



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA**

Bogotá D.C., trece (13) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

CONSEJERO PONENTE: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Radicación: 05001-2333-000-2018-01146-01
Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar
Demandado: Municipio de Medellín y la Contraloría General de Medellín
Asunto: Responsabilidad fiscal – inexistencia de gestión fiscal por conexidad próxima y necesaria

SALVAMENTO DE VOTO

De manera respetuosa expongo las razones por las cuales, salvo mi voto, en relación con la sentencia de 25 de agosto de 2022, providencia judicial en la cual se ordenó:

«**PRIMERO: CONFIRMAR** los ordinales primero, tercero y cuarto de la sentencia proferida, en primera instancia, el 23 de octubre de 2019, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia proferida, en primera instancia, el 23 de octubre de 2019, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el cual quedará como se señala a continuación:

[...] **SEGUNDO:** En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, SE ORDENA al Municipio de Medellín que reintegre a la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar, el dinero que le entregó con el fin de dar cumplimiento al fallo de responsabilidad fiscal contenido en la Resolución núm. 011 de 6 de diciembre de 2017; confirmado mediante auto de 2 de enero de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. A título de restablecimiento del derecho, se CONDENA a la Contraloría General de Medellín, a pagar a la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar, la indexación de la suma que el Municipio de Medellín entregue a la parte demandante, con ocasión del cumplimiento de lo dispuesto en esta providencia [...]». (Destacado es original)

1. La Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar, en ejercicio del mecanismo de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del CPACA, instauró demanda en contra del municipio de Medellín y de la Contraloría General de Medellín, con miras a cuestionar el Fallo con Responsabilidad Fiscal contenido en el Acta núm. 011 de 6 de diciembre de 2017 y en el Auto núm. 001 de 2 de enero de 2018 23 (parcial), por medio del cual se resolvieron los recursos de apelación y se decidió el grado de consulta, concretamente, en la parte que declaró responsable fiscalmente a la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar, por la suma de \$331.068.714.00.



Radicado: 05001-2333-000-2018-01146-01

Demandante: Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar

Demandado: Municipio de Medellín y la Contraloría General de Medellín

2. La parte demandante consideró que los actos administrativos demandados fueron expedidos transgrediendo las siguientes disposiciones normativas: los artículos 2° y 29 de la Constitución Política; 1°, 2° y 3° de la Ley 610 de 15 de agosto de 2004 y; 97 de la Ley 1474 de 12 de julio de 2011; violación que sustentó en los siguientes argumentos:

«(a) [...] [I]nexistencia de daño «[...] porque el servicio se prestó mediante la compensación con trabajo físico por los trabajadores quienes laboraron 1 hora adicional de lunes a viernes y 8 horas los sábados desde el 22 de noviembre de 2010 al 26 de febrero de 2011»; [...] (b) «[I]nexistencia de dolo o culpa grave de la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar [...] los hechos expuestos por la Contraloría General de Medellín, no se puede predicar dolo o culpa grave de la parte demandante porque no existió daño ni detrimento patrimonial; su conducta fue la de presentar una factura de cobro por los servicios que prestó en enero de 2011; circunstancia que no se puede tildar de conducta dirigida a causar un daño; además, emitir una factura por servicios prestados es legal para el cobro de lo debido [...]» y; (c) «[...] Falsa motivación [...] i) los hechos que la administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa»; y ii) «la administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que de haberse considerado habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente».

3. El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante fallo de 23 de octubre de 2019, declaró la nulidad parcial de las decisiones enjuiciadas, al considerar que, si bien en el presente caso se demostró el daño antijurídico, en tanto: «[...] *no hubo compensación en horas laborales del 11 de Enero al 26 de Febrero de 2011, como lo pregonan los presuntos responsables, por tanto queda probado lo dicho por la Auditoría, en el sentido de que en el lapso del 1 al 10 de Enero de 2011, el contrato se encontraba suspendido por consiguiente en ese lapso no se prestó el servicio y se pagó sin tener en cuenta dicha suspensión, ello produjo un daño patrimonial, que conforme a la aclaración en cuanto al valor pagado por este tiempo, se hizo en cuantía de \$259.123.322*», lo cierto era que no se estructuró uno de los elementos integrantes de la responsabilidad fiscal, concretamente el referido a la gestión fiscal.

4. La Sección Primera del Consejo de Estado, al decidir en segunda instancia los recursos de apelación interpuestos por el municipio de Medellín y por la parte demandante, resolvió confirmar la decisión de primera instancia, en cuanto declaró la nulidad parcial de los actos administrativos enjuiciados y modificó la orden de restablecimiento del derecho decretada por el *a quo*.

5. En la sentencia de la cual me aparto, se plantearon como problemas jurídicos los siguientes:

«[...] 22.1. Si en el presente asunto se materializó, en el representante legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar, el ejercicio de gestión fiscal que pudiera llevar a la parte demandada a atribuirle responsabilidad fiscal con ocasión del contrato núm. 4600026771 que suscribió con la Secretaría de Educación del Municipio de Medellín;



Radicado: 05001-2333-000-2018-01146-01

Demandante: Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar

Demandado: Municipio de Medellín y la Contraloría General de Medellín

22.2. Si como lo manifiesta el apoderado del Municipio de Medellín, la orden del a quo, en el sentido de ordenarle a la entidad territorial, “[...] reintegrar a la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar, las sumas canceladas por ésta con ocasión del fallo de responsabilidad fiscal radicado N° 021 de 2013, emitido en su contra, debidamente actualizadas en su valor [...]”, no era posible porque la orden de indexación debió dirigirse contra la Contraloría General de Medellín por ser la autoridad que expidió los actos acusados y quien causó el perjuicio; en caso de que ello sea así; 22.3. Si: i) el fallo con responsabilidad fiscal contenido en el Acta núm. 011 de 6 de diciembre de 2017; y ii) el Auto núm. 001 de 2 de enero de 2018, por medio del cual se resuelven unos recursos de apelación y se resuelve el grado de consulta, emitidos por la Contraloría General del Departamento de Medellín; se deben mantener en el ordenamiento jurídico por haberse expedido con sujeción a la Constitución y la ley; como consecuencia de lo anterior».

6. La Sala, luego de efectuar un análisis de los elementos de prueba allegados al proceso, sostuvo que en el *sub examine* no concurrían los presupuestos para considerar que la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar haya actuado como gestor fiscal, encontrando que en el presente caso no estaba acreditado uno de los elementos de la responsabilidad fiscal.

7. La sentencia de 25 de agosto de 2022, debió analizar, en primer término, el elemento del daño como presupuesto central de la responsabilidad fiscal, lo que significa que verificada su existencia era posible proceder con el análisis de los demás elementos que la configuran, es decir, una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal y un nexo causal entre los dos elementos anteriores. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado:

«[E]l artículo 3.º de la Ley 610 definió el alcance de la gestión fiscal como el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas que manejen o administren recursos o fondos públicos y cuyo objeto, conforme el artículo 4.º *ibídem*, es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizaron la gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. A su vez, el parágrafo 1.º del citado artículo determinó que “[...] la responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad [...]”, correspondiéndole a cada uno consecuencias diferentes. De lo anterior se coligen tres elementos de la responsabilidad fiscal: **i) elemento objetivo, consistente en que exista prueba que acredite con certeza, por un lado, la existencia del daño al patrimonio público, y, por el otro, su cuantificación; ii) elemento subjetivo, que evalúa la actuación del gestor fiscal y que implica que aquél haya actuado al menos con culpa y iii) elemento de relación de causalidad, según el cual debe acreditarse que el daño al patrimonio sea consecuencia del actuar del gestor fiscal.** En suma, el proceso de responsabilidad fiscal conduce a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño



Radicado: 05001-2333-000-2018-01146-01

Demandante: Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar

Demandado: Municipio de Medellín y la Contraloría General de Medellín

causado al erario público por su conducta dolosa o culposa¹). (Destacado fuera de texto)

8. A mi juicio, el primer elemento que integra la responsabilidad fiscal, es decir, el referido al daño patrimonial sí quedó demostrado en tanto que el contrato núm. 4600026771 suscrito entre el municipio de Medellín y la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar, fue suspendido entre el 17 de diciembre de 2010 hasta el 10 de enero de 2011; sin embargo, y a pesar de lo anterior, el día 1° de julio de 2011 la demandante radicó la factura de cobro núm. 179121 por la suma de \$869'913.076 por concepto de servicios prestados entre el 1° y el 25 de enero de 2011, quedando comprendidos, entonces, los días en los cuales tal negocio jurídico se encontraba suspendido.

9. Además, en el caso que nos ocupa, no solo la Sala omitió analizar la figura prevista en el artículo 1715 del Código Civil, sino que además no había lugar a la aplicación de la compensación como forma de extinción de las obligaciones, puesto que no concurrían los presupuestos previstos en el citado canon normativo, en tanto las obligaciones recíprocas no están expresadas en dinero o en cosas fungibles; tal y como lo justificó el órgano de control fiscal en las decisiones censuradas. Nótese, en tal sentido, que el artículo 1715 del Código Civil dispone lo siguiente:

«ARTÍCULO 1715. <OPERANCIA DE LA COMPENSACION>. La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes:

- 1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.
- 2.) Que ambas deudas sean líquidas; y
- 3.) Que ambas sean actualmente exigibles».

10. Cabe resaltar que, si en gracia de discusión se admitiera que era aplicable la citada figura, lo cierto es que en el referido contrato no se pactó expresamente que los días no laborados podían ser objeto de compensación. Colofón de lo anterior, los elementos de juicio aportados al proceso no otorgan certeza en torno a que, en efecto, tal compensación de tiempos existió, pues como lo evidenció el ente de control fiscal las pruebas «[...] consisten en una relación de operarios (folios, 1 al 200 del cuaderno de pruebas 1), de Brilladora la Esmeralda, contratista que nada tiene que ver con el Contrato Nro. 4600026771, donde funge como contratista la Cooperativa Recuperar, y la relación de operarios que se presenta a folios 172 a 2001 del cuaderno de pruebas 1, titulado "Contrato Colegio Compensación enero 2011" no se discrimina allí a qué contrato se refiere y menos aún se especifica horas

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, radicado: 68001-23-31-000-2011-01021-01, actor: Edgar Cote Gravino, demandado: Contraloría General de la República, MP: Hernando Sánchez Sánchez.



Radicado: 05001-2333-000-2018-01146-01

Demandante: Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar

Demandado: Municipio de Medellín y la Contraloría General de Medellín

laboradas como compensación; son todas estas pruebas las que llevan a concluir al despacho que no hubo compensación del 1 al 10 de Enero de 2011».

11. De otro lado, la providencia de la cual me aparto consideró que la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar no actuó como gestor fiscal, con fundamento en los siguientes argumentos:

«[...] En la cláusula primera, como objeto del contrato, se estableció que: “[...] EL CONTRATISTA se obliga para con el MUNICIPIO a prestar SERVICIOS GENERALES Y ASEO PARA LAS 227 INSTITUCIONES EDUCATIVAS OFICIALES Y CENTROS EDUCATIVOS OFICIALES DEL MUNICIPIO DE MEDELLÍN CON SUS RESPECTIVAS SECCIONES [...]”; así las cosas, la descripción del objeto del contrato no deja dudas que lo suscrito entre el Municipio de Medellín, Secretaría de Educación y la parte demandante, es un contrato de prestación de servicios en el que se desarrollarían funciones netamente operativas que se pagarían mes vencido una vez verificado por el interventor del contrato su prestación (Destacado original del texto)

En la cláusula cuarta se especificó que el contratista tendría las siguientes obligaciones: i) presentar los informes que la administración municipal considere necesarios para un mejor control del contrato; ii) presentar la programación semanal de visitas a efectuar por el coordinador; iii) entregar los miércoles la programación de visitas a efectuar los fines de semana; iv) contratar un coordinador independiente a los supervisores que sirva de puente entre el contratante y el contratista; organice y evalúe el trabajo de los empleados; administre los equipos y maquinaria para garantizar la ejecución del contrato; implemente un programa de calidad; reciba, difunda y practique los criterios técnicos que imparta el contratante; coordine con el contratante la vigilancia y evaluación de los trabajos; inspeccione los trabajos y su calidad; garantice la aplicación de las normas sobre seguridad industrial y salud ocupacional; ordene la corrección de los trabajos realizados; oriente, facilite y coordine los empleados para el desempeño de sus funciones; controle el uso de los implementos de aseo; vigile y supervise la prestación del servicio en las áreas de aseo; responda para que la prestación del servicio se cumpla dentro de las condiciones establecidas por el contratante; responda por la protección de los bienes de propiedad del contratante; atienda y resuelva los problemas disciplinarios del personal del contratista; y responda por el estado y protección de la totalidad de los elementos de propiedad del municipio.

[...]

67. Conforme con lo expuesto, los contratistas del Estado sí pueden ser objeto de atribución de responsabilidad fiscal por conexidad próxima y necesaria con la gestión fiscal, así lo ha aceptado esta Sala; sin embargo, como se señaló, una conclusión en ese sentido por la Contraloría General de la República o las contralorías del nivel territorial debe obedecer al estudio de las diferentes situaciones que se hayan presentado durante la ejecución de un contrato; para el caso específico, el de prestación de servicios.

[...]

69. La Sala considera que, por su naturaleza o esencia, el contrato núm. 4600026771 de 2010, suscrito entre la parte demandante y el Municipio de Medellín, Secretaría de Educación, es de aquellos que la Ley 80 de 1993 y la jurisprudencia del Consejo de Estado reconocen como de prestación de



Radicado: 05001-2333-000-2018-01146-01

Demandante: Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar

Demandado: Municipio de Medellín y la Contraloría General de Medellín

servicios; lo anterior, porque es incuestionable que la parte demandante se obligó a prestar unos servicios de aseo y mantenimiento a las 227 instituciones educativas oficiales de la entidad territorial y esta, a su vez, se comprometió a pagar, mes vencido, por ese servicio una vez aquel se hubiera recibido a satisfacción por el interventor del contrato que designó el Municipio de Medellín, Secretaría de Educación.

[...]

89. En criterio de esta Sala, **la atribución de responsabilidad fiscal contra la parte demandante por conexidad próxima y cercana con la gestión fiscal, procedería si: i) dentro del expediente no obrara prueba de la compensación de los tiempos; ii) que los funcionarios del Municipio de Medellín nunca tuvieron conocimiento de la existencia de esa compensación; y iii) que, en efecto, el pago se obtuvo fraudulentamente mediante la presentación de una cuenta de cobro sin el lleno de los requisitos contractuales; no obstante, ninguna de las situaciones numeradas está demostrada, motivo por el cual, en principio, no se advierte que a la parte demandante se le pudiera atribuir responsabilidad fiscal.**

90. Ahora bien, **la Sala reconoce que entre el 1 y el 10 de enero de 2011 el contrato núm. 4600026771 de 2010 se encontraba suspendido y que la factura que se presentó para el cobro envolvía esos días sin consideración a que el tiempo compensado al parecer se dio entre noviembre y diciembre de 2010 y enero y febrero de 2011;** sin embargo, esta situación en relación con la parte demandante podría ser causa de investigación; sin embargo, no de una de carácter fiscal porque está demostrado, de acuerdo con la naturaleza del contrato de prestación de servicios y las cláusulas contractuales en él inmersas, que el servicio se prestó y se recibió; en consecuencia, cualquier actuación que se pudiera adelantar contra la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar y su representante legal sería de otra clase pero, se insiste, no de carácter fiscal.

91. La Sala considera que el argumento de la parte demandada, según el cual, de conformidad con el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, existe responsabilidad solidaria entre el ordenador del gasto, los contratistas y quienes coadyuvan con el detrimento patrimonial, motivo por el cual a la parte demandante sí se le podía atribuir responsabilidad fiscal, no está llamado a prosperar porque, en el caso concreto, ante la probada ausencia de prueba que la actuación de la parte demandante sí está en conexidad próxima y necesaria con la gestión fiscal, **tampoco es posible hablar, en el caso concreto, de responsabilidad solidaria; la conclusión anotada encuentra asidero en la sentencia C-338 de 4 de junio de 201464, conforme a la cual “[...] La aplicación de los efectos de la solidaridad sólo tiene lugar ante la existencia de un presupuesto jurídico: que se sea responsable en materia fiscal. Una vez esto ha sido determinado, lo único que la naturaleza solidaria de la obligación permite es el cobro del total de los perjuicios causados a cualquiera de los deudores que, con base en su actuar doloso o gravemente culposo, hayan sido encontrados responsables [...]”**».

12. En relación con este aspecto, en el *sub judice*, la conducta enrostrada a la demandante en el Fallo con Responsabilidad Fiscal tuvo como sustento el hecho de que la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar presentó la cuenta de cobro, conforme lo certifica la factura No 179121 del 1 de julio de 2011, la cual incluyó los



Radicado: 05001-2333-000-2018-01146-01

Demandante: Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar

Demandado: Municipio de Medellín y la Contraloría General de Medellín

días comprendidos desde el 1° a 10 de enero de 2011, no obstante que: i) el contrato se encontraba suspendido; ii) no existía autorización de compensación de tiempos escrita, y iii) no existía prueba que acreditara que se compensó el tiempo objeto de cobro.

13. En efecto, tal y como se observa a folio 66 de la sentencia, el municipio de Medellín -contratante- y la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar -contratista- suscribieron el contrato núm. 4600026771 de 201049 de 26 de julio de 2011, mediante el cual: «[...] *EL CONTRATISTA se obliga para con el MUNICIPIO a prestar SERVICIOS GENERALES Y ASEO PARA LAS 227 INSTITUCIONES EDUCATIVAS OFICIALES Y CENTROS EDUCATIVOS OFICIALES DEL MUNICIPIO DE MEDELLÍN CON SUS RESPECTIVAS SECCIONES [...]*». Así mismo, de conformidad con la cláusula cuarta del referido negocio jurídico, la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar asumió como obligaciones las siguientes:

«[...] i) presentar los informes que la administración municipal considere necesarios para un mejor control del contrato; ii) presentar la programación semanal de visitas a efectuar por el coordinador; iii) entregar los miércoles la programación de visitas a efectuar los fines de semana; iv) contratar un coordinador independiente a los supervisores que sirva de puente entre el contratante y el contratista; organice y evalúe el trabajo de los empleados; administre los equipos y maquinaria para garantizar la ejecución del contrato; implemente un programa de calidad; reciba, difunda y practique los criterios técnicos que imparta el contratante; coordine con el contratante la vigilancia y evaluación de los trabajos; inspeccione los trabajos y su calidad; garantice la aplicación de las normas sobre seguridad industrial y salud ocupacional; ordene la corrección de los trabajos realizados; oriente, facilite y coordine los empleados para el desempeño de sus funciones; controle el uso de los implementos de aseo; vigile y supervise la prestación del servicio en las áreas de aseo; **responda para que la prestación del servicio se cumpla dentro de las condiciones establecidas por el contratante**; responda por la protección de los bienes de propiedad del contratante; atienda y resuelva los problemas disciplinarios del personal del contratista; y responda por el estado y protección de la totalidad de los elementos de propiedad del municipio».

14. Adicionalmente, consta que el acta de terminación y liquidación del contrato núm. 4600026771 de 2010, fue suscrita no solo por el Secretario de Educación de Medellín; sino además por el interventor y el representante legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar, tal y como se indica a folio 66 de la sentencia; documento en el cual quedó consignado lo siguiente:

«[...] El día 14 de mayo de 2010 se suscribió entre el MUNICIPIO DE MEDELLÍN y RECUPERAR, el contrato 4600026771 de 2010 cuyo objeto es la “Contratación de servicios generales y aseo en las Instituciones Educativas oficiales y centros educativos oficiales del municipio de Medellín con sus respectivas secciones, por un valor de [...] QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS DIEZ Y SEIS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$552.416.655) **por concepto de servicios prestados del 01 de enero al 25 de enero [...]**».



Radicado: 05001-2333-000-2018-01146-01

Demandante: Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar

Demandado: Municipio de Medellín y la Contraloría General de Medellín

En consecuencia, el Municipio de Medellín – Secretaría de Educación y RECUPERAR, las partes se declaran a paz y salvo por todo concepto en relación con la ejecución del contrato 4600026771 de 2010.

DOCUMENTOS. Para todos los efectos legales se entienden incorporados a la presente Acta: a) Contrato 4600026771 de 2010; b) Acta de iniciación; y c) Recibos a satisfacción [...]» (Destacado fuera de texto).

15. Siguiendo el criterio de la jurisprudencia de la Sección: «[...] *la liquidación bilateral tiene fundamento en la **conurrencia de voluntades de las partes, en virtud de la cual declaran o hacen constar la extinción de las obligaciones surgidas del contrato, definen sus créditos y deudas recíprocas, consignan las salvedades e inconformidades que estimen pertinentes y asumen nuevas obligaciones cuya fuente mediata es el contrato estatal que celebraron***». (Radicado: 13001-23-33-000-2015-00326-01, MP: Nicolás Yepes). En este orden de ideas, a mi juicio, era esperable que, en aplicación del principio de buena fe contractual, la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar pudo haber objetado o dejado alguna salvedad en relación con el hecho de la suspensión del contrato al momento de haber firmado el acta de liquidación. Por el contrario, se incluyó dentro del objeto de la liquidación el «[...] *concepto de servicios prestados del 01 de enero al 25 de enero [...] de 2011*».

16. De lo dicho hasta aquí, la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar se ubicó en una situación de conexidad próxima y necesaria en relación con la gestión fiscal, pues si bien a simple vista, conforme se señala en la providencia analizada, la cláusula cuarta del contrato núm. 4600026771 de 2010 hace alusión a la prestación de unos servicios que, por su naturaleza, no envuelven el manejo de fondos o bienes del Estado, lo cierto es que, la parte demandante intervino, en forma de contribución en la producción del daño, al haber presentado una factura de cobro por los servicios que no prestó en el mes de enero de 2011.

17. Refuerza lo dicho hasta ahora, las consideraciones adoptadas por esta Sección, en sentencia de 21 de enero de 2021², decisión judicial cuando, al referirse a la noción de gestión fiscal y a los particulares como sujetos pasivos de responsabilidad fiscal ahondó en las siguientes reflexiones que se comparten en esta oportunidad:

«[...] » Conforme con lo anterior, la Sala considera que la responsabilidad fiscal también puede recaer en quienes ejerzan actos a través de una relación de conexidad próxima y necesaria con el desarrollo de la gestión fiscal, de modo **que puede calificarse como gestor fiscal al servidor público o al particular que, en virtud de sus competencias y deberes, se encuentre vinculado con los planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, sea que su intervención se produzca de forma directa o a modo de contribución.**

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, radicado: 25000-23-41-000-2012-00534-01, actor: Edgar Dorronsoro Tenorio y otros, demandado: Contraloría General de la República – CGR, MP: Nubia Margoth Peña-



Radicado: 05001-2333-000-2018-01146-01

Demandante: Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar

Demandado: Municipio de Medellín y la Contraloría General de Medellín

En relación con la expresión “**o con ocasión a ésta**”, contenida en el artículo 1° de la Ley 610 de 2000, cabe recordar que la Corte Constitucional la declaró exequible, en Sentencia C-840 de 2001, señalando en lo pertinente que: “El sentido unitario de la expresión **o con ocasión de ésta** sólo se justifica en la medida en que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal. [...] De acuerdo con esto, la locución demandada ostenta un rango derivado y dependiente respecto de la gestión fiscal propiamente dicha, [...]”.

Al respecto, en el fallo fiscal de segunda instancia acertadamente se dijo lo siguiente:

“[...] El daño causado al patrimonio público es consecuencia de **la gestión fiscal ineficaz, ineficiente y contraria a la moralidad administrativa**, la cual se erige en el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de los fondos y bienes del Estado por parte de los servidores y/o colaboradores. Criterios éstos que conciernen a los particulares a quienes se les ha demostrado en el desarrollo del proceso su intervención en forma de contribución en la producción del daño, en cuanto a la ejecución de los acuerdos comerciales y otrosíes que desencadenaron en el detrimento patrimonial y por lo cual son llamados a responder fiscalmente en la cuantía indicada en forma solidaria, aclarando en todo caso, que lo cuestionado y por ende sancionado en este fallo y endilgado a sus representantes, guarda relación con la intervención en forma de **contribución** en la producción del daño, en cuanto a la ejecución de los acuerdos comerciales y otrosíes que desencadenaron en el detrimento patrimonial [...]” original de la providencia citada).

Así las cosas, en el caso sub judice, como se ha expresado, al **permitir o participar el comercializador contratista de la ejecución de un contrato contenido de un plan promocional totalmente desproporcionado, se coloca en el mismo plano de igualdad de quien adopta la decisión y de quien a nombre de la entidad pública suscribe el contrato**». (Destacado y subrayado fuera de texto)

En estos términos dejo expuesto mi salvamento de voto.

Fecha ut supra,

(Firmado electrónicamente)

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado