cumplimiento de las normas del Régimen de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones (RPU), compiladas en la Resolución CRC 5050 de 2016 y las instrucciones impartidas en la Circular Única de la SIC. De la visita, se advirtió una posible transgresión a lo previsto en el numeral 2.1.3.1. "deber de información" -2.1.3.1.80 "Mantener disponible información en relación con los siguientes aspectos" –"f. Alternativas de celebración de contratos" y "i. Nivel de calidad ofrecido" de la resolución CRC 5050 de 2016, en concordancia con lo

dispuesto en el literal c) del número 1.1.1.1. del capítulo primero del Título III de la circular única de la Superintendencia de Industria y Comercio de 20110.

En concreto la obligación se circunscribe al deber de mantener a disposición de los usuarios la información de manera clara, transparente, veraz y oportuna, nótese que lo que pretende la norma en comento es la protección a los usuarios en el acceso a la información.

No obstante a lo anterior la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO detectó fallas técnicas en el dispositivo tecnológico dispuesto por el proveedor de servicios para consulta inmediata de los usuarios, no contenía la información relativa a las alternativas de celebración del contrato y la información relativa al nivel de calidad ofrecido presuntamente se encontraría desactualizada, si bien es cierto, incumplió en parte el Régimen de Protección de Usuarios de Comunicaciones, **al no disponer de puntos de control tendientes a mantener actualizo el dispositivo tecnológico dispuesto por el proveedor de servicios para consulta inmediata de los usuarios,** incumpliéndose así las obligaciones establecidas en los literales f y l del numeral 2.1.3.8 del artículo 2.1.3.1 del capítulo 1, título II de la sección 2 de la Resolución CRC número 5050 de 2016 en concordancia con lo dispuesto en el literal c del numeral 1.1.1.1 del Capitulo primero del título III DE LA CIRCULAR Única de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Como consecuencia de las fallas que detectó la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, ya indicadas, previo proceso investigativo **impuso a la Empresa UNE TELECOMUNICACIONES una sanción consistente en el pago de DOCE MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIUN MIL SETECIENTOS CUARENTA PESOS M.L. ($12.421.740)**, a través de la Resolución número 74789 del 17 de diciembre de 2019, debidamente confirmada por la resolución número 68172 del 27 de octubre de 2020, sanción que fue cancelada, así consta en formato de consignación número 94581626-6 del 11 de noviembre de 2020.

SÉPTIMO: Frente a la pregunta: *¿La multa o sanción impuesta fue consecuencia de una gestión fiscal en tanto implicó el manejo y disposición de fondos y bienes del Estado?*

Ya está claro que la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC- en el proceso administrativo sancionatorio, determinó que UNE EPM Telecomunicaciones S.A., incurrió a voces de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO en fallas técnicas detectadas en el dispositivo tecnológico dispuesto por el proveedor de servicios para consulta inmediata de los usuarios, no contenía la información

relativa a las alternativas de celebración del contrato y la información relativa al nivel de calidad ofrecido presuntamente se encontraría desactualizada, si bien es cierto, incumplió en parte el Régimen de Protección de Usuarios de Comunicaciones, **al no disponer de puntos de control tendientes a mantener actualizo el dispositivo tecnológico dispuesto por el proveedor de servicios para consulta inmediata de los usuarios,** incumpliéndose así las obligaciones establecidas en los literales f y l del numeral 2.1.3.8 del articulo 2.1.3.1 del capitulo 1, titulo II de la sección 2 de la Resolución CRC número 5050 de 2016 en concordancia con lo dispuesto en el literal c del numeral 1.1.1.1 del Capitulo primero del titulo III DE LA CIRCULAR Única de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Pese, lo anterior, la conducta omisiva de la presunta responsable en el caso que nos ocupa, no comporta un acto de gestión fiscal, toda vez que al realizar la adecuación de tipicidad administrativa de cara a los supuestos facticos de que trata el artículo 3 de la Ley 610 de 2000, no implica el manejo o administración de recursos o fondos públicos en orden a cumplir los fines esenciales del estado, dado que la sanción y pago de la sanción por **DOCE MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIUN MIL SETECIENTOS CUARENTA PESOS M.L. ($12.421.740),** sanción impuesta a través de la Resolución número 74789 del 17 de diciembre de 2019, debidamente confirmada por la resolución número 68172 del 27 de octubre de 2020,

En definitiva y de acuerdo que antecede la multa no se originó en virtud de un acto de disposición de recursos o bienes públicos, sino que es meramente administrativa, operativa, por tanto, no es posible iniciar un proceso de responsabilidad fiscal dentro del radicado **053-2021.**

Así lo sostuvo la Corte Constitucional, en la pluricitada Sentencia C-840 de 2001, cuando señaló:

> *"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.*** *Advirtiendo que esa especial responsabilidad está referida exclusivamente a los fondos o bienes públicos que hallándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento en la forma y condiciones prescritos por la ley.* ***La gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados****".* –Subraya y negrilla fuera de texto-

Y el Consejo de Estado, en Sentencia del 23 de septiembre de 2007[9] cuando fijó como alcance al concepto de la gestión fiscal:

> *"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 esté referida a recursos o fondos públicos y su aplicación para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado****, como se lee en el artículo 3 de la Ley 610 de 2000…"* –Subraya y negrilla fuera de texto-

Y se lee también del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, expresado dentro del Radicado núm. 1522 (4 de agosto de 2003, Consejero ponente doctor Flavio Rodríguez Arce), en el cual se precisó lo siguiente:

> *"En consecuencia, se deduce responsabilidad fiscal por la afectación del patrimonio público en desarrollo de actividades propias de la gestión fiscal o vinculadas con ella, cumplida por los servidores públicos o los particulares que administren o manejen bienes o recursos públicos. Al respecto la Corte Constitucional, al resolver sobre la constitucionalidad del artículo 1° de la ley 610, señaló: "… En concordancia con estos lineamientos estipula el artículo 7 de la ley 610: "(...) únicamente procederá derivación de responsabilidad fiscal cuando el hecho tenga relación directa con el ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables". Y a manera de presupuesto el artículo 5 de esta ley contempla como uno de los elementos estructurantes de la responsabilidad fiscal, "la conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal"...".*

Si bien es cierto que, en el caso *subexamen* resulta improcedente iniciar un proceso de responsabilidad fiscal, no quiere decir, que no pueda acudir a otra vía para investigar lo sucedido, por vulnerar el Régimen de Protección de Usuarios de Comunicaciones, habida cuenta que a voces de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO se detectaron fallas técnicas en el dispositivo tecnológico dispuesto por el proveedor de servicios para consulta inmediata de los usuarios, no contenía la información relativa a las alternativas de celebración del contrato y la información relativa al nivel de calidad ofrecido presuntamente se encontraría desactualizada, si bien es cierto, incumplió en parte el Régimen de Protección de Usuarios de Comunicaciones, en tal virtud se procederá a dar aplicación al artículo 125 de la Ley 1474 de 2011, es decir se procederá a compulsar copias ante la Oficina de Control Interno Disciplinario de UNE EPM Telecomunicaciones S.A., con el fin de que allí se determine si hay merito o no para que se adelante la correspondiente Acción Disciplinaria.

[9] Consejo de Estado, Sentencia del 23 de septiembre de 2007 M.P. Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta radicación 25000-23-24-000-2001-01039-01.

OCTAVO: Con relación a la pregunta: "*¿El valor pagado (operación) por concepto de la multa es imputable a un gestor fiscal, y la conducta sancionada es violatoria del manual de funciones, la Ley o el acto de delegación o el contrato?*

NOVENO: Por las razones anteriormente expuestas, esta Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva**,** ha llegado a la conclusión que pese a verificarse que UNE EPM Telecomunicaciones S.A. pagó sanción en modalidad de multa[10] a la Superintendencia de Industria y Comercio, por la suma de **DOCE MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIUN MIL SETECIENTOS CUARENTA PESOS M.L. ($12.421.740),** el origen de la sanción impuesta a través de la Resolución número 74789 del 17 de diciembre de 2019, debidamente confirmada por la resolución número 68172 del 27 de octubre de 2020, sanción que se originó por fallas técnicas detectadas por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO en el dispositivo tecnológico dispuesto por el proveedor de servicios para consulta inmediata de los usuarios, no contenía la información relativa a las alternativas de celebración del contrato y la información relativa al nivel de calidad ofrecido presuntamente se encontraría desactualizada, **lo cual a la luz de la normativa y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, no comporta un acto de gestión fiscal, es decir los supuestos facticos que dieron lugar a la sanción dineraria no encuadra en los presupuestos normativos consagrados por el Legislador en el artículo 3 de la Ley 610 de 2000.**

Aunado a lo que antecede hay tener en cuenta que la señora **MARIA ELVIRA RESTREPO MARTINEZ**, identificada con la C.C. 66.849.703, Vicepresidente de Servicio al Cliente de UNE EPM Telecomunicaciones S.A., a que señaló el Equipo Auditor como presunta responsable frente al caso que nos ocupa, no dan cuenta del manejo de fondos o bienes del Estado puestos a su disposición, ni implican la titularidad administrativa o dispositiva de los mismos, por tanto, no actúa como gestora fiscal.

Por todo lo anterior, entendiendo que en el hecho esbozado en el proceso auditor no se acreditó como una situación que revistiera el carácter de gestión fiscal, se archivan los antecedentes del expediente **radicado 053-2021**, conforme a lo estipulado en el artículo 16 de la Ley 610 de 2000, según el cual:

[10] Ver constancia de pago, según formato de consignación número 94581626-6 del 11 de noviembre de 2020 por valor de **DOCE MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIUN MIL SETECIENTOS CUARENTA PESOS M.L. ($12.421.740), con ocasión de la multa impuesta a través de la** Resolución número 74789 del 17 de diciembre de 2019, debidamente confirmada por la resolución número 68172 del 27 de octubre de 2020.

> ***"ARTÍCULO 16.*** *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."* – Subraya y negrilla fuera de texto-

Por todo lo anterior este Despacho,

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 mediante memorando de traslado 1107–2021100004398 del 08 de junio de 2021, con numero de hallazgo (05) y radicado bajo el número **053-2021**, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 610 de 2000 por las razones expuestas en la parte motiva del presente auto.

ARTÍCULO SEGUNDO: REAPERTURA. En el evento que con posterioridad aparecieren nuevas pruebas que desvirtúen los fundamentos que sirvieron de base para el archivo o se demuestre que la decisión se basó en prueba falsa, se ordenará la reapertura de la actuación fiscal, de conformidad con el artículo 17 de la Ley 610 de 2000.

ARTÍCULO TERCERO: Compulsar copias ante la Oficina de Control Interno Disciplinario de UNE EPM Telecomunicaciones S.A., con el fin de que allí se determine si hay merito o no para que se adelante la correspondiente Acción Disciplinaria.

ARTÍCULO CUARTO: RECURSOS Contra la presente decisión no procede recurso alguno en aplicación del artículo 75[11] de la Ley 1437 de 2011.

[11] **"ARTÍCULO 75. *Improcedencia*.** No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa. "Nótese que esta norma fue *declarada EXEQUIBLE, mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-007 de 2017)"*

ARTÍCULO QUINTO: ORDENAR el archivo físico del presente expediente con RADICADO **053-2021**.

CÚMPLASE

JUAN EDUARDO CUADROS ACOSTA
Contralor Auxiliar de Responsabilidad Fiscal
y Jurisdicción Coactiva

Proyectó: CARLOS AUGUSTO QUINTERO JIMENEZ
Abogado contratista de apoyo a la gestión: