

SALVAMENTO DE VOTO

Número único de radicación 05001233300020180114601
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTORA: COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO RECUPERAR

Con el acostumbrado respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, vertida en la decisión de 25 de agosto de 2022, considero que debió revocarse la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad parcial del Fallo de Responsabilidad Fiscal con radicado núm. 021 de 2013, contenido en el Acta núm. 11 de 6 de diciembre de 2017, proferido por el Contralor Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, y del Auto núm. 001 de 2 de enero de 2018, por el cual se resolvieron los recursos de apelación y el grado de consulta contra el fallo inicial, proferido por la Contralora General de Medellín, en lo que respecta a la decisión de declarar fiscalmente responsable a la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO RECUPERAR** por la suma de \$331.068.714, y, en su lugar, denegarse las pretensiones de la demanda y mantener la presunción de legalidad del citado fallo de responsabilidad fiscal.

En esta oportunidad, los motivos de mi comedido distanciamiento son los siguientes:

I. Las pruebas allegadas al expediente dejan ver que la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO RECUPERAR**, contrario a lo alegado, sí actuó en condición de gestor fiscal porque mediante la factura de cobro núm. 179121 de 2011, solicitó a la Secretaría de Educación de Medellín el pago de \$869.913.076 por concepto de servicios prestados entre el 1o. y el 25 de enero de 2011, incluyendo los días comprendidos entre el 1o. y el 10 de enero de

2011, no obstante que para esas fechas: 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.

No puede perderse de vista la condición de cooperativa del contratista, esto es una empresa asociativa sin ánimo de lucro en la cual los trabajadores o los usuarios son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, por lo cual es creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general. En la actualidad, la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO RECUPERAR** cuenta con cuatro unidades estratégicas de negocios, dentro de las que se encuentra la de servicios ambientales: "[...] prestan los servicios ambientales que la comunidad requiere para disfrutar de unas condiciones de vida apropiadas y autosostenibles. **Para ello ofrecen personas capacitadas en servicios de: aseo institucional, aseo y desinfección, aseo imagen; aseo y administración de servicios sanitarios, alquiler de unidades móviles sanitarias y jardinería.** La experiencia adquirida les permite ser competitivos a nivel nacional en el Aseo y la Administración de Servicios Sanitarios [...]"¹.

Bajo esta concepción de *outsourcing*, intermediario o tercerizador de servicios de aseo, organizados en la modalidad de cooperativa, el representante legal de la **COOPERATIVA DE TRABAJO**

¹ Disponible [en línea]:
[[https://www.elcolombiano.com/historico/cooperativa_recuperar_25_anos_de_trabajo_asociado-OEEC_15874#:~:text=Mediante%20la%20democratizaci%C3%B3n%20de%20las,ciudadano%2C%20hombre%20solidario%20y%20empresario.\[...\]](https://www.elcolombiano.com/historico/cooperativa_recuperar_25_anos_de_trabajo_asociado-OEEC_15874#:~:text=Mediante%20la%20democratizaci%C3%B3n%20de%20las,ciudadano%2C%20hombre%20solidario%20y%20empresario.[...])].

ASOCIADO RECUPERAR gestionó el cobro de los dineros para distribuirlos entre los asociados por concepto de honorarios trabajados, -aseadoras que prestaban los servicios de aseo a las instituciones educativas del municipio de Medellín-, gestión en la que se incluyeron unos tiempos que en realidad no se prestaron ni en los que se ejecutó servicio alguno debido a la citada suspensión contractual, todo lo cual fue hallado fiscalmente y condenado por la Contraloría de Medellín. En el caso concreto, se debió analizar la naturaleza del contratista en aras de resolver el asunto de la gestión fiscal, y de esta manera comprender el papel trascendental de esa cooperativa como intermediario en la gestión de los recursos para pagar a los asociados, -señoras del aseo-.

Más allá de alguna frase antitécnica empleada por el órgano de control, lo cierto es que los hechos son contundentes al apuntar a una actuación decisiva para el desembolso, de forma errática, de los referidos dineros públicos, es decir una típica gestión fiscal. Al margen de lo pactado en el contrato por las partes, lo cierto es que la conducta desplegada de forma concurrente y concatenada tanto por el representante de la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO RECUPERAR** como por los señores **FELIPE ANDRÉS GIL BARRERA**, -ex secretario de Educación-, y **MARIO ANTONIO MUÑOZ PIMIENTA**, -interventor-, provocaron un daño patrimonial al Estado por un monto de \$331.068.714.

Cabe señalar que la Sección Primera, entre otras, estableció la responsabilidad fiscal de los contratistas y su gestión fiscal, así:

“[...] Así mismo, se observa que entre las obligaciones del contratista, estaba la de realizar programas de seguimiento del producto en el mercado, la presentación

de informes trimestrales de mercados, así como la presentación de informes trimestrales de planes promocionales, parámetros que permitan tener un conocimiento real del mercado del Aguardiente Blanco del Valle frente a las actividades que debían desarrollar, como planes promocionales, con el fin de posicionar el producto en el mercado, adicionalmente, mediante Otrosí núm. 3, de 3 de marzo de 2009, modificatorio de la cláusula 9ª, además de prever que la ejecución del plan estratégico de promoción y publicidad de mercadeo, correspondía a las partes, en forma conjunta, el contratista se comprometió a ejecutar el plan comercial y publicitario año 2009 entregado por la ILV, el cual comprendía las ferias en los diferentes municipios, estímulos a canales de distribución, conciertos, material publicitario y eventos que promocionaran el consumo de licor.

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.

En relación con la expresión “o con ocasión a ésta”, contenida en el artículo 1º 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 [...]”².

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 21 de enero de 2021, número único de radicación 25000-23-41-000-2012-00534-01, consejera ponente Nubia Margoth Peña Garzón.

De igual forma, la Corte Constitucional en sentencia C-840 de 2001, estableció al respecto:

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

Ahora, debe tenerse en cuenta que la responsabilidad fiscal también cobija a quienes realizan lo que podríamos denominar como una gestión fiscal negativa indirecta, es decir, **todas aquellas personas que no manejan recursos públicos de forma directa pero que determinan o condicionan, mediante actuaciones engañosas o maniobras fraudulentas a quienes realizan gestión fiscal de forma directa para que causen un daño patrimonial al Estado. Dentro de estos se pueden mencionar, por ejemplo, a quienes suministran documentos falsos para obtener pensiones, contratos, etc., y en general, a todos aquellos que buscan obtener algún provecho induciendo a la administración a error**³.

³ Texto de Responsabilidad Fiscal y Gerencia de Recursos Públicos, doctor Iván Darío Gómez Lee, en el que cita la obra del ex contralor Carlos Ossa Escobar, en cuanto que introduce un concepto de gestión fiscal negativa indirecta en una instructiva de la entidad.

II. De igual forma, en la decisión se incluyeron dos aspectos: **(i)** el primero, relativo a que el contrato suscrito es de prestación de servicios profesionales y un desarrollo jurisprudencial de esa figura aleja la influencia del contratista **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO RECUPERAR** en la causación del detrimento fiscal, como quiera que tales funciones, en sentir de la providencia, recaían, exclusivamente, en el interventor y no en esa cooperativa, de lo cual disiento, por las razones arriba explicadas, máxime cuando la actora conocía el contenido de la circular de compensaciones y había firmado la suspensión del contrato, sin dejar de mencionar que en el acta de terminación del mismo se incluyó el período suspendido del 1o. al 10 de enero de 2011, es decir, que había plena conciencia de la suspensión contractual.

(ii) Además analiza documentos para demostrar que dentro de las pruebas que aportó la demandada existen varias certificaciones expedidas por rectores en las que sostienen que los trabajadores asignados a sus instituciones educativas sí compensaron el tiempo.

No obstante, estas certificaciones no se expidieron por las 227 instituciones educativas en las que se prestaron los servicios de aseo y mantenimiento; y ante la ausencia de las certificaciones de compensación de los días pagados no laborados, aun en el escenario de tenerse como mecanismo válido de prestación del servicio de aseo por esos diez días, lejos de tener por cumplido el contrato, lo que evidencia es que se incumplió gravemente y que la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO RECUPERAR** nunca repuso el tiempo que cobró de forma irregular.

Era a esta cooperativa a la que le correspondía demostrar que sí había compensado el tiempo, pero no lo hizo a lo largo del proceso. En cambio, aquella sí dejó ver que cobró un servicio que nunca existió, incurriendo así en una relación próxima y necesaria con la gestión fiscal causante del detrimento al patrimonio del Estado.

De hecho, la Contraloría determinó que los documentos que se anexaron como prueba, 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 núm. 4600026771, donde funge como contratista la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO 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", sin que se discrimine a qué contrato se refiere y menos aún se especifican horas laboradas como compensación, pruebas estas que permitieron concluir a la entidad demandada que tampoco hubo compensación del 1o. al 10 de enero de 2011.

En estos términos dejo rendido mi salvamento de voto.

Fecha ut supra,

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera