



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

**CONSEJERO PONENTE: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**

**Bogotá D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil veintidós (2022)**

**Referencia:** Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

**Número único de radicación:** 050012333000201801146 01

**Demandante:** Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar

**Demandados:** Municipio de Medellín y la Contraloría General de Medellín

**Asunto:** Responsabilidad fiscal – inexistencia de gestión fiscal por conexidad próxima y necesaria

**SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada contra la sentencia proferida el 23 de octubre de 2019 por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

La presente sentencia tiene las siguientes partes: i) Antecedentes; ii) Consideraciones de la Sala y iii) Resuelve; las cuales se desarrollan a continuación.

**I. ANTECEDENTES**

**La demanda**

1. La Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar, en adelante la parte demandante, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del



derecho, previsto en el artículo 138<sup>1</sup> de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011<sup>2</sup>, en adelante C.P.A.C.A., presentó demanda<sup>3</sup> ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, contra el Municipio de Medellín y la Contraloría General de Medellín, en adelante la parte demandada.

## Pretensiones

2. La parte demandante formuló las siguientes pretensiones:

### *[...] DECLARATIVAS*

*PRIMERO. Declarar la nulidad de la Resolución 011 de diciembre 06 de 2017, proferida por el señor Dr. PABLO ANDRÉS GARCÉS VÁSQUEZ, contralor auxiliar de riesgo fiscal y jurisdicción coactiva de la Contraloría General de Medellín.*

*SEGUNDO. Declarar la nulidad del acto administrativo del día 02 de enero de 2018, mediante el cual la señora Dra. PATRICIA BONILLA SANDOVAL, contralora general de Medellín resuelve el recurso de apelación y en grado de consulta el proceso de responsabilidad fiscal radicado 021 de 2013, en el sentido de no acceder a revocar los artículos primero y segundo del auto 011 de diciembre 06 de 2017 y por el contrario confirmar en todas sus partes la decisión contenida en dicho auto, a través del cual de desató desfavorablemente el recurso interpuesto.*

*TERCERO. Declarar la nulidad de los actos complementarios que tengan su razón de ser en los actos administrativos declarados nulos en el punto PRIMERO y SEGUNDO de esta solicitud.*

*CUARTO. Se ordene a modo de restablecimiento del derecho, a la CONTRALORÍA GENERAL DE MEDELLÍN que emita documento para restituir los dineros pagados a favor del municipio de Medellín, Secretaría de Hacienda, subsecretaría de ingresos, unidad de ingresos no tributarios, a*

---

<sup>1</sup> “[...] **ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.** Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

*Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel [...].”*

<sup>2</sup> “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

<sup>3</sup> Por intermedio de apoderado (Folios 2 a 14 del cuaderno núm. 1 del expediente).



*favor de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO RECUPERAR, a título de restablecimiento del derecho, por concepto de daño emergente, el valor de trescientos treinta y seis millones ciento siete mil setecientos treinta y seis pesos (\$336'107.736) m/cte.*

*QUINTO. Se ordene a modo de restablecimiento del derecho, a la CONTRALORÍA GENERAL DE MEDELLÍN que la devolución de los dineros pagados a favor del municipio de Medellín, Secretaría de Hacienda, subsecretaría de ingresos, unidad de ingresos no tributarios, por valor de trescientos treinta y seis millones ciento siete mil setecientos treinta y seis pesos (\$336'107.736) m/cte., sean devueltos con la actualización correspondiente a la pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano entre la fecha que se hizo efectivo el pago y la fecha en que se realice la devolución a la que se refiere la petición anterior.*

#### *DE CONDENA*

*PRIMERO. Como consecuencia de la anterior petición se condene a la CONTRALORÍA GENERAL DE MEDELLÍN a pagar a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO RECUPERAR, a título de restablecimiento del derecho, por concepto de perjuicios morales, la suma de 1000 SMMLV, causados con ocasión de la remisión al Boletín de Responsables Fiscales de la Contraloría General de la República de conformidad con lo establecido en el Artículo 60 de la Ley 610 de 2000, copia de la decisión.*

*SEGUNDO. Que también a título de restablecimiento del derecho, como reparación del lucro cesante, se condene al municipio de Medellín, Secretaría de Hacienda, subsecretaría de ingresos, unidad de ingresos no tributarios, a pagar a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO RECUPERAR las cantidades que corresponden al valor de los intereses comerciales de las sumas a que se condene por concepto de daño emergente, desde la fecha en que se realizó el pago hasta que se haga efectiva su devolución.*

*TERCERO. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en el artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

*CUARTO. Si no se efectúa el pago en forma oportuna, la entidad liquidará los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 195 del C. de P. A. y de lo C. A.*

*QUINTO. La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 195 del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso, aplicando los ajustes de valor (indexación) desde la fecha del pago realizado hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso [...].”*



### Presupuestos fácticos

3. La parte demandante indicó, en síntesis, los siguientes hechos para fundamentar sus pretensiones:

3.1. Informó que La Contraloría General de Medellín trasladó al Contralor Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, unos presuntos hallazgos en el contrato núm. 4600026771.

3.2. Expresó que la ejecución del contrato citado *supra* inició el 18 de mayo de 2010 y, en principio, debía finalizar el 31 de diciembre de 2010; sin embargo, este se adicionó hasta el 30 de abril de 2011.

3.3. Comunicó que el contrato se celebró entre la parte demandante y la Secretaría de Educación del Municipio de Medellín, por una cuantía de \$7.682'587.265.

3.4. Indicó que la auditoría fiscal concluyó que existía un detrimento patrimonial de \$595'036.370.

3.5. Expresó que el señor Armando Montoya Baena, representante legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar, fue vinculado al proceso de responsabilidad fiscal; lo anterior, porque el contralor auxiliar estimó que este “[...] *contribuyó con su acción a la configuración del supuesto detrimento patrimonial [...] al presentar factura de cobro para obtener el pago de los primeros diez días del mes de enero de 2011, lapso en el cual el contrato se encontraba suspendido [...]*”.

3.6. Explicó que la Secretaría de Educación del Municipio de Medellín, para enero de 2011, no había adelantado la licitación pública para contratar el servicio de aseo a las instituciones educativas de la entidad territorial para el año 2011; fue por esa circunstancia que, en consecuencia, el 18 de octubre de 2010 el Sub-Secretario de Educación de Medellín, le solicitó al gerente de la parte



demandante que, con ocasión del contrato núm. 4600026771 de 2010, la cooperativa continuara prestando el servicio de aseo hasta el 30 de abril de 2011.

3.7. Manifestó que, como se acercaba el fin de año y la parte demandante no podía despedir sus trabajadores únicamente por los primeros 10 días de enero de 2011, las partes convinieron en que la solución era que la cooperativa no terminara los contratos de trabajo de su personal; en consecuencia, para dar continuidad a los convenios de asociación de los trabajadores, se determinó que estos compensaran los 10 días que dejarían de trabajar.

3.8. Afirmó que durante la ejecución del contrato, se presentó la necesidad de atender una mayor cantidad de servicios para cumplir con el objeto de aquel; en consecuencia, los trabajadores prestaron esos servicios; para tal fin, lo hicieron mediante la compensación del tiempo que descansarían entre: i) el 1.º y el 10 de enero de 2010; ii) noviembre y diciembre de 2010; iii) las tres últimas semanas de enero de 2011; y iv) febrero de 2011; por tanto, ese tiempo debía reconocerse y pagarse, sin que, por esa circunstancia, implicara una disminución del patrimonio público.

3.9. Adujo que, no obstante, la parte demandada concluyó que se hizo un pago con menoscabo al erario por 10 días que no fueron laborados, tiempo que no se compensó.

3.10. Destacó que el período de pruebas en el proceso de responsabilidad fiscal finalizó en el 2014, momento en que entró al despacho para fallo sin que existiera justificación del retraso; hecho que causó un perjuicio grave a la parte demandante porque los demás responsables fiscales, no obstante ser solidarios, le dejaron la carga del pago al único imputado.

3.11. Informó que mediante la Resolución núm. 011 de 6 de diciembre de 2017, la parte demandada resolvió fallar con responsabilidad fiscal, entre otros, contra la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar, representada legalmente por el señor Armando de Jesús Montoya Baena, por haber ocasionado un detrimento



patrimonial al Municipio de Medellín por la suma de \$331'068,714, debidamente indexada.

3.12. Indicó que la parte demandada, mediante auto de 2 de enero de 2018, resolvió el recurso de apelación interpuesto dentro del proceso de responsabilidad fiscal; igualmente el grado de consulta en el sentido de confirmar el fallo con responsabilidad fiscal.

3.13. Señaló que, con ocasión de la inclusión de la parte demandante en el Boletín de Responsables Fiscales de la Contraloría, esta estuvo a punto de tener que ceder el contrato de prestación de servicios que tenía con el metro de Medellín, causándole perjuicios de hasta 1000 s.m.l.m.v.

#### **Normas violadas y concepto de violación**

4. La parte demandante invocó como vulneradas las siguientes normas:

- Artículos 2.º y 29 de la Constitución Política.
- Artículos 1.º, 2.º y 3.º de la Ley 610 de 15 de agosto de 2000<sup>4</sup>.
- Artículo 97 de la Ley 1474 de 12 de julio de 2011<sup>5</sup>.

5. La parte demandante formuló los siguientes cargos y explicó su concepto de violación así:

#### ***Primer cargo: Configuración del daño***

5.1. Expresó que el detrimento patrimonial solo puede presentarse cuando no haya duda sobre la configuración del daño; de manera que, cuando en la ejecución de un contrato, se presenta la necesidad de atender una mayor

<sup>4</sup> “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”.

<sup>5</sup> “[...] 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 [...]”.



cantidad de los servicios que se vienen prestando, con el fin de cumplir con su objeto, esas prestaciones adicionales de servicios, que de manera efectiva se materializaron, tienen que reconocerse y pagarse, sin que ello implique disminución del patrimonio público.

5.2. Aseguró que no se presentó detrimento por sobrecostos en el contrato núm. 4600026771 de 2010, con ocasión de los valores que se reconocieron y pagaron, los cuales se derivaron de su liquidación.

5.3. Afirmó que la ejecución del contrato núm. 4600026771 de 2010, se vio afectada por eventos ajenos que, finalmente, derivaron en el pago de unas sumas adicionales por servicios que sí se prestaron y que causaron el reconocimiento al contratista de un mayor valor a aquel que se pactó en el acuerdo inicial; sin embargo, insistió, esa diferencia no es constitutiva de detrimento patrimonial.

5.4. Destacó que estudiar el asunto, de la manera en que lo hizo el Contralor Auxiliar de Medellín; es decir, sin escuchar las razones que expusieron los imputados con responsabilidad fiscal y sin atender las pruebas que demostraban porqué se presentaron cantidades adicionales al servicio, llevaron a concluir que la responsabilidad fiscal y el daño sí existieron; sin embargo, si se hubieran practicado todas las pruebas solicitadas o estudiado con buen juicio las aportadas el procedimiento administrativo, con seguridad se hubiera podido advertir que no existió detrimento patrimonial o, por lo menos, que existían dudas sobre la configuración del daño.

5.5. Resaltó que la actuación de la administración y del contratista fue correcta cuando durante la ejecución del contrato se presentó la necesidad de atender una mayor cantidad de servicios de enero a abril de 2011 y, así, cumplir con el objeto contratado, circunstancia que implicó una modificación del contrato inicial mediante un acuerdo para aumentar la cantidad de servicios; pacto que, igualmente, implicó la compensación económica del tiempo de descanso comprendido entre el 1.º y el 10 de enero de 2011.



**Segundo cargo: Inexistencia de daño**

5.6. Insistió que la ejecución del contrato núm. 4600026771 de 2010 se afectó por eventos que derivaron en prestaciones adicionales de servicios efectivamente realizados, lo que causó que se reconociera a la parte demandante un mayor valor a aquel que se pactó inicialmente; sin embargo, no existió 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.

5.7. Informó que el representante legal de la parte demandante no contribuyó a la materialización del daño porque está demostrado que ejecutó el contrato y emitió las facturas en los términos exigidos en los pliegos de condiciones, los estudios previos y el contrato.

**Tercer cargo: Inexistencia de dolo o culpa grave de la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar**

5.8. Destacó que, de 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.

5.9. Sostuvo que la parte demandada emitió el fallo con responsabilidad fiscal, contra de la parte demandante con argumentos falsos; insistió que no estaba demostrado el daño o detrimento patrimonial en contra de la Secretaría de Educación de Medellín por el hecho de haber cobrado los servicios que se le prestaron en enero de 2011.

5.10. Aceptó que el contrato estuvo suspendido entre el 1.º y el 10 de enero de 2011; sin embargo, reiteró que la parte demandante prestó el servicio que facturó



para ese período porque compensó el tiempo entre noviembre de 2010 y febrero de 2011, de lo cual existían pruebas dentro del expediente.

5.11. Explicó que el contrato se inició el 18 de mayo de 2010 con un plazo inicial de 7 meses y 14 días, por tanto, debía terminar el 31 de diciembre de 2010, pero como fue adicionado en el valor y en el plazo, aquel terminó en junio de 2011.

***Cuarto cargo: Falsa motivación***

5.12. Expresó que la falsa motivación se relaciona con el principio de legalidad de los actos y el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa; así las cosas, en el presente asunto se presentan dos elementos: 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.

5.13. Comunicó que la parte demandante le solicitó a la Contraloría General de Medellín recibir varias declaraciones; no obstante, determinó que con dos testimonios que había recibido era suficiente para tomar la decisión; ahora bien, en el 2014, sin motivación, el proceso se suspendió durante 3 años, tiempo durante el cual se presentaron dos situaciones: i) el valor del daño pasó de \$259'000.000 a \$300'000.000; y iii) se resolvió el recurso de apelación y el grado de consulta donde se confirmó el fallo de responsabilidad fiscal.

5.14. Adujo que se violaron: i) el artículo 2.º de la Constitución porque la parte demandada no estudió con seriedad las pruebas, ni tuvo en cuenta los argumentos expuestos por los testigos y los imputados; tampoco consideró los documentos que demostraban que el servicio sí se prestó; ii) el artículo 29 de la Constitución porque se juzgó a la parte demandante con fundamento en leyes posteriores al acto que se le imputó; y iii) los artículos 1.º, 2.º y 3.º de Ley 610 de



2000, por ser las disposiciones aplicables al acto que se imputó a la parte demandante.

## **Contestación de la demanda**

### ***De la Contraloría General de Medellín***

6. La parte demandada<sup>6</sup> contestó la demanda y se opuso a las pretensiones formuladas, así:

6.1. Aceptó que el contrato núm. 4600026771 de 2010 se adicionó hasta el 30 de abril de 2011; sin embargo, se realizaron unos pagos no obstante que aquel estaba suspendido, tanto que la parte demandante mediante una circular le informó a las directivas de las instituciones educativas que el personal de aseo suspendía sus actividades el 17 de diciembre de 2010 y retornaba el 11 de enero de 2011; además, que en aquellos colegios sin personal docente y alumnos, no se requería servicio, motivo por el cual se suspendía la continuidad del contrato entre las fechas citadas *supra*; es decir, resulta contradictorio que la parte demandada avise que no va a prestar el servicio y ahora alegue que sí lo prestó.

6.2. Informó que de los hechos y pruebas no es cierto, creíble, razonable o aceptable que el Sub-secretario de Educación de Medellín le pidiera al gerente de la parte demandante que continuara prestando el servicio de aseo hasta el 30 de abril de 2011; esto, porque lo que se demostró en la audiencia de decisión celebrada el 16 de diciembre de 2017, es que el 17 de diciembre de 2010 se firmó un acta de suspensión del servicio entre el día citado *supra* y el 11 de enero de 2011; entonces, que tan verosímil es que al día siguiente de haber iniciado la suspensión, la entidad territorial le haya solicitado verbalmente a la parte demandante que continuara prestando el servicio.

6.3. Refirió que, en el evento de que sí haya existido la solicitud verbal, esa

---

<sup>6</sup> Por intermedio de apoderado (Folio 101 del cuaderno núm. 1 del expediente).



actuación no puede aceptarse porque el artículo 39 de la Ley 80 de 28 de octubre de 1993<sup>7</sup>, reglamenta las formas del contrato estatal el que debe constar por escrito, de lo contrario, la modificación del contrato no existe y no puede producir efectos jurídicos; es decir, el “[...] hecho de que existan en el expediente documentos, testimonios que prueben que el servicio se prestó, es irrelevante si el municipio no lo autorizó y no fue pactado [...]”.

6.4. Destacó que la afirmación de la parte demandante, según la cual, sus trabajadores recuperaron el tiempo que descansarían en enero no era posible por las siguientes razones: i) el contrato se suspendió; ii) no existe autorización de recuperación de tiempo; iii) tampoco se aprobó; y iv) no se podía reconocer y pagar; es decir, en el evento de que el servicio se haya prestado antes de la suspensión del contrato, tal situación se encuadra en un hecho cumplido que no se podía reconocer por carecer de sustento legal.

6.5. Insistió que lo que sí se probó en el proceso de responsabilidad fiscal, es que el contrato núm. 4600026771, se suspendió entre el 17 de diciembre de 2010 y el 10 de enero de 2011; sin embargo, la parte demandante, el 1.º de julio de 2011, radicó la factura de cobro núm. 179121 por la suma de \$869'913.076 por concepto de servicios prestados entre el 1.º y el 25 de enero de 2011; esto es, incluyó los días comprendidos entre el 1.º y el 10 de enero de 2011 a pesar que para esas fechas el contrato estaba suspendido y no existía autorización de compensación escrita que respaldara el cobro; esa es la circunstancia por la cual el ente de control adelantó el procedimiento de responsabilidad fiscal por la suma indexada de \$331.068.774, atendiendo a que la cuantía del daño al patrimonio ascendió a \$259'123.322, ocasionado por la parte demandante, el Secretario de Educación de Medellín y el interventor del contrato.

6.6. Expresó que el Municipio de Medellín incurrió en un gasto o gestión fiscal sin soporte legal; el que por omisión injustificada y negligente del Secretario de Educación de Medellín y del interventor produjo un pago; pago que la parte

---

<sup>7</sup> “[...] Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública [...]”.



demandante sabía que carecía de autorización por no existir permiso escrito para prestar un servicio; sin embargo, incurriendo en una conducta inexcusable, radicó una cuenta de cobro que contribuyó de manera eficaz a la materialización del daño.

6.7. Indicó, luego de referirse a lo que se demostró y no se acreditó en el procedimiento de responsabilidad fiscal, que el daño sí existió y se originó en el pago de \$259'123.322 por 10 días durante los cuales el contrato estuvo suspendido y dentro de los que no se prestó ningún servicio.

6.8. Explicó que los pliegos de condiciones únicamente autorizaban que los tiempos en que no había escolarización, se podían emplear para brigadas de aseo y para labores que no se pudieran realizar mientras la comunidad educativa estuviera en el interior de las instalaciones; es decir, no existía autorización de compensar tiempo; actuar en contrario violaba las reglas fijadas en el pliego de condiciones y en el contrato.

6.9. Insistió que la parte demandante contribuyó de manera directa en la materialización del daño al patrimonio de manera gravemente culposa por radicar una factura de cobro por una compensación que jamás se acordó entre las partes; es más, en la cláusula quinta del contrato se estableció que la forma de pago era mensual previa la presentación de la factura con la totalidad de los soportes que aseguraran que el servicio se recibió a entera satisfacción por el interventor; no obstante, del 1.º al 10 de enero de 2011, no existe prueba de esos documentos; pese a ello, la parte demandante radicó y recibió el pago por un servicio del cual no existe prueba respecto a que el Municipio de Medellín recibió alguna contraprestación.

6.10. Señaló, respecto de la falsa motivación, que la parte demandada, en la audiencia de decisión y en el Auto núm. 001 de 2018, realizó una amplia motivación para determinar, con grado de certeza, la existencia de responsabilidad fiscal.



6.11. Subrayó que, si la parte demandante realizó trabajo físico o pagó con tiempo extra una compensación de tiempo, sin que mediara documento que así lo dispusiera, lo hizo por su propia cuenta y riesgo y desatendió las obligaciones contractuales pactadas; además, porque contractualmente “[...] *en los tiempos muertos era viable, no compensar, sino ejecutar las labores de brigadas de aseo. Pero como el municipio suspendió el contrato, no era viable ejecutar ninguna brigada de aseo, y menos compensar con trabajo. En otras palabras no existió ningún tiempo muerto, por lo que no era viable ni compensar ni hacer brigadas de aseo, salvo modificación al contrato vigente [...]*”; en concreto, “[...] *si el contrato estuvo suspendido, ninguna causación de gasto podría sobrevenir, y si se autorizó y pagó contrariando dicha suspensión, se pagó ilegalmente, además con violación de los principios de la gestión fiscal, pues se hizo un gasto innecesario con despilfarro de recursos, pudiéndose ahorrar o evitar, lo cual constituye un detrimento patrimonial del Estado [...]*”.

### **Excepciones**

#### ***Inepta demanda por ausencia de requisitos formales***

6.12. Adujo que el Municipio de Medellín, como ente jurídico, no fue demandado, tanto que no se le convocó a la conciliación extrajudicial celebrada ante la Procuraduría General de la Nación; en consecuencia, se incumplió el requisito de procedibilidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

6.13. Expresó que, de acuerdo con las pretensiones de la demanda, la entidad territorial puede ser condenada; en esa medida, se le debió convocar a la audiencia de conciliación extrajudicial.

#### ***No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios***

6.14. Indicó que en la segunda pretensión se pidió condenar al Municipio de Medellín - Secretaría de Hacienda, “[...] *a pagar a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO RECUPERAR las cantidades que corresponden al valor*



de los intereses comerciales de las sumas a que se condene por concepto de daño emergente, desde la fecha en que se realizó el pago hasta que se haga efectiva su devolución [...]”; lo que demuestra que el municipio es un litisconsorte necesario, pero como la entidad territorial no fue demandada ni se le notificó la demanda, se presenta indebida integración del contradictorio.

### **Intervención del Municipio de Medellín**

7. El tercero con interés directo<sup>8</sup>, expresó que “[...] los actos administrativos que dieron origen a la presente demanda fueron expedidos por la Contraloría General de Medellín, en virtud de su potestad sancionatoria, Órgano de control con autonomía, que no depende del Municipio de Medellín [...]”.

8. Manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda, para lo cual señaló: “[...] no puede este despacho pronunciarse sobre las pretensiones de nulidad de los actos administrativos [...] expedidos por la Contraloría General de Medellín [...]”; además, indicó que “[...] no puede este despacho pronunciarse frente a la sanción impuesta a la Cooperativa Recuperar por cuanto la Contraloría General de Medellín no hace parte y/o depende de la Administración Central [...]”.

### **Sentencia proferida en primera instancia<sup>9</sup>**

9. El *a quo*, en sentencia proferida el 23 de octubre de 2019, resolvió:

**[...] PRIMERO. SE DECLARA** la nulidad parcial del fallo de responsabilidad fiscal radicado N° 021 de 2013, contenido en el Acta N° 11 del 6 de diciembre de 2017, suscrita por el Contralor Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, y del Auto N° 001 del 2 de enero de 2018, por el cual se resolvieron los recursos de apelación y el grado de consulta, emitido por la Contralora General de Medellín, en lo que respecta a la decisión de declarar fiscalmente responsable por la suma de trescientos treinta y un mil millones sesenta y ocho mil setecientos catorce pesos m.l. (\$331.068.714), a la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar, atendiendo a la argumentación vertida previamente..

<sup>8</sup> Por intermedio de apoderado (Folio 113 del cuaderno núm. 1 del expediente)

<sup>9</sup> Folios 180 a 190 del cuaderno núm. 1 del expediente.



**SEGUNDO:** En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, SE ORDENA al Municipio de Medellín, 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, dando aplicación a la fórmula indicada en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO: SE DENIEGAN** las demás pretensiones de la demanda.

**CUARTO:** Se condena en costas a la Contraloría General de Medellín, entidad demandada, de conformidad con los parámetros definidos en la parte motiva de la presente decisión [...].”

10. El a quo, después de hacer referencia a la demanda y a las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso; concluyó lo siguiente:

“[...] De conformidad con las consideraciones que se expondrán en líneas siguientes, concluirá esta Corporación que RECUPERAR, **no fungió como gestor fiscal en la ejecución del contrato N° 4600026771 de 2010**, celebrado con el Municipio de Medellín - Secretaría de Educación, y en el cual fungió como contratista, razón por la cual, no era dable que la contraloría municipal adelantara en su contra el proceso de responsabilidad fiscal objeto de la Litis. Circunstancia que, permitirá a la Sala concluir la ilegalidad de los actos administrativos censurados, por lo que, en virtud del postulado de economía procesal, la Sala se relevará de analizar los demás cargos de violación, pese a que otros de ellos podrían así mismo tener vocación de prosperidad.

[...]

Pues bien, conforme se describe en los actos administrativos demandados, y se constata en el expediente administrativo arribado por la contraloría municipal con su respuesta a la demanda, mediante radicado N° 047729-20130000487 del 18 de mayo de 2013, la Contraloría Auxiliar de Educación de Medellín, remitió unos hallazgos fiscales determinados en una Auditoría Especial, relacionados con presuntas irregularidades presentadas en la ejecución del contrato N° 4600026771 de 2010, suscrito por el Municipio de Medellín -Secretaría de Educación, y la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar, cuantificándose el daño en \$531.946.025.

Atendiendo a lo anterior, por Auto de Apertura e Imputación 986 del 25 de octubre de 2013, se dio inicio al proceso de responsabilidad fiscal N° 021 de 2013, mediante el procedimiento verbal, en el cual se tuvieron como imputados, a título de culpa grave, a los señores Felipe Andrés Gil Barrera - Secretario de Educación; Mario Antonio Muñoz Pimiento, Interventor; y a la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar Contratista, representada legalmente por el señor Armando Montoya Baena. El daño al patrimonio público se cuantificó en \$595.036.370, y se entendió conformado por tres ítems: i) sobrecostos por incrementos del 0.5% en el pago de una pensión: \$22.371.901; ii) sobrecostos por pago de seguridad social en el período



*comprendido del 18 al 24 de abril de 2011, correspondiente a semana santa: \$40.718.444; y iii) sobrecosto por pago de servicios de aseo durante el tiempo comprendido del 18 al 24 de abril de 2011: \$531.946.025.*

*Surtida la etapa probatoria, el 19 de noviembre de 2013, se instaló la audiencia de decisión, la cual culminó el 6 de diciembre de 2017, fallándose sin responsabilidad fiscal en relación con los ítems i) y ii), y con responsabilidad fiscal respecto al iii).*

*En relación con esto último, que es lo que interesa al caso concreto, se consideró, previa modificación del monto del detrimento a \$259.123.322, lo siguiente:*

*“observa el Despacho que en efecto se dio el pago por estos diez días, lapso en el cual el contrato estuvo suspendido, ello se dispuso desde la Secretaría de Educación... pago que inicialmente está contenido en el acta de terminación y liquidación del contrato referido, acta suscrita por las partes, donde expresamente se hace alusión al pago contenido en la factura 179121 de Julio 01 de 2011... donde como ya se explicó se ajustó el pago correspondiente del 01 al 25 de Enero de 2011, es decir, en ese pago se incluyó los primeros 10 días del mes de Enero de 2011, lapso en el cual se encontraba suspendido el Contrato.*

*Del análisis del material probatorio referido obrante en el plenario se concluye que 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.*

*Esto es, el ente de control tuvo como acreditado que, del 1 al 10 de enero de 2011, el contrato N° 4600026771 estaba suspendido, sin embargo, la contratista RECUPERAR, facturó cuenta de cobro, y la entidad contratante Secretaría de Educación del Municipio de Medellín, la pagó mediante factura N° 179121. Por ende, el daño patrimonial, se estimó originado en dicho pago, en cuantía de \$259.123.322.*

*En lo que concierne a la condición de gestores fiscales de los declarados responsables, el Contralor Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de Medellín, en el fallo proferido el 6 de diciembre de 2017, consideró lo siguiente:*

*“[...] En este orden de ideas, no le cabe duda a este operador jurídico de la condición de gestor fiscal del señor FELIPE ANDRÉS GIL BARRERA - Secretario de Educación del Municipio de Medellín para la época de los hechos, desarrolló y ejecutó acciones inherentes a su cargo, ello con ocasión de sus funciones... del cual vale la pena destacar la que se enuncia a continuación:*



*"Controlar el manejo de los recursos financieros para que éstos se ejecuten de conformidad con los planes y programas establecidos y con las normas de la Ley 715 de 2001".*

*Por otra parte, en cuanto a los demás presuntos responsables fiscales vinculados señores MARIO ANTONIO MUÑOZ PIMIENTA, quien fungió en calidad de Interventor dentro del cumplimiento del Contrato Nro. 4600026771 cuya designación se dispuso dentro del contexto del mismo contrato, y el señor ARMANDO MONTOYA BAENA en representación legal de RECUPERAR, quien fungió como contratista para la época de los hechos; esta instancia de conocimiento entrara a auscultar de manera rigurosa su participación o contribución en la gestión fiscal con ocasión de su proximidad necesaria e imperiosa, lo que también comprende el tópico objeto de esta causa fiscal... Es así como lo establece la Corte Constitucional en la Sentencia C-840 de 2001, son igualmente sujetos pasivos de la responsabilidad fiscal, los particulares que, por conexidad próxima y necesaria a la gestión fiscal, concurren al hecho dañoso, esto es, al detrimento patrimonial.*

*Por último en cuanto al Contratista para el caso la Cooperativa de Trabajo Asociado RECUPERAR... representada legalmente por el señor ARMANDO MONTOYA BAENA... el cual conforme a lo expuesto está llamado a ser sujeto pasivo de la acción fiscal en tanto que como tal hace parte de los particulares que por conexidad próxima y necesaria a la gestión fiscal, concurren al hecho dañoso, esto es, al detrimento patrimonial determinado en este proceso.*

*En virtud de lo anterior, vale la pena argüir que si bien es cierto en estricto sensu el señor ARMANDO MONTOYA BAENA... no puede ser catalogado como gestor fiscal, tal circunstancia no lo libera de responsabilidad fiscal por cuanto este operador jurídico en consonancia con la Sentencia C-840 de 2001, considera que no solo los gestores fiscales son sujetos pasivos de la acción fiscal, esto es, los particulares también son susceptibles de ser responsabilizados fiscalmente por conexidad próxima y necesaria con la gestión fiscal. Es así, pues, que ARMANDO MONTOYA BAENA, dada su calidad de Contratista y teniendo en cuenta su comportamiento, el cual estribó en disponer los cobros mensuales del contrato N° 4600026771 de 2010... entre los cuales se encuentra la factura N° 179121 del 1 de julio de 2010, que incluyó los días del 1 al 10 de Enero de 2011, lapso para el cual el contrato 4600026771 se encontraba suspendido... y tiempo conforme al análisis probatorio ut-supra no se compensó, igualmente se suscribe el acta de terminación y liquidación, donde se incluye el pago de aludido, no obstante que como quedó acreditado no se compensó laboralmente, son estas pruebas las que contribuyeron a la configuración del detrimento patrimonial... y configuran sin lugar a dudas una relación de conexidad próxima y necesaria con la gestión fiscal, circunstancia que lo erige en presunto responsable de segundo orden o indirecto.*

*Así las cosas, se colige del Artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, que los procesos de responsabilidad fiscal, no solamente están dirigidos a quienes realizan en estricto sentido gestión fiscal, sino también a quienes contribuyen o concurren a la materialización del daño de tal suerte que para este operador fiscal, con fundamento en los Artículos 1° y 6° de la Ley 610 de*



2000 y especialmente en la Sentencia C-840 de 2001, es indudable que el (sic) señores, MARIO ANTONIO MUÑOZ PIMIENTA Y ARMANDO MONTOYA BAENA, en sus funciones de Interventor y Contratista respectivamente, en el caso que nos ocupa, son sujetos de responsabilidad fiscal.

De acuerdo con lo anterior, a juicio del ente de control aunque el representante legal de RECUPERAR no podía ser catalogado como gestor fiscal, en todo caso, ello no lo liberaba de responsabilidad, por cuanto, hacía parte de los particulares que, por conexidad próxima y necesaria a la gestión fiscal, contribuyó a la configuración del detrimento patrimonial.

A su vez, en el Auto N° 001 del 2 de enero de 2018, emitido por la Contralora General de Medellín, se concluyó que "el resultado dañino fue producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y que debió haberlo previsto por ser previsible; pues siendo consciente de que no prestó ningún servicio en la primera semana de enero de 2011, procedió a realizar su cobro, sin ningún soporte legal o contractual, obteniendo su representada un lucro no merecido. Esa conducta no puede calificarse de otra manera que grosera y gravemente culposa".

La Sala no comparte lo previamente reseñado, porque, tal como se sustentará a continuación, la contratista RECUPERAR no ejerció actos propios de la gestión fiscal (como incluso lo acepta expresamente el ente de control) y, en consecuencia, no era sujeto pasivo de este tipo de control.

Se recuerda, conforme al marco normativo y jurisprudencial antes planteado, para deprecar responsabilidad fiscal a un particular, se requiere que éste haya cometido una conducta dolosa o culposa en el ejercicio de su gestión fiscal, que ocasionó un daño patrimonial al erario público (sic), producto del nexo causal entre la conducta y el daño.

Ha considerado el Consejo de Estado<sup>10</sup>, que la gestión fiscal constituye un presupuesto estructurante de la responsabilidad fiscal cuyo alcance fija un límite en cuanto a la competencia de los entes de control fiscal, en virtud de lo consagrado en el artículo 268 de la Constitución Política, numeral 5<sup>o</sup><sup>11</sup>. Por ende, nadie podrá ser perseguido fiscalmente «sin antes verificar que se haya comportado como un gestor fiscal».

En efecto, de acuerdo la Ley 670 de 2000, la responsabilidad fiscal estará integrada por una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; un daño patrimonial al Estado; y un nexo causal entre los dos elementos anteriores (canon 5°). Entendiéndose 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 (artículo 30) y, por daño patrimonial la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución,

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 6 de setiembre de 2018. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Radicado N° 05001-23-31-000-2003-01891-01.

<sup>11</sup> "ARTÍCULO 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones: «5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma.»



*perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido 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 (artículo 6°).*

*En lo atinente, la Corte Constitucional en la sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería, a la que se hace referencia en el fallo de responsabilidad fiscal objeto de este proceso, se estableció el alcance de "gestión fiscal", en los siguientes términos:*

*"Con arreglo a la nueva Carta Política la gestión fiscal no se puede reducir a perfiles económico-formalistas, pues, en desarrollo de los mandatos constitucionales y legales el servidor público y el particular, dentro de sus respectivas esferas, deben obrar no solamente salvaguardando la integridad del patrimonio público, sino ante todo, cultivando y animando su específico proyecto de gestión y resultados.*

*Proceder éste que por entero va con la naturaleza propia de las cosas públicas, por cuanto la efectiva realización de los planes y programas de orden socio-económico, a tiempo que se sustenta y fortalece sobre cifras fiscales, funge como expresión material de éstas y de la acción humana, por donde la adecuada preservación y utilización de los bienes y rentas del Estado puede salir bien librada a instancias de la vocación de servicio legítimamente entendida, antes que de un plano y estéril cumplimiento normativo, que no por obligatorio garantiza sin más la realización práctica de las tareas públicas.*

*Se podría agregar que: el servidor público o el particular -dentro de una dimensión programática-, con apoyo en los bienes fondos estatales puestos a su cuidado pueden alcanzar los objetivos y resultados de la gestión proyectada, al propio tiempo que dichos bienes y fondos despliegan su eficiencia económica manteniendo la integralidad patrimonial que la vida útil y la circulación monetaria les permite. Se trata de abogar por la integridad y fortalecimiento de un patrimonio público dinámico, eficiente y eficaz, en la senda de la gestión estatal que por principio debe privilegiar el interés general sobre el interés particular; lo que equivale a decir que: la mejor manera de preservar y fortalecer el patrimonio público se halla en la acción programática, que no en la mera contemplación de unos haberes "completos" pero inertes" (subrayas fuera de texto).*

*En la misma sentencia se declaró la exequibilidad de la expresión "con ocasión de ésta", contenida en el artículo 1 de la ley 610 de 2000, bajo el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal. Indicándose en la parte motiva, que 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 y inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado.*



En concordancia, en cuanto al control y la gestión fiscal, la Corte Constitucional expuso lo siguiente:

*"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 sólido (sic) 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 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".*

Con base en lo anterior, el Consejo de Estado ha considerado, que la responsabilidad fiscal tiene como requisito sine qua non, el ejercicio de una conducta que causó un daño al patrimonio Estatal producto de la gestión fiscal, que para que le pueda ser imputada a un particular, debe tener bajo su órbita de desempeño, la administración o manejo sobre los recursos públicos que le hayan sido entregados, de lo contrario no procede.

En el caso concreto, el contrato N° 4600026771 de 2010, celebrado entre el Municipio de Medellín - Secretaría de Educación, y la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar (ver Cd. 1, fl. 105), tuvo como objeto la prestación de servicios generales de aseo para 227 instituciones educativas oficiales y centros educativos oficiales del Municipio de Medellín con sus respectivas secciones, por un valor de \$5.583.688.354.

En cuanto a la forma de pago se pactó, que la cancelación del valor total del contrato se haría mediante pagos parciales mensuales de acuerdo a la presentación de la factura o documento equivalente con todos los soportes que aseguraran que los servicios fueron recibidos a entera satisfacción por el interventor.

Así entonces, el detrimento patrimonial que se le pudo causar al Municipio de Medellín, fue como consecuencia del pago que se hizo a la contratista, pero no por el manejo o la administración de recursos públicos. En efecto, en el Acta N° 011 de 2017, contentiva del fallo con responsabilidad fiscal, se indicó que: "es así, pues, que ARMANDO MONTOYA BAENA, dada su calidad de Contratista y teniendo en cuenta su comportamiento, el cual estribo en disponer los cobros mensuales del contrato No. 4600026771 de 2010... entre los cuales se encuentra la factura No 179121 del 1 de julio de 2010, que incluyó los días del 1 al 10 de Enero de 2011, lapso para el cual el contrato 4600026771 se encontraba suspendido... y tiempo conforme al análisis probatorio ut-supra no se compensó, igualmente se suscribe el acta de terminación y liquidación, donde se incluye el pago aludido, no obstante que como quedó acreditado no se compensó laboralmente, son estas pruebas las que contribuyeron a la configuración del detrimento patrimonial y configuran sin lugar a dudas una relación de conexidad próxima y necesaria



*con la gestión fiscal, circunstancia que lo erige en presunto responsable de segundo orden o indirecto." (fl. 28 vto.).*

*De forma alguna controvierte la Sala la procedencia de la gestión fiscal que atañía adelantar a la Contraloría General de Medellín en relación con el contrato objeto del proceso de responsabilidad fiscal N° 021 de 2013, pues es claro, que aquel era de naturaleza estatal y, que su valor fue pagado con recursos del Municipio de Medellín, dado lo cual, el ente de control debía cumplir su cometido constitucional y legal. Lo que se cuestiona es si la parte contratista, según las cláusulas contractuales, se comportó como gestor fiscal.*

*Ahora bien, en el fallo con responsabilidad fiscal se estimó, que al tenor de lo dispuesto en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, los procesos de responsabilidad no están dirigidos a quienes realizan en estricto sentido gestión fiscal, sino también a quienes contribuyan o concurran a la materialización del daño, "de tal suerte que para este operador fiscal, con fundamento en los artículos 1° y 60 de la Ley 610 de 2000 y especialmente en la Sentencia C-840 de 2001, es indudable que el (sic) señores... ARMANDO MONTOYA BAENA, en sus funciones de, contratista, en el caso que nos ocupa, son sujetos (sic) de responsabilidad fiscal." (fl. 33).*

[...]

*La Corte Constitucional en la sentencia C-338 de 2014, consideró que, la solidaridad que establece el artículo 119 de la ley 1474 de 2011 entre los responsables de pagar las obligaciones derivadas de un proceso fiscal, no implica la creación de un parámetro de imputación distinto al previsto en los artículos 40 y 50 de la Ley 610 de 2000.*

*Así se consideró:*

[...]

*De lo anterior se deriva que, cuando el ente de control logra imputar responsabilidad fiscal a más de un sujeto, en aplicación del canon 119 de la Ley 1474 de 2011, responderán solidariamente. Imputación que solo será procedente cuando se haya comprobado la existencia de culpa grave o de dolo por parte de quien tenía a su cargo la administración o vigilancia de los bienes del Estado.*

***En ese orden de ideas, para el caso sub judice no era plausible (sic) de vigilancia fiscal la contratista Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar, toda vez que no ejerció actos de gestión fiscal, como expresamente quedó consignado en el Acta N° 11 de 2017, donde se lee: "el señor ARMANDO MONTOYA BAENA, quien fungió Contratista y representante legal de Recuperar, no puede ser catalogado como gestor fiscal", en tanto que, no le asiste razón al ente de control cuando subsiguientemente afirmó: "tal circunstancia no lo libera de responsabilidad fiscal por cuanto este operador jurídico en consonancia con la Sentencia C-840 de 2001 considera que no solo los gestores fiscales son sujetos pasivos de la acción fiscal, esto es, los particulares también son susceptibles de ser***



responsabilizados fiscalmente por conexidad próxima necesaria con la gestión fiscal.

[...]

Como consecuencia de lo anterior, la Sala declarará la nulidad parcial de los actos administrativos enjuiciados, esto es, del fallo de responsabilidad fiscal contenido en el Acta 11 del 6 de diciembre de 2017, y del Auto N° 001 del 2 de enero de 2018, por el cual se resolvieron los recursos de apelación y el grado de consulta, pero únicamente en lo que respecta a la decisión de declarar fiscalmente responsable por la suma de \$331.068.714, a la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar.

[...]

La Sala no accederá al reconocimiento del aducido perjuicio moral, toda vez que no encuentra fundamento en el acervo probatorio obrante en el expediente, esto es, no se demostró su causación.

De otra parte, en lo que atañe a los pagos realizados por la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar, con ocasión al fallo de responsabilidad fiscal proferido en su contra, entre folios 59 a 67, obran los respectivos documentos de cobro expedidos por el Municipio de Medellín, por concepto de capital e intereses de mora, así como los correlativos comprobantes de pago, por un total de \$336.107.736.

Siendo ello así, y en consonancia con lo estimado en la audiencia inicial, se ordenará al Municipio de Medellín, quien recibió dicha suma de dinero, proceder a su reintegro a la cooperativa demandante, debidamente actualizada en su valor como lo ordena el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

[...]

No se accederá al reconocimiento de intereses comerciales como se impetró en la demanda, por cuanto, tal como lo ha puntualizado el Consejo de Estado, la actualización monetaria (que se ordenará en esta sentencia) sirve como un instrumento equilibrador del fenómeno de la depreciación que sufre la moneda nacional por efecto de la pérdida del poder adquisitivo del dinero, debido a las fluctuaciones del sistema económico del país, no siendo posible reconocer intereses adicionales sobre el valor actualizado objeto del fallo.

De las costas de primera instancia. El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone que la condena en costas debe decidirse en el momento de proferir sentencia.

Ahora bien, en tratándose de las costas a imponer en primera instancia, resulta acertado acudir a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso que prevé que se impondrá tal condena a la parte vencida en el proceso.



*En consecuencia, como quiera que, en este particular evento, se accederá a las súplicas de la demanda, procede la condena en costas a la Contraloría General de Medellín, que como entidad demandada fue la expidió los actos administrativos anulados, las mismas serán liquidadas en los términos dispuestos por los cánones 365 y 366 del Código General del Proceso [...]” (Subrayado original del texto).*

## Recursos de apelación<sup>12</sup>

### **Del Municipio de Medellín**

11. El Municipio de Medellín<sup>13</sup>, presentó recurso de apelación contra la sentencia proferida, en primera instancia, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en los siguientes términos:

*“[...] El argumento del municipio de Medellín en el presente recurso lo constituye el hecho que **la sentencia no podía contener una condena en contra de la entidad pública que represento pues es claro que esta participó de la Litis – según quedó claro desde la audiencia inicial como tercero con interés directo, y si bien los dineros objeto de la sanción fiscal que impuso la Contraloría General de Medellín al demandante fueron consignados al municipio la orden de restablecimiento de derecho debió ir dirigida contra la Contraloría quien a juicio del Tribunal fue el ente que incurrió en el vicio de ilegalidad en el acto administrativo demandado, por tanto, es la Contraloría General de Medellín el ente público sobre el cual debía recaer la orden de restablecimiento del derecho**, recuérdese que el restablecimiento del derecho tiene la vocación de resarcir el derecho subjetivo lesionado con cargo de quien dio lugar al acto administrativo que generó el perjuicio; en el caso que se analiza quedó demostrado dentro del proceso que fue la Contraloría General de Medellín quien expidió el acto administrativo del cual se desvirtuó parcialmente su legalidad.*

*[...]*

***Es claro –se reitera- que quien ocasiona el daño sea el llamado a resarcir el mismo, pero lo que se denota en el caso que nos ocupa es un fallo incongruente, puesto que se declara que la Contraloría General de Medellín incurrió en vicios de legalidad en la expedición del acto administrativo demandado, (legalidad que el municipio no debatió y no podía debatir) pero es el municipio de Medellín quien ahora según el fallo debe restablecer el derecho.***

*[...]*

<sup>12</sup> Folios 446 a 455 del cuaderno núm. 1 del expediente.

<sup>13</sup> Por medio de apoderado judicial (Folio 199 del cuaderno núm. 1 del expediente)



*Resulta también incongruente el fallo objeto de este recurso porque el municipio de Medellín, ente que siempre manifestó no discutir sobre la legalidad del acto expedido por otra autoridad **debe ahora responder directamente por el restablecimiento a título de daño emergente. Y se aclara que la Contraloría General de Medellín es el ente legitimado para hacer reclamo posteriormente al municipio de Medellín en otros escenarios administrativos y judiciales por las sumas de dinero que deba asumir como demandado en este proceso.***

*Todo lo dicho no es de poca importancia jurídica porque la devolución de esos dineros se deberá hacer con el valor actualizado y esos mayores valores tendrían que ser asumidos por el Municipio de Medellín, ente que no expidió el acto declarado parcialmente nulo, lo que eventualmente implicaría un detrimento patrimonial al municipio de Medellín [...]” (Subrayado original del texto (Destacado fuera de texto).*

### **De la Contraloría General de Medellín**

12. La Contraloría General de Medellín<sup>14</sup>, presentó recurso de apelación contra la sentencia proferida, en primera instancia, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en los siguientes términos:

12.1. Reafirmó que la parte demandada adelantó el procedimiento de responsabilidad fiscal y demostró que todos los implicados incurrieron en: i) una conducta dolosa o culposa; ii) un daño al patrimonio del Estado; y iii) un nexo causal.

12.2. Insistió en que el daño se originó en un pago ilegal con origen en un contrato que se encontraba suspendido; por tanto, los funcionarios del Municipio de Medellín realizaron gestión fiscal relacionada con un gasto, inversión, manejo y disposición de recursos públicos; a lo cual, la parte demandante contribuyó de manera efectiva para que el daño se materializara, tanto que recibió un pago sin causa legal, soporte o contrato, incurriendo de esa manera en una conducta gravemente culposa.

12.3. Aseguró que de conformidad con los artículos 1.º, 3.º y 6.º de la ley 610 de 2000, y la *ratio decidendi* de la sentencia C-840 de 2011 de la Corte

---

<sup>14</sup> Por medio de apoderado (Folio 218 del cuaderno núm. 1 del expediente)



Constitucional, un contratista sí puede ser responsable fiscalmente cuando ha intervenido en el circuito de la gestión fiscal o con ocasión de ella, siempre que con su participación haya determinado, propiciado, coadyuvado o colaborado con los actos de la administración de los recursos públicos causantes del daño patrimonial imputable a una conducta a título de dolo o culpa grave.

12.4. Indicó que, para atribuir responsabilidad fiscal a un contratista o particular con ocasión de la gestión fiscal, se necesita que su actuación esté estrechamente vinculada con el desarrollo de la gestión fiscal desplegada por el titular de aquella, que fue el caso en que se vio inmersa la parte demandante quien, con ocasión de la gestión fiscal de los funcionarios del Municipio de Medellín, contribuyó a que se realizara el daño al patrimonio del Estado.

12.5. Destacó que si se observa el artículo 119 de la Ley 1471 de 12 de julio de 2011<sup>15</sup>, se comprueba que existe responsabilidad solidaria entre el ordenador del gasto, los contratistas y quienes coadyuven con el detrimento patrimonial, consecuencia que ya se encontraba reglamentada en el artículo 6.º de la Ley 610 de 2000.

12.6. Preguntó qué ocurriría si en una investigación fiscal se demuestra que un contratista determinó, coadyuvó o colaboró en el detrimento del patrimonio del Estado, teniendo en cuenta que el artículo 114 *ibidem* prevé que el ente de control puede exigir a los contratistas la presentación de los documentos en que se registren sus operaciones; en palabras del *a quo*, no sería responsable por ausencia de gestión fiscal; sin embargo, en criterio de la parte demandada, si se le puede declarar responsable fiscal por haber determinado, coadyuvado, colaborado o contribuido de manera dolosa o gravemente culposa al detrimento del patrimonio del Estado.

12.7. Cuestionó, con sustento en el Estatuto Anticorrupción, que solamente responda el funcionario público y se deje por fuera al contratista que contribuyó

---

<sup>15</sup> “[...] 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 [...]”.



en la materialización del daño independientemente de que contara con un contrato de administración o manejo de recursos públicos del cual predicar gestión fiscal.

12.8. Expuso que, en su criterio, el *a quo* desconoció el sentido de las normas que la Corte Constitucional interpretó en la sentencia C-840 de 2001 porque desatendió que en los artículos 1.º y 6.º de la Ley 610 de 2000 se alude a las expresiones “[...] con ocasión de la gestión fiscal [...]” y “[...] que contribuyan [...]”, lo que lo condujo a considerar equivocadamente que la parte demandante no era responsable fiscal.

12.9. Solicitó, con fundamento en lo anterior, revocar la sentencia proferida en la primera instancia y desestimar las pretensiones de la demanda.

### **Actuación en segunda instancia**

#### **Admisión del recurso y traslado para alegar**

13. El Despacho sustanciador, mediante providencia de 13 de febrero de 2020 admitió los recursos de apelación; mediante providencia proferida el 30 de septiembre de 2020, ordenó que, en el término de diez (10) días, las partes presentaran los alegatos por escrito y vencido dicho término se surtiera el traslado al Ministerio Público.

#### **Alegatos de conclusión**

##### ***Del Municipio de Medellín***

14. El apoderado del tercero con interés directo reiteró los argumentos que expuso en el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia de primera instancia<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Folios 18 y 19 del cuaderno núm. 2 del expediente.



### ***De la Contraloría General de Medellín***

15. El apoderado de la parte demandada reiteró los argumentos que expuso en el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia de primera instancia<sup>17</sup>.

### ***De la parte demandante***

16. El apoderado de la parte demandada manifestó, en síntesis, lo siguiente<sup>18</sup>:

16.1. Solicitó estudiar con detenimiento las pruebas aportadas al proceso y que demuestran que no existe certeza del daño para declarar responsabilidad fiscal por culpa grave.

16.2. Indicó que de las pruebas se debe concluir que el procedimiento de responsabilidad fiscal se adelantó bajo la vigencia de la Ley 610 de 2000 motivo por el cual la parte demandante no detentó la calidad de gestor fiscal porque no tenía a su cargo la administración o manejo de recursos públicos.

16.3. Señaló que en el expediente existe prueba que el servicio pactado con el Municipio de Medellín sí se prestó y que la actuación de la parte demandante fue diligente.

16.4. Explicó que no existió daño; que la administración salió indemne en la ejecución y liquidación del contrato porque el servicio sí se prestó con trabajo físico, excepto durante el tiempo en que aquel estuvo suspendido; no obstante, la parte demandada acudió a la responsabilidad objetiva para expedir los actos acusados sin consideración a que de conformidad con las cláusulas contractuales nunca tuvo la calidad de gestor fiscal.

---

<sup>17</sup> Folios 21 a 27 del cuaderno núm. 2 del expediente.

<sup>18</sup> Folios 29 a 31 del cuaderno núm. 2 del expediente.



## Concepto del Ministerio Público

17. El Ministerio Público guardó silencio en este momento procesal.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

18. La Sala procederá al estudio de: i) la competencia de la Sala; ii) los actos administrativos acusados; iii) el problema jurídico; iv) el marco normativo sobre el régimen de responsabilidad fiscal; v) el marco normativo sobre el contrato de prestación de servicios en el régimen de contratación estatal; vi) desarrollos jurisprudenciales sobre el contrato de prestación de servicios en el régimen de contratación estatal; vii) el acervo probatorio; y, viii) análisis del caso concreto.

### Competencia de la Sala

19. Vistos el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo sobre la competencia del Consejo de Estado, en segunda instancia, aplicable en los términos del artículo 308<sup>19</sup> de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011<sup>20</sup>, sobre el régimen de transición y vigencia; y el artículo 13 del Acuerdo núm. 80 de 12 de marzo de 2019, expedido por la Sala Plena de esta Corporación, la Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto, en segunda instancia.

20. Agotados los procedimientos inherentes a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sin que se observe causal de nulidad que pueda

---

<sup>19</sup> “[...] **Artículo 308. Régimen de transición y vigencia.** El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

*Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.*

*Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior [...]”.*

<sup>20</sup> “[...] Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [...]”.



invalidar lo actuado, la Sala procederá a examinar las argumentaciones expuestas por el tercero con interés directo y la parte demandante en los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia proferida el 23 de octubre de 2019 por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

### **Actos administrativos acusados<sup>21</sup>**

21. Los actos administrativos acusados son los siguientes:

21.1. El fallo con responsabilidad fiscal, contenido en el Acta núm. 011 de 6 de diciembre de 2017<sup>22</sup>, del cual se destaca, lo siguiente:

#### ***[...] I. DE LA VALORACIÓN PROBATORIA EN RELACIÓN CON EL DAÑO***

*[...] Es necesario precisar, que el contrato objeto de estudio dentro de este proceso de responsabilidad fiscal con radicado 021-2013, donde es afectada la Secretaría de Educación del Municipio de Medellín es el **4600026771 de 2010**, contrato que se inició el día 18 de mayo de 2010 y terminó el 30 de abril de 2011, y tiene acta de liquidación del 26 de Julio de 2011, celebrado entre la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO RECUPERAR** y la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE MEDELLÍN**, por un valor de siete mil seiscientos ochenta y dos millones quinientos ochenta y siete mil doscientos sesenta y cinco pesos (**\$7.682.587.265**). Tuvo como objeto **“CONTRATACIÓN DE SERVICIOS GENERALES Y ASEO PARA LAS 227 INSTITUCIONES EDUCATIVAS OFICIALES Y CENTROS EDUCATIVOS OFICIALES DEL MUNICIPIO DE MEDELLÍN CON SUS RESPECTIVAS SECCIONES”**.*

*Por lo que se procederá a analizar cada uno de los tres ítems que conforman el daño al patrimonio público, conforme se definió en auto de apertura e imputación, y dio origen a este proceso, los cuales se discriminan así [...]:*

*3) Sobrecosto por pago de servicios de aseo durante el tiempo no laborado, esto es, del 1 de Enero de 2011 al 10 del mismo mes y año, cuantificado en [...] (\$531.946.025) [...].*

*En cuanto al ítem 3 donde se imputó como detrimento patrimonial por pago de servicios de aseo durante el tiempo no laborado en cuantía de **\$531.946.025**, correspondiente a los días 1 al 10 de Enero de 2011, en este*

<sup>21</sup> Se procede a transcribir los apartes más relevantes, sin perjuicio de las citas que se hagan al analizar cada uno de los cargos.

<sup>22</sup> Folios 23 a 40 del cuaderno núm. 1 del expediente.



*sentido es importante recabar que el contrato que nos ocupa, es decir el Nro. 4600026771 de 2010 se inició el 18 de mayo de 2010 con un plazo inicial de 7 meses y 14 días, es decir, que se estaría terminando el 31 de Diciembre de 2010 pero finalmente fue objeto durante el año 2011 de dos adiciones y ampliaciones que desde luego hicieron parte global del valor del contrato así:*

*Primera adición en valor y en plazo (folio 268): suscrita el día 25 de Enero de 2011, valor de \$ 1.546.482.256 por un plazo de dos meses (60 días) del 26 de Enero al 25 de marzo de 2011. Segunda adición y ampliación: suscrita por las partes el 25 de marzo de 2011 por valor de \$552.416.655, para un plazo de 21 días, es decir, del 26 de marzo de 2011 al 15 de Abril del mismo año. (Folio 268).*

*Ahora el 17 de abril de 2010 se emitió el acta de suspensión suscrita por el Secretario de Educación (E) para la época doctor LUIS ALFONSO BARRERA SOSSA y el señor ARMANDO MONTOYA BAENA, en calidad de Gerente de la Cooperativa Recuperar, acto administrativo que dispuso la suspensión del servicio de aseo de las 227 Instituciones Educativas del Municipio de Medellín, desde el 17 de diciembre de 2010 hasta el 11 de Enero de 2011, (folio 317) para ese lapso, la señora GLORIA ARBOLEDA, como jefe de aseo de la Cooperativa Recuperar, ya había emitido (noviembre 24 de 2010) circular (folio 315) dirigida a las Instituciones Educativas y Asociados, donde informa que se pagaría el tiempo no laborado correspondiente a las vacaciones y dispone el reingreso de todo el personal en Enero 11 de 2011.*

*Frente a esta situación el señor MARIO ANTONIO MUÑOZ PIMIENTA, interventor, afirma en audiencia de descargos, que como interventor del contrato recibió la aludida circular, con copia al Sub-Secretario Administrativo y Financiero de Educación, señor Luis Alfonso Barrera Sossa, comunicación que informaba que en aras de no interrumpir los pagos salariales a los operarios, (asociados), la Cooperativa continuaría pagando estos y demás obligaciones legales, causadas en este período de suspensión, a la vez la Cooperativa se comprometía mediante sus operarios a pagar este tiempo de suspensión laborando una hora más del horario laboral de lunes a viernes y los sábados se laboraba durante 8 horas, ello se dispuso desde el 22 de Noviembre de 2010 hasta el 17 de Diciembre del mismo año y luego se laboraría a partir de enero de 2011 una hora diaria y 8 horas los sábados. Continúa afirmando en su injurada el señor, MARIO ANTONIO MUÑOZ PIMIENTA, que envió la circular a los jefes de núcleo, para que estos a su vez lo reenviaran a los rectores y coordinadores de las de las 227 Instituciones Educativas para las cuales se prestaba el servicio.*

*Ahora el detrimento cuantificado por el grupo auditor en quinientos treinta y un millones novecientos cuarenta seis mil veinticinco pesos (\$531.946.025) conforme al análisis financiero obrante a folio 14 del cuaderno 1, afirma el grupo auditor:*

*“... De acuerdo a lo anterior, se evidenció que del 17 al 31 de diciembre no se facturó ni se pagó el servicio de aseo, pero el contratista facturó del 1 al 10 de enero de 2011 cuando el contrato aún se encontraba suspendido. Por tal motivo la auditoría consideró que por este espacio de tiempo (10 días del mes de enero de 2011), se configura un detrimento al patrimonio público de*



quinientos treinta y un millón novecientos cuarenta seis mil veinticinco pesos (\$531.946.025)”.  
Frente al monto determinado por el grupo auditor, es necesario aclarar que desde el punto de vista financiero existe un yerro (sic) referido al cálculo en cuanto al valor de los 10 días pagados del mes de Enero de 2011, es decir, del 1 al 10, de donde según la Auditoría fue el lapso que el municipio de Medellín pagó en una cuantía de quinientos treinta y un millones novecientos cuarenta y seis mil veinticinco pesos (\$531.946.025), en realidad y conforme al análisis que a continuación se presenta, el valor correspondiente a diez días es el equivalente a DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO VEINTITRÉS MIL TRESCIENTOS VEINTIDÓS PESOS (\$259.123.322), tal como se expone en el siguiente cuadro:

[...]

[...]

Los datos anteriores son extractados conforme a la factura Nro. 179121 de fecha 1/7/2011 y acta de terminación y liquidación del Contrato No. 4600026771, dentro de los pagos al Contratista para el caso La Cooperativa Recuperar, según factura cancelada a folio 323 por valor de \$869.808.306, documento en el cual además se realizó el pago del 1 al 25 de enero de 2011 y conforme a cuenta de cobro obrante a folio 325, tenemos que esos 25 días tienen un costo de \$647.808.306, ello implica que el valor día es de \$25.912.332 que multiplicado por 10 días, equivale a un valor de \$259.123.322, cuantía correspondiente al detrimento endilgado en el ítem dos y correspondiente al pago del 01 al 10 de Enero de 2011, lapso en que el Contrato No. 4600026771 estaba suspendido conforme al acta de suspensión obrante a folio 317.

[...]

En lo atinente a lo expresado por los presuntos responsables fiscales en cuanto a que el tiempo del 01 al 10 de Enero de 2011, cancelado al contratista por disposición de la Secretaría de Educación dentro del pago correspondiente del 1 al 25 de Enero de 2011, si bien es cierto, el contratista no laboró del 1 al 10 de Enero de 2011, en atención a que el Contrato estaba suspendido (folio 317), aseguran los implicados, este tiempo fue compensado extendiendo el horario tal como se dice en la circular obrante a folio 316, es decir, una hora diaria más al horario habitual de 8 horas a partir del 11 de enero de 2011 y los sábados 8 horas hasta el 26 de febrero de 2011, este último con medio tiempo o sea 4 horas. Llama la atención frente a esta comunicación lo siguiente.

La Circular fue expedida el 24 de Noviembre de 2010, cuando aún no existía acta de suspensión del Contrato Nro. 4600026771.

El Contrato Nro. 4600026771, de naturaleza estatal, carece de acta bilateral donde se manifieste el tipo de compensación que se realizaría por los días en que estaría suspendido en el mismo.

En el acta de liquidación obrante a folio 322 tampoco se hace referencia a la suspensión del contrato y menos aún a la compensación de este tiempo, conforme a lo dispuesto en la manida circular.



*Dicha circular no está suscrita por el representante legal del Contratista, carece de firma del suscriptor para el caso el jefe de aseo del Contratista.*

*Mirando la circular desde el punto de vista interno de la empresa Recuperar esta crea unas obligaciones internas, que requieren para su validez ante el Contratante, esto es, Secretaría de Educación del municipio de Medellín, ser avalada por el Representante Legal Contratista, o sea existir un acta mediante la cual se compensarían los días en los cuales estaría suspendido el contrato.*

*No existen dentro del plenario recibidos de dicha correspondencia de parte de los Rectores de las diferentes instituciones educativas que acrediten el recibido de dicha directriz.*

*La Interventoría tampoco elaboró recibos a satisfacción en los cuales se acredite los días, las horas y el lapso del tiempo en cada una de las Instituciones Educativas donde según los presuntos se compensó el tiempo pagado por la Secretaría Educación del 1 al 10 de Enero de 2011.*

*El Despacho observa que existe una circular con las anotaciones antes referidas, pero no existe soporte contractual que permita determinar que hubo un acuerdo de voluntades entre las partes para realizar dicha compensación situación que a grandes luces vulnera los principios contractuales como la transparencia, publicidad y economía, bordeando con ello ámbitos disciplinarios. De otro lado la prueba testimonial habla de una compensación laboral donde se paga el tiempo no laborado del 1 al 10 de Enero de 2011, pero se trata de meras afirmaciones carentes de prueba que así lo demuestre y es que en la misma prueba testimonial juramentada y rendida por el entonces Subsecretario Administrativo y Financiero, funcionario que para la época de los hechos también era uno de los encargados o por lo menos veedor del cumplimiento del Contrato que nos ocupa, se trata del señor, LUIS ALFONSO BARRERA SOSSA, este nos afirma en declaración bajo juramento que rinde en Audiencia Pública, (obrante en el plenario en medio magnético) que dentro de sus deberes estaba la tutela de las Instituciones Educativas del municipio, por lo que el interventor para el caso Mario Antonio Muñoz Pimienta, tenía el deber de comunicarle cualquier novedad, en atención que él como Subsecretario Administrativo y Financiero, era quien gestionaba tanto para el personal que laboraba en aseo como para los vigilantes, todo lo pertinente a labores por fuera del horario en los establecimientos educativos, además era él quien disponía el envió de avisos y comunicaciones pertinentes en este sentido; llama la atención al Despacho que precisamente este funcionario no haya dejado la mínima anotación frente a la manida compensación laboral y se conformó con los comentarios de oídas en el sentido de que en algunas instituciones se estaba compensando sin precisar qué tiempo, tampoco existe constancia en el plenario, de que haya coordinado nada con relación a la extensión de horario ni avisó a los vigilantes que prestaban el servicio en las instituciones educativas y tal como él lo dice en su declaración rendida en agosto 12 de 2014, todo tenía que ser coordinado con él como Subsecretario Administrativo y Financiero de la Secretaría de Educación, incluso afirma en su declaración que era él el jefe del Interventor para el caso el señor Mario Antonio Muñoz Pimienta, pero además fue él quien suscribió como Secretario de Educación (E) el acta de suspensión del Contrato. Para*



*el despacho es de recibo las afirmaciones de este funcionario y son concisas sus afirmaciones, como respuestas al Despacho en relación a que sí se compensó o no, el tiempo del 1 al 10 de Enero de 2011, dice que "...sería muy ambicioso afirmar que se laboró en un 100%..." estas afirmaciones aunadas a la carencia de soportes documentales, y observando que los documentos que se anexan 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 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 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.*

*Del análisis del material probatorio referido obrante en el plenario se concluye que 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 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 DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO VEINTITRÉS MIL TRESCIENTOS VEINTIDÓS PESOS (\$259.123.322).*

*Llama la atención al Despacho que uno de los funcionarios más enterados en cuanto a la suspensión de este contrato, en atención a que fue quien suscribió mediante acto administrativo la suspensión del mismo, no haya dejado constancia alguna frente a las labores que se dice se ejecutaron por fuera del horario establecido a fin de compensar el tiempo de enero 1 al 10 de 2011 y menos aún desde su cargo como subsecretario administrativo y financiero, diera aviso alguno al titular de la Secretaría, para que se llevara en forma efectiva el control en cuanto a evitar pagos de los días que no se laboraron, es que tratándose de recursos públicos, existe una obligación para los funcionarios que estuvieron involucrados en el cumplimiento del contrato, como mínimo realizando las verificaciones de las labores referidas a la compensación que dicen los presuntos, pero como queda demostrado en la prueba obrante, ello se omitió; ni siquiera el interventor del contrato Nro. 4600026771 objeto de estudio en este proceso, señor Mario Antonio Muñoz Pimienta, lo hizo, es claro que con este pago de 10 días que no se laboraron (del 1 al 10 de Enero de 2011) no se acató el acta suspensión obrante a folio 317 del cuaderno 2, la cual estableció que los recursos correspondientes al tiempo de suspensión serían utilizados en el período en el que se diera inicio nuevamente a las actividades administrativas y académicas.*

*En síntesis obra en el plenario que del 1 al 10 de enero de 2011 el contrato Nro. 4600026771 estaba suspendido, sin embargo el contratista facturó cuenta de cobro y la Secretaría de Educación del municipio de Medellín pagó mediante factura Nro. 179121 Obrante a folio 323.*



*A partir de todo lo expuesto sin duda alguna encuentra la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción que existen las suficiente razones para tener por acreditado, el daño ocasionado a la Secretaría de Educación del municipio de Medellín en cuantía de DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO VEINTITRÉS MIL TRESCIENTOS VEINTIDÓS PESOS (\$259.123.322) originado en el pago efectuado por tiempo no laborado del 1 al 10 de Enero de 2011, dentro del Contrato Nro. 4600026771 de mayo 14 de 2010 (folios 311 a 314), con lo que queda configurado el daño, como primer elemento de la responsabilidad fiscal.*

### **CONDICIÓN DE GESTORES FISCALES DE LOS PRESUNTOS RESPONSABLES**

[...]

*En este orden de ideas, no le cabe duda a este operador jurídico (sic) de la condición de gestor fiscal del señor: FELIPE ANDRÉS GIL BARRERA, identificado con cédula de ciudadanía número 71.774.308, Secretario de Educación del Municipio de Medellín para la época de los hechos, desarrolló y ejecutó acciones inherentes a su cargo, ello con ocasión de sus funciones (folio 86 vuelto), del cual vale la pena destacar la que se enuncia a continuación.*

*"Controlar el manejo de los recursos financieros para que éstos se ejecuten de conformidad con los planes y programas establecidos y con las normas de la Ley 715 de 2001".*

*Así las cosas, para el Despacho resulta evidente la condición de gestor fiscal del señor FELIPE ANDRÉS GIL BARRERA, identificado con cédula de ciudadanía número 71.774.308, habida cuenta que se desempeñaba en un cargo directivo y cumplía las funciones que según la Ley y la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, constituyen sin lugar a dudas ejercicio de gestión fiscal, es decir según el Artículo 3 de la Ley 610 de 2000, el señor GIL BARRERA, realizó actos propios de la Gestión Fiscal, puesto que conforme a sus funciones y aunado a la suscripción que al igual que los demás implicados efectuó, de la liquidación bilateral del Contrato que nos ocupa, de fecha 26 de Julio de 2011; documento que hizo parte de los soportes del pago que configuró el detrimento patrimonial en cuantía de [...] (\$259.123.322) originado en el pago efectuado al Contratista por tiempo no laborado del 1 al 10 de Enero de 2011 dentro del Contrato Nro. 4600026771, tal como se analizó en el acápite del daño. De este modo, se infiere de manera lógica y consistente con la conducta desplegada por el señor FELIPE ANDRÉS GIL BARRERA, y las decisiones adoptadas por éste en el caso que nos ocupa, se enmarcan en uno de los verbos rectores que instituye el Artículo 30 de la plurimencionada Ley 610 de 2000, el cual estriba en que DISPUSO de los recursos públicos objeto de investigación fiscal, generando con ello un detrimento patrimonial a las arcas del Municipio de Medellín [...].*

***Por último en cuanto al Contratista para el caso la Cooperativa de Trabajo Asociado RECUPERAR, con Nit 890.905.211-1 representada legalmente por el señor ARMANDO MONTOYA BAENA, [...] el cual conforme a lo expuesto está llamado a ser sujeto pasivo de la acción fiscal en tanto que como tal hace parte de los particulares que por***



**conexidad próxima y necesaria a la gestión fiscal, concurren al hecho dañoso, esto es, al detrimento patrimonial determinado en este proceso.**

**En virtud de lo anterior, vale la pena argüir que si bien es cierto en stricto sensu el señor ARMANDO MONTOYA BAENA, quien fungió como Contratista y representante legal de Recuperar, no puede ser catalogado como gestor fiscal, tal circunstancia no lo libera de responsabilidad fiscal por cuanto este operador jurídico en consonancia con la Sentencia C 840 de 2001, considera que no solo los gestores fiscales son sujetos pasivos de la acción fiscal, esto es, los particulares también son susceptibles de ser responsabilizados fiscalmente por conexidad próxima y necesaria con la gestión fiscal. Es así, pues, que dentro de este proceso se ha logrado concluir de manera categórica que el señor ARMANDO MONTOYA BAENA, dada su calidad de Contratista y teniendo en cuenta su comportamiento, el cual estribó en disponer los cobros mensuales del contrato No 4600026771 de 2010 según documentación obrante, entre los cuales se encuentra la factura No 179121 del 1 de julio de 2010 (sic), que incluyó los días del 1 a 10 de Enero de 2011, lapso para el cual el contrato 4600026771 se encontraba suspendido y tiempo que conforme al análisis probatorio ut-supra no se compensó, igualmente suscribe el acta de terminación y liquidación, donde se incluye el pago aludido, no obstante que como quedó acreditado no se compensó laboralmente, son estas pruebas las que contribuyeron a la configuración del detrimento patrimonial cuantificado en \$259.123.322 y **configuran sin lugar a dudas una relación de conexidad próxima y necesaria con la gestión fiscal, circunstancia que lo erige en presunto responsable de segundo orden o indirecto.****

Del mismo modo, el inciso final del Artículo 1° de la Ley 610 de 2000 guarda relación con el inciso 2° del Artículo 6 ibídem, **de lo cual se deduce como ya se indicó, que en el desarrollo de la gestión fiscal existen personas que sin ser gestores fiscales, pueden ser responsabilizados fiscalmente por ostentar una relación de conexidad próxima y necesaria con la gestión fiscal, normativa que fue declarada exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en Sentencia C- 840 de 2001.** También se infiere de estas preceptivas, dos (2) aspectos a resaltar, de una parte que el daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado y, de otra parte que **los autores del daño no son solamente quienes lo produzcan directamente, sino también quienes contribuyan al detrimento patrimonial.**

De otra parte, hay que tener en cuenta el Artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, el cual estableció para efectos de determinar la responsabilidad fiscal la figura jurídica de la SOLIDARIDAD [...]:

Así las cosas, se colige del Artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, que los procesos de responsabilidad fiscal, no solamente están dirigidos a quienes realizan en estricto sentido gestión fiscal, sino también a quienes contribuyan o concurren a la materialización del daño, de tal suerte que para este operador fiscal, con fundamento en los Artículos 10 y 60 de la Ley 610 de 2000 y especialmente en la Sentencia C-840 de 2001, es indudable que el



señores, **MARIO ANTONIO MUÑOZ PIMIENTA Y ARMANDO MONTOYA BAENA**, en sus funciones de Interventor y Contratista respectivamente, en el caso que nos ocupa, son sujetos pasivos indirectos de la Responsabilidad fiscal.

[...]

*Es claro para el despacho la omisión de los presuntos en cuanto al control del bien patrimonial tutelado, para el caso concreto, que cada acta y documento suscrito para el posterior pago del contrato, estuviese acorde con la realidad contractual, sin embargo analizado y observado minuciosamente el acervo probatorio obrante, ni en las actas de interventoría, ni en los pagos efectuados se hace relación al acta de suspensión del contrato y menos aún a los días pagados y no laborados (del 1 al 10 de enero de 2011), como tampoco se encuentra acreditada la pre-mentada compensación que se pregona en la prueba testimonial, por el contrario la prueba obrante (folios 1 al 200 cuaderno 1 de pruebas, (317, 318, 322, 323, 325 del cuaderno 2 de pruebas) permite concluir que se pagó del 1 al 10 de Enero de 2011, pero no se compensó dicho tiempo, conforme al análisis que se ha venido haciendo.*

**UNA CONDUCTA DOLOSA O CULPOSA (CULPA GRAVE) ATRIBUIBLE A UNA PERSONA QUE REALIZA GESTIÓN FISCAL (ACTIVA U OMISIVA)**

[...]

**ARMANDO MONTOYA BAENA, [...] en representación legal de la Cooperativa RECUPERAR, quien fungió como contratista para la época de los hechos, considera el Despacho que si bien el Contratista no es gestor fiscal, contribuyó con su acción a través de su representante legal, a la configuración del detrimento patrimonial ocasionado; acción que deviene en el caso que nos ocupa de la factura de cobro que presentó y recibo de su posterior pago de parte de la administración municipal, donde le fue cancelado del 1 al 25 de Enero de 2011, dicho pago contiene los primeros diez días del mes de enero de 2011, lapso en el cual se encontraba suspendido, por consiguiente y de conformidad al acervo probatorio obrante se hizo un pago con menoscabo al erario público, por parte de la administración, por 10 días no laborados, tiempo que conforme al análisis de la prueba obrante no se compensó.**

*A partir del anterior marco funcional, tanto de carácter administrativo como legal, es determinante la competencia de los presuntos vinculados a este proceso con radicado 021-2013, por consiguiente tenían la obligación de velar, para que cada uno de los pagos efectuados al contrato fueran concurrentes con las actividades y tiempo laborado. Considera este Despacho que los vinculados como presuntos responsables fiscales, incurrieron en una grave omisión al aprobar actas que conllevaron a pagos por actividades laborales que no se ejecutaron (folios 322 a 325), así quedó acreditado en el acervo probatorio obrante y previamente analizado. Omisión que por demás revierte en un claro incumplimiento de sus deberes y obligaciones funcionales y legales, lo cual denota negligencia, descuido e ineficiencia en la administración de los recursos públicos del Municipio de Medellín, hecho que se concreta, en la expedición y presentación de la*



*facturación del 1 al 25 de Enero de 2011 de parte del contratista y su posterior pago autorizado por el Contratante y el interventor del Contrato, conforme se aprecia en el acta final de liquidación del Contrato No. 4600026771 (folio 322) y pagos correspondientes a esta.*

*No se debe olvidar que además de sus deberes funcionales para el caso del Secretario de Educación y el Interventor, tenían el deber y la obligación de cumplir legal y constitucional con la preservación del erario público, con acatamiento del principio de eficiencia (ley 42 de 1993, ley 610 de 2000 y ley 1474 de 2011) en la administración de los recursos públicos, deber consignado adicionalmente en el numeral 21 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 cuando consagra [...]:*

*Siguiendo el lineamiento normativo, jurisprudencial y doctrinario en comento determinadas las funciones y obligaciones del servidor público y de quienes obraron por conexidad próxima y necesaria con la gestión fiscal, cuyos comportamientos acarrearón el detrimento al patrimonio público, donde se vio afectada la Secretaría de Educación del Municipio de Medellín, se deduce que los señores FELIPE ANDRÉS GIL BARRERA, MARIO ANTONIO MUÑOZ PIMIENTA y ARMANDO MONTOYA BAENA; Secretario de Educación del Municipio de Medellín, Interventor y Contratista respectivamente y quienes fungieron para la época de los hechos, incurrieron en culpa grave, habida cuenta que el señor GIL BARRERA, dispuso pagar a favor del Contratista (Recuperar) la suma de [...] \$259.123.322; asimismo incurrieron en culpa grave [...].*

#### **NEXO CAUSAL O DE IMPUTACIÓN ENTRE LOS DOS ELEMENTOS ANTERIORES**

*[...]*

*Así las cosas para el caso concreto, el daño fiscal deviene imputable única y exclusivamente a las acciones y omisiones de los presuntos responsables fiscales investigados dentro del proceso en tanto si su conducta y comportamiento se hubiera ajustado al cumplimiento de sus obligaciones y deberes constitucionales, legales y funcionales ningún perjuicio se hubiese presentado en las arcas del municipio de Medellín, encuentra este Órgano de Control Fiscal que entre la conducta negligente, omisiva e irregular desplegada por los investigados existió una relación de causa - efecto.*

*No resulta de recibo para este Ente de Control Fiscal la argumentación de la defensa de los presuntos en el sentido de que no hay detrimento patrimonial por el pago del 01 al 10 de enero de 2011, fecha para lo cual el contrato se encontraba suspendido según acta suscrita por las partes en diciembre 17 de 2010, en razón según la defensa, a que este tiempo se compensó conforme lo estipuló la circular obrante a folio 316, y es precisamente en este aspecto donde faltó control y vigilancia por parte de los vinculados como presuntos responsables, porque contrario a lo manifestado, es del análisis efectuado a la prueba obrante (testimonial y documental) previamente analizada de donde se infiere lo contrario, y conforme a ello se estableció que tal compensación no se llevó a efecto; por tanto era responsabilidad de todas las personas que participaron quienes dirigieron y vigilaron el proceso de contratación pública y concretamente el Contrato No 460002671 de 2010,*



*(suscrito con la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar y Secretaría de Educación), propender porque el patrimonio del municipio de Medellín no sufriera merma o mengua injustificada), entre las personas que participaron y para el caso que nos ocupa, quienes fueron vinculados al proceso con radicado 021-2013, inicialmente como presuntos responsables fiscales, (las partes y el interventor) y de quienes frente a este elemento (nexo causal) se procederá a determinar la relación causa efecto frente a su comportamiento:*

*[...]*

*En el caso sub iudice se hace menester analizar la relación causa-efecto en relación con el comportamiento desplegado por los presuntos responsables fiscales, lo que comporta auscultar las conductas llevadas a cabo para la época de los hechos por los señores FELIPE ANDRÉS GIL BARRERA (Secretario de Educación del Municipio de Medellín), MARIO ANTONIO MUÑOZ PIMIENTA (interventor), y ARMANDO MONTOYA BAENA, quien fungió como Contratista. El primero, es decir, FELIPE ANDRÉS GIL BARRERA, omitió su obligación funcional de controlar los recursos financieros, y no obstante que era conocedor de la suspensión del contrato No. 4600026771 del 17 de Diciembre del 2010 al 11 de enero de 2011, procedió a la liquidación final (folio 322) en la cual autorizó el pago de los primeros 10 días no laborados del mes de Enero de 2011, lapso que conforme al análisis de la prueba obrante no fue compensado.*

*[...]*

*Ahora bien, con respecto a los señores MARIO ANTONIO MUÑOZ PIMIENTA, interventor del contrato referido, quien se reitera omitió el seguimiento administrativo y financiero al contrato al aprobar el acta de terminación y liquidación del mencionado contrato No. 460002677, donde de manera unánime con los demás presuntos responsables aquí vinculados dispuso el pago para el Contratista de diez días no laborados (del 1 al 10 de enero de 2011), lapso para el cual se encontraba suspendido el contrato (folio 317), conforme lo acordaron las partes, situación que originó el detrimento patrimonial en este proceso determinado. En cuanto al señor ARMANDO MONTOYA BAENA, dada su calidad de Contratista y teniendo en cuenta su comportamiento, el cual estribó en disponer los cobros mensuales del contrato No. 4600026771 de 2010 según documentación obrante (folios 323, 324 y 325) entre los cuales se encuentra la factura No. 179121 del 1 de julio de 2010 (sic), que incluyó los días del 1 al 10 de Enero de 2011 haciendo caso omiso a la suscripción que personalmente llevó a efecto con el entonces Secretario de Educación (E), señor LUIS ALFONSO BARRERA SOSSA (folio 317), igualmente suscribió el acta de terminación y liquidación del mencionado contrato, donde se incluye el pago aludido, no obstante que como quedó acreditado no se compensó laboralmente; son estas pruebas las que contribuyeron a la configuración del detrimento patrimonial aquí determinado y cuantificado en [...] (\$259.123.322) lo cual configura sin lugar a dudas una relación de conexidad próxima y necesaria con la gestión fiscal, de los señores Muñoz Pimiento y Montoya Baena, circunstancia que indudablemente determina el nexo de causalidad que se configura a partir de su comportamiento y la causación del detrimento patrimonial.*



*Corolario de haber demostrado los tres elementos que configuran la responsabilidad fiscal con el grado de certeza que exige el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, este Órgano de Control Fiscal fallará con responsabilidad fiscal en contra de los señores FELIPE ANDRÉS GIL BARRERA, quien para el momento de los hechos se desempeñaba como Secretario de Despacho de la Secretaría de Educación del Municipio de Medellín [...]. MARIO ANTONIO MUÑOZ PIMIENTA quien para el momento de los hechos era el interventor del contrato y ARMANDO MONTOYA BAENA, quien al momento de los hechos fungía como representante legal de la Empresa Contratista COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO RECUPERAR, quien se identifica con el Nit 890.985.000-6, por la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO VEINTITRÉS MIL TRESCIENTOS VEINTIDÓS PESOS \$259.123.322 que se deberá indexar en el acápite siguiente como lo ordena el literal e del artículo 101 de la Ley 1474 de 2011.*

[...]

*De conformidad con lo esbozado en los considerandos, valoradas las pruebas en su integridad, atendidos los principios rectores de ley, conforme al artículo 53 de la Ley 610 de 2000, este Despacho,*

#### **RESUELVE**

**PRIMERO:** *Fallar con responsabilidad fiscal en contra de los señores FELIPE ANDRÉS GIL BARRERA [...], MARIO ANTONIO MUÑOZ PIMIENTA [...], así mismo contra la empresa, Cooperativa de Trabajo Asociado RECUPERAR, [...] representada legalmente por el señor ARMANDO DE JESÚS MONTOYA BAENA, [...] determinado en la suma de [...] (\$331.068.714), valor debidamente indexado de acuerdo a los índices de precios al consumidor, con fundamento en la parte motiva de esta providencia.*

[...]” (Destacado fuera de texto - Subrayado original del texto).

21.2. El Auto núm. 001 de 2 de enero de 2018<sup>23</sup>, por medio del cual se resuelven unos recursos de apelación y se resuelve el grado de consulta, del cual se destaca lo siguiente:

#### **[...] APODERADO DE FELIPE ANDRÉS GIL BARRERA**

*Mediante escrito recibido por el Despacho de la Contralora el 21 de diciembre de 2017 sustenta el recurso de apelación, y presenta las siguientes inconformidades:*

#### **Dilación injustificada en la decisión y su incidencia en el fallo**

<sup>23</sup> Folios 41 a 57 del cuaderno núm. 1 del expediente.



Argumenta el apoderado que en el presente caso la audiencia de descargos culminó el 24 de septiembre de 2014 y el fallo se produjo el 6 de diciembre de 2017, contrariando el literal “d” del Artículo 101 de la Ley 1474 de 2011. Indica que el abogado sustanciador de la época manifestó que estaba demostrada la compensación y que por eso renunció a la práctica de pruebas.

### **Inexistencia de responsabilidad fiscal**

Señala que la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, a través de una errada valoración probatoria llegó a la conclusión de la existencia de un daño patrimonial del Estado. Enfatiza en que fue errada porque impone una tarifa legal a la demostración de la inexistencia del daño al exigir documentos formales en que se hubiere pactado “la compensación del tiempo correspondiente a la suspensión del contrato”. Agrega que la prueba testimonial tiene plena validez para demostrar la inexistencia del daño.

### **No existió culpa grave o dolo en la conducta de Felipe Andrés Gil Barrera**

Sostiene el apelante que en el proceso no se demostró que el doctor Gil Barrera haya actuado con culpa grave o dolo, pese a que la Contraloría tenía el deber de probarlo, pues todo se limita a afirmar que omitió sus funciones. Agrega que en la imputación no se señala a qué título se realizó la conducta.

Manifiesta que el a quo tuvo que haber demostrado que el doctor Gil Barrera Conoció de antemano la suspensión del contrato y el acuerdo de compensación, así como que “decidió no elevar a escrito tal acuerdo de compensación, Tuvo que haber demostrado que sabía que el período de suspensión del contrato no fue compensado”.

Resalta que el nexo de causalidad no puede predicarse, pues sin la demostración del conocimiento de las condiciones de ejecución del contrato por parte del señor Gil Barrera, es imposible conectar su actuación con el supuesto daño.

Por último solicita que se revoque el fallo impugnado.

## **CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**

### **ASPECTOS PRELIMINARES**

En vista de que la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, decidió fallar con responsabilidad fiscal y concedió el recurso de apelación para que fuera sustentado ante el superior, y la vez falló sin responsabilidad fiscal y se desvinculó a Seguros del Estado, se hace necesario resolver el recurso de alzada, como también surtir el grado de consulta al tenor del Artículo 18 de la Ley 610 de 2000 y el Artículo 102 de la Ley 1474 de 2011.

Conforme a las atribuciones establecidas en la Constitución Política, artículos 267, 268, 271 y 272 de la Carta, en la Ley 610 de 2000, y el Acuerdo



066 de 2012 expedido por el Concejo de Medellín, la Contralora General de Medellín es competente para revisar la decisión del a quo y tomar las decisiones que en derecho correspondan.

[...]

### **PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS RECURSOS DE APELACIÓN**

#### **APELACIÓN INTERPUESTA POR JUAN ANTONIO GUTIÉRREZ OCHOA APODERADO DE RECUPERAR**

##### **Sobre la compensación de la semana entre el 1 y el 10 de enero de 2011.**

Dada la importancia que reviste para este proceso el tema de la supuesta compensación y su relación con el daño patrimonial causado al municipio de Medellín, a continuación, nos referiremos a este tema.

El pago y la compensación son dos formas de extinguir las obligaciones (Código Civil art. 1625). El pago es la prestación de lo que se debe; y debe hacerse de conformidad con la obligación Según el Artículo 1714 del C.C cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas.

Conforme al Artículo 1715 del C.C 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;
3. Que ambas sean actualmente exigibles.

En el caso que nos ocupa, no es procedente acudir a la figura de la compensación de que trata el Código Civil por las siguientes razones:

- Según el Código Civil es requisito de la esencia de la compensación que las dos partes sean recíprocamente deudoras, y que la obligación sea de dinero o cosas fungibles (C.C 1716). Por tanto en el presente proceso no debe acudir a la figura del C.C. relacionada con la compensación de deudas, pues no se trata de obligaciones en dinero o de cosas fungibles.

- En el momento de efectuar el pago por parte del municipio de Medellín a RECUPERAR, ambas partes no eran mutuamente deudoras.

- El momento de efectuar el pago por los servicios prestados, el municipio debió descontar de la factura o pago el valor de la semana entre el 1 y el 10 de enero de 2011, pero no lo hizo.

- Si en gracia de discusión se aceptara que era viable utilizar la figura de la compensación, no existe prueba de que la semana entre el 1 y el 10 de enero



de 2011 haya sido pagada o retribuida con la realización de otras labores, distintas a las pactadas. La tesis de que el tiempo descansado entre el 1 y el 10 de enero de 2011 fue compensado con una hora más del horario laboral, tampoco fue autorizado por el municipio de Medellín.

- La semana entre el 1 y el 10 de enero de 2011, no corresponde a tiempos muertos, en cuyo caso sí era viable hacer brigadas de aseo, pero ese no es el caso, dada la suspensión del contrato.
- Es de observar que ni en la descripción de la necesidad, ni el pliego de condiciones ni en el contrato, se estipuló cuál era el horario de los trabajadores, tampoco se autorizaba ningún tipo de "compensación" de forma unilateral por el contratista. Otra cosa es que se hayan presupuestado los costos unitarios con base en 800 turnos de 48 horas.

Ahora bien, ante la pregunta de si era viable que RECUPERAR pagara con tiempo las labores de un contrato suspendido, la respuesta es negativa por las razones que se exponen a continuación.

Si RECUPERAR, compensó con trabajo físico o pagó con tiempo extra, lo hizo por su cuenta y riesgo, pues no existe prueba de esa autorización, y también resultaba contrario a lo estipulado en los estudios previos, según los cuales, **"Los tiempos en que no haya escolarización deben ser empleados para brigadas de aseo y para labores que no puedan ser efectuadas mientras la comunidad educativa se encuentre al interior de las instituciones educativas"**.

Según lo anterior, en los tiempos muertos era viable, no compensar, sino ejecutar las labores de brigadas de aseo. Pero como el municipio suspendió el contrato, no era viable ejecutar ninguna brigada de aseo, y menos compensar con tiempo. En otras palabras no existió ningún tiempo muerto, por lo que no era viable ni compensar ni hacer brigadas de aseo, salvo autorización expresa del municipio.

Los distintos apelantes, sostienen que la compensación sí se realizó, y que obra suficiente prueba testimonial que lo demuestra. Sostienen que los documentos donde aparecen 120 horas laboradas evidencian tal situación.

Para el Despacho no existe prueba de la supuesta compensación; los declarantes ni los documentos indican quién autorizó? qué se hizo?, cuándo?, quiénes lo hicieron?, dónde se hizo?. En el proceso aparece que los operarios trabajaron 120 horas por quincena y 240 horas mes, lo cual corresponde a una jornada de 8 horas diarias de trabajo, pero de ello no deduce ningún tiempo adicional.

Si el contrato estuvo suspendido, ninguna causación de gasto podría sobrevenir, y si se autorizó y pagó contrariando dicha suspensión, se pagó ilegalmente, además con violación de los principios de la gestión fiscal, pues se hizo un gasto innecesario con despilfarro de recursos, pudiéndose ahorrar o evitar, lo cual constituye un detrimento patrimonial al Estado, según las voces del Artículo 6 de la Ley 610 de 2000.



*Según la Ley 80 de 1993 Artículo 39, los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito, y en este proceso no obra prueba de que el municipio haya autorizado ninguna compensación, luego esa fue una decisión unilateral del Contratista, y por tanto no podía el municipio reconocer ningún valor.*

### **Inexistencia de daño**

*Con relación a este punto donde el apelante sostiene que no existió daño patrimonial al Estado y que el municipio salió indemne con la ejecución y liquidación del contrato, puesto que el servicio se prestó efectivamente, ello no resulta cierto tal como se explicó anteriormente.*

*Sobre este elemento, coincidimos con la Primera Instancia en que sí existió daño patrimonial, originado en el pago por 10 días (1 al 10 de enero de 2011), lapso en el cual el contrato estuvo suspendido. Es decir si el contrato se encontraba suspendido por consiguiente en ese lapso no se prestó el servicio, y si se pagó sin tener en cuenta dicha suspensión, ello produjo un daño patrimonial, por doscientos cincuenta y nueve millones ciento veintitrés mil trescientos veintidós pesos (\$259.123.322) (Cuaderno pruebas 1, fl. 125).*

*Dicho daño patrimonial está representado en el menoscabo, detrimento o perjuicio originado en el actuar de los procesados. Los agentes de la firma RECUPERAR directamente contribuyeron a su realización, en forma gravemente culposa, pues al presentar para su cobro al municipio la factura correspondiente a los servicios supuestamente prestados entre el 1 y el 10 de enero de 2011, indicando que el servicio corresponde a 800 turnos de 48 horas con un valor de doscientos cincuenta y nueve millones ciento veintitrés mil trescientos veintidós pesos (\$259.123.322) incurrieron en una falsedad o mínimo lo hicieron sin los soportes que lo acreditaran según lo exigían los pliegos y el contrato. (Cuaderno pruebas 1, fl. 125).*

*Debe observarse que en el contrato 4600026771 se estipuló en la cláusula quinta sobre la forma de pago que este era mensual, previa presentación de la factura con "todos los soportes que aseguren que el servicio fue recibido a antera satisfacción por el interventor". No obstante respecto de la semana entre el 1 y el 10 de enero no aparece prueba de que el servicio fue recibido a antera satisfacción, no obstante RECUPERAR recibió el pago sin que el municipio haya recibido alguna contraprestación.*

*Tal como expresamos anteriormente, para el Despacho resulta evidente que si el contrato estuvo suspendido, ninguna prestación se le debía a RECUPERAR, no podía haber causación de ningún gasto. No obstante RECUPERAR recibió unos recursos en virtud del pago sin ninguna causa; recibió un pago sin ningún soporte legal o contractual, lo cual constituye un detrimento patrimonial al Estado, según las voces del Artículo 6 de la Ley 610 de 2000.*

*Para el Despacho aparece probado en grado de certeza la existencia del daño patrimonial al Estado, conforme a los artículos 5, 23 y 53 de la Ley 610 de 2000.*



### **Ausencia de dolo y culpa grave**

*Según el Consejo de Estado, la conducta es culposa cuando el resultado dañino es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo [...].*

*En el caso concreto el señor ARMANDO MONTOYA BAENA, en representación legal de la COOPERATIVA RECUPERAR, quien fungió como contratista para la época de los hechos, y contribuyó de manera directa a la realización del daño, tuvo una conducta gravemente culposa, pues el resultado dañino fue producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y que debió haberlo previsto por ser previsible; pues siendo consciente de que no prestó ningún servicio en la primera semana de enero de 2011, procedió a realizar su cobro, sin ningún soporte legal o contractual, obteniendo su representada un lucro no merecido. Esa conducta no puede calificarse de otra manera que grosera y gravemente culposa.*

*Igualmente respecto del nexo causal, debe observarse que RECUPERAR impartió la Circular del 24 de noviembre de 2010, donde informaba que entre el 17 de diciembre de 2010 y el 11 de enero de 2011, se suspendían las actividades, sin embargo pasó la cuenta de cobro o factura por ochocientos sesenta y nueve millones novecientos trece mil setenta y seis (\$869.913.076) por concepto de servicios prestados entre el 1 y el 25 de enero 2011. Igualmente suscribió el acta de terminación y liquidación, donde se incluyó el pago aludido, no obstante que como quedó expuesto no compensó ni podía hacerlo, sin acuerdo previo con el municipio de Medellín. Son estas pruebas las que contribuyeron a la configuración del detrimento patrimonial cuantificado en doscientos cincuenta y nueve millones ciento veintitrés mil trescientos veintidós pesos (\$259.123.322) y configuran sin lugar a dudas una relación de conexidad próxima y necesaria entre el daño y la conducta de los representantes de RECUPERAR, circunstancia que la erige responsable fiscalmente.*

*Por tanto para el Despacho aparecen igualmente probados en grado de certeza la conducta gravemente culposa de los agentes de RECUPERAR y el aumento injustificado del patrimonio de aquella, y el nexo causal entre esta y el daño, conforme a los artículos 5, 23 y 53 de la Ley 610 de 2000.*

### **Carga de la prueba y violación del debido proceso**

*Expresa el apelante que la carga de la prueba está en manos de la Contraloría, pero se pretende el A quo que "el contratista demuestre que el servicio sí se prestó, lo cual es violatorio del debido proceso", pues es el Ente de control quien tenía la carga de probar que existió daño, y que fue con culpa grave o dolo. Enfatiza en que no se puede trasladar la carga de la prueba al contratista para que demuestre que prestó el servicio (Pág. 3 apelación).*

*El Despacho considera que no le asiste razón al apelante por las siguientes razones:*



•Conforme a la Ley 610 de 2000 y 1474 de 2011, le corresponde a la Contraloría probar los elementos de la responsabilidad fiscal. Igualmente de acuerdo con el Artículo 50 de la Ley 610 de 2000 y 99 de la Ley 1474 de 2011, esa tarea procesal tiene reflejo en primer lugar en el auto de imputación donde se formulan cargos y se esboza la congruencia de aquellos a derecho y la prueba recopilada (Deber que aumenta en el proceso verbal), le corresponde al procesado presentar los argumentos de defensa para desvirtuar las imputaciones formuladas (que tienen basamento en prueba o la ausencia de la misma), y si no lo logra, entonces procede el fallo con responsabilidad fiscal.

Por tanto, resulta impertinente, equivocado y exótico, afirmar que es la Contraloría quien debe probar la prestación del servicio como si fuera ella un sujeto o parte del contrato.

•De otra parte en virtud del Artículo 268 de la Constitución, las Contralorías pueden exigir cuentas o informes de la gestión fiscal, incluso a particulares. Si ello es así, lo mínimo que puede exigir un ente de control es que se soporte un pago, tal como lo contempla la Ley 42 de 1993 en el Artículo 11 sobre el control de legalidad para comprobar que las operaciones financieras, económicas, administrativas o de cualquiera otra índole, se ejecutaron conforme a las normas que las rigen. Igualmente la misma ley en el Artículo 14 establece que "La revisión de cuentas es el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones." SNFT.

Así las cosas son los responsables del erario quienes deben dar cuenta de lo que hicieron con los recursos públicos y sus resultados.

•Según obra en el expediente, el 25 de enero de 2011, se suscribió una ampliación de plazo por dos (2) meses entre Felipe Andrés Gil Barrera y Armando Montoya Baena, pese a que ya se había cumplido el objeto y plazo del contrato (Cuaderno pruebas 2, fl. 318, 319). Lo anterior significa que lo pagado entre el 1 de enero y el 10 de enero de 2011, no tenía soporte contractual ni legal, pues fue pagado antes de la ampliación del contrato 4600026771.

Recuérdese que el pago es la prestación de lo que se debe, y si no se prestó el servicio, entonces nada le debía el municipio de Medellín a RECUPERAR, y si este pagó, entonces hubo un detrimento a los intereses patrimoniales de Medellín y un enriquecimiento correlativo de la COOPERATIVA.

•Según la Ley 80 de 1993 Artículo 27, "En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento."



*En el caso que nos ocupa se rompió el equilibrio, y las partes no adoptaron las medidas necesarias para su restablecimiento, como podía ser el descuento por los pagos realizados sin prestación alguna.*

*• Es falso que el daño no se haya probado, tal como se demostró anteriormente. Para el Despacho la prueba testimonial, no alcanzó a desvirtuar la responsabilidad del investigado, y existiendo prueba documental que comprometía su responsabilidad, en el caso concreto, no era viable que los testimonios la desvirtuaran a partir de una supuesta compensación que no fue acreditada, a este juicio probatorio deberá aunarse además que en materia de contratación estatal sólo lo escrito y validado por ambas partes procesales ostenta el carácter de contractual y obligatorio para ellas y terceros, así si las partes deseaban mutar la forma de cumplir las obligaciones por ellos adquiridas debían haber acudido a un otrosí modificatorio o un documento análogo.*

*Sobre los documentos aportados por RECUPERAR con los que supuestamente se demuestra que el servicio facturado del 1 al 10 de enero de 2011 "efectivamente fueron trabajadas y pagadas las compensaciones", nada agrega a lo expresado anteriormente. Si Recuperar prestó algún servicio en dicha semana, lo hizo por su cuenta y riesgo, pues no aparece autorización por parte del municipio, lo que a su vez sería contradictorio, pues no se entendería cómo se suspende un contrato y a la vez se autoriza una compensación en tiempo [...].*

*En mérito de lo expuesto, la Contralora General de Medellín,*

#### **RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO:** *No acceder a la revocatoria de los artículos primero y segundo, contenidos en al Acta 11 del 6 de diciembre de 2017, por las razones expuestas en la parte motiva.*

**ARTÍCULO SEGUNDO:** *Confirmar en todas sus partes la decisión contenida en el Acta 11 del 6 de diciembre de 2017, mediante la cual se declaró fiscalmente responsable por la suma de trescientos treinta y un millones sesenta y ocho mil setecientos catorce pesos (\$331.068.714) valor debidamente indexado, a las siguientes personas: FELIPE ANDRÉS GIL BARRERA -Ex Secretario de Educación, MARIO ANTONIO MUÑOZ PIMIENTA -Interventor, y a la Cooperativa de Trabajo Asociado-RECUPERAR [...]" (Subrayado y destacado original del texto).*

### **Problema jurídico**

22. La Sala de la Sección Primera del Consejo de Estado, con fundamento en la demanda, la contestación a la demanda, los recursos de apelación y las pruebas legal y válidamente aportadas al expediente, determinará:



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;

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,

22.3. Si es procedente confirmar, revocar o modificar la sentencia proferida, en primera instancia, el 23 de octubre de 2019 por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

### **Marco normativo sobre el proceso de responsabilidad fiscal**

23. El artículo 267 de la Constitución Política, vigente para la época de los hechos, establecía que el control fiscal es una función pública que ejerce la Contraloría General de la República, responsable de vigilar “[...] *la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o*



**bienes de la Nación, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos [...]** (Destacado fuera de texto).

24. El artículo 268 de la Constitución Política; en especial el numeral 5.º, prevé que al Contralor General de la República le corresponde: “[...] **Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma [...]**” (Destacado fuera de texto).

25. Visto el artículo 272 *ibidem*, sobre la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios en que existan contralorías, establece:

*“[...] **Artículo 272.** La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios **donde haya contralorías, corresponde a estas en forma concurrente con la Contraloría General de la República.**”*

**La vigilancia de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.**

*La ley regulará las competencias concurrentes entre contralorías y la prevalencia de la Contraloría General de la República.*

*Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal, y garantizar su sostenibilidad fiscal.*

*La Auditoría General de la República realizará la certificación anual de las contralorías territoriales a partir de indicadores de gestión, la cual será el insumo para que la Contraloría General de la República intervenga administrativamente las contralorías territoriales y asuma competencias cuando se evidencie falta de objetividad y eficiencia.*

**Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 en lo que sea pertinente, según los principios de coordinación, concurrencia, y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley [...]** (Destacado fuera de texto).



26. Vistos, por un lado el artículo 2.º de la Ley 42<sup>24</sup> de 26 de enero de 1993<sup>25</sup>, son sujetos de control fiscal, entre otros, “[...] **los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos [...]**”; y, por el otro, el artículo 4.º *ibidem*, “[...] **El control fiscal es una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles [...]**” (Destacado fuera de texto).

27. Conforme al artículo 8.º *ibidem*, “[...] **La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que éstos cumplan con los objetivos previstos por la administración [...]**” (Destacado fuera de texto).

28. Vistos, por un lado, el artículo 9.º de la Ley 42, en el ejercicio del control fiscal se puede acudir a los siguientes sistemas de control: i) financiero; ii) de legalidad; iii) de gestión; iv) de resultados; v) de revisión de cuentas; y, vi) de evaluación de control interno; y, por el otro, el artículo 14 *ibidem*, “[...] **La revisión de cuentas es el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones [...]**” (Destacado fuera de texto).

29. Conforme al literal b) del artículo 26 *ibidem*, las contralorías municipales pueden ejercer control posterior, y de manera excepcional, sobre las cuentas de la entidad territorial a la que pertenezcan, a “[...] **solicitud de la ciudadanía, a través de los mecanismos de participación que establezca la Ley [...]**”.

---

<sup>24</sup> Norma vigente para la época de los hechos.

<sup>25</sup> “[...] **Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen [...]**”.



30. Vistos los artículos 32 y 65 *ibidem*, determinan que: i) los “[...] **órganos del control fiscal podrán conocer y evaluar**, en cualquier tiempo, los programas, labores y papeles de trabajo de las empresas contratadas en su jurisdicción y solicitar la presentación periódica de informes generales o específicos. Las recomendaciones que formulen los órganos de control fiscal respectivo al contratista, serán de obligatorio cumplimiento y observancia [...]”; y ii) “[...] **Las contralorías departamentales, distritales y municipales realizan la vigilancia de la gestión fiscal en su jurisdicción de acuerdo a los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la presente ley [...]**” (Destacado fuera de texto).

31. El artículo 1.º de la Ley 610, a su vez establece: “[...] **El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado [...]**” (Destacado fuera de texto).

32. El artículo 3.º de la ley citada *supra*, destaca que por gestión fiscal se entiende “[...] **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 [...]**” (Destacado fuera de texto).

33. Visto el artículo 4.º de la Ley 610, 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** mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.[...]; responsabilidad que “[...] **es autónoma e independiente** y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad [...]” (Destacado fuera de texto).

34. De conformidad con el artículo 5.º *ibidem*, son elementos de la responsabilidad fiscal: i) una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona (natural o jurídica) que realiza gestión fiscal; ii) un daño patrimonial al Estado; y iii) un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

35. Visto el artículo 6.º de la Ley 610, por daño patrimonial al Estado se entiende “[...] **la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa 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 las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público [...]**”<sup>26</sup> (Destacado fuera de texto).

36. El artículo 9.º *ibidem*, sobre caducidad y prescripción señala: “[...] **La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos,**

---

<sup>26</sup> Mediante sentencia C-340 de 2007, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la expresión “o a los intereses patrimoniales del Estado” contenida en el artículo 6º de la Ley 610 de 2000, así como la inexecutable de las expresiones “uso indebido” e “inequitativa” contenidas en la misma disposición.



*de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto. La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare. El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública [...]” (Destacado fuera de texto).*

37. Vistos los artículos 23, 24, 25, 28, 30 y 32 de la Ley 610; sobre pruebas para responsabilizar; petición de pruebas; libertad de pruebas; pruebas trasladadas; pruebas inexistentes; y oportunidad para controvertir las pruebas; se advierte que: i) el fallo de responsabilidad únicamente procede cuando obra prueba que dé certeza del daño patrimonial y la responsabilidad del investigado; ii) el investigado o quien rinda exposición libre pueden pedir la práctica de pruebas; iii) el daño al patrimonio y la responsabilidad del investigado puede demostrarse por cualquier medio de prueba legalmente reconocido; iv) al proceso de responsabilidad fiscal se puede trasladar cualquier prueba obrante válidamente en un proceso judicial, administrativo, disciplinario o de responsabilidad fiscal; v) los hallazgos encontrados en las auditorías fiscales tienen validez probatoria siempre que se hayan recaudado cumpliendo los requisitos de ley; vi) toda prueba recaudada sin el lleno de los requisitos de ley o que afecte los derechos fundamentales del investigado se debe tener como inexistente; y vii) el investigado puede controvertir las pruebas a partir de la exposición espontánea en la indagación preliminar o desde la notificación del auto que da apertura al proceso de responsabilidad fiscal.

38. El artículo 39 *ibidem* prevé que la indagación preliminar tiene por objeto “[...] **verificar la competencia del órgano fiscalizador, la ocurrencia de la conducta y su afectación al patrimonio estatal, determinar la entidad afectada e identificar**



**a los servidores públicos y a los particulares que hayan causado el detrimento o intervenido o contribuido a él [...]** (Destacado fuera de texto).

39. Visto el artículo 40 *ibidem*, cuando de la indagación preliminar, “[...] se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado e **indicios serios sobre los posibles autores del mismo, el funcionario competente ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. El auto de apertura inicia formalmente el proceso de responsabilidad fiscal. En el evento en que se haya identificado a los presuntos responsables fiscales, a fin de que ejerzan el derecho de defensa y contradicción, deberá notificárseles el auto de trámite que ordene la apertura del proceso [...]**” (Destacado fuera de texto).

40. El artículo 48 de la Ley 610 de 2000, sobre el auto de imputación de responsabilidad fiscal, prevé:

**[...] Artículo 48. Auto de imputación de responsabilidad fiscal. El funcionario competente proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados. El auto de imputación deberá contener:**

1. La identificación plena de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado.
2. La indicación y valoración de las pruebas practicadas.
3. La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado [...]

41. El artículo 49 *ibidem*, sobre notificación del auto de imputación de responsabilidad fiscal, señala que el “[...] **auto de imputación de responsabilidad fiscal se notificará a los presuntos responsables o a sus apoderados si los tuvieren y a la compañía de seguros si la hubiere, en la forma y términos establecidos en el Código Contencioso Administrativo. Si la providencia no se hubiere podido notificar personalmente a los implicados que no estén**



*representados por apoderado, surtida la notificación por edicto se les designará apoderado de oficio, con quien se continuará el trámite del proceso [...]”.*

42. Visto el artículo 50 *ibidem*, sobre traslado, los presuntos responsables fiscales cuentan con 10 días, contados a partir del día siguiente a la notificación personal del auto de imputación de responsabilidad fiscal o de la desfijación del edicto “[...] *para presentar los argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas en el auto y solicitar y aportar las pruebas que se pretendan hacer valer [...]”.*

43. Atendiendo lo dispuesto en el artículo 53 *ibidem*, sobre el fallo con responsabilidad fiscal, corresponde al funcionario competente proferir fallo con responsabilidad fiscal “[...] **cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable [...]**”; además, la norma indica que “[...] Los fallos con responsabilidad **deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE [...]**” (Destacado fuera de texto).

44. Visto el artículo 68 *ibidem*, sobre derogatoria; mediante la Ley 610 se dispuso: “[...] **Deróganse los artículos 72 a 89 y el parágrafo del artículo 95 de la Ley 42 de 1993 [...]**” (Destacado fuera de texto).

### **Marco normativo sobre el contrato de prestación de servicios en el régimen de contratación estatal**

45. Visto los numerales 6. y 7.º del artículo 4.º de la Ley 80 de 1993, sobre los derechos y deberes de las entidades estatales, estas, para lograr la materialización de los fines de la contratación estatal, entre otras funciones



deben: i) adelantar las acciones que conduzcan a obtener de los contratistas la indemnización por los daños que sufran en desarrollo “[...] **o con ocasión del contrato celebrado** [...]”; y ii) repetir contra el contratista o terceros responsables, según el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual.

46. El artículo 32 *ibidem*, sobre los contratos estatales, dispone que son “[...] *contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad* [...]”; la norma a título enunciativo numera una serie de contratos estatales incluyendo, entre otros: el contrato de prestación de servicios.

47. Visto el numeral 3.º del artículo citado *supra*, sobre el contrato de prestación de servicios, establece:

*“[...] Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales **para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales o jurídicas cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta** o requieran conocimientos especializados.*

*Estos contratos no generan en ningún caso relación laboral ni prestaciones sociales. **Los contratos a que se refiere este ordinal, se celebrarán por el término estrictamente indispensable.***

***Parágrafo 1.** A los contratos de consultoría, **de prestación de servicios** o de asesoría de cualquier clase, deberá anexarse certificación expedida por el jefe de la entidad, acerca de la inexistencia de personal de planta para desarrollar las actividades que se pretendan contratar [...]”* (Destacado fuera de texto).

48. El artículo 39 de la Ley 80, sobre la forma del contrato estatal, determina que los “[...] **contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito** y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las



*normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad [...]” (Destacado fuera de texto).*

49. De conformidad con el artículo 40 *ibidem*, sobre el contenido del contrato estatal: i) las estipulaciones en los contratos deben ser las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en la Ley 80, correspondan a su esencia y naturaleza; ii) las entidades pueden celebrar contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad; y iii) en los contratos estatales puede incluirse la modalidad, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de la ley y a los de la buena administración.

50. Visto el artículo 52 *ibidem*, sobre la responsabilidad de los contratistas, indica que los “[...] **contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley [...]**” (Destacado fuera de texto).

51. El artículo 56 de la Ley 80, sobre responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal, establece que, para efectos penales, “[...] **el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos [...]**” (Destacado fuera de texto).

52. El artículo 44 de la Ley 1474 de 12 de julio de 2011<sup>27</sup>, sobre sujetos disciplinables, establece:

---

<sup>27</sup> “[...] 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 [...]”.



*[...] Artículo 44. Sujetos disciplinables. El artículo 53 de la Ley 734 de 2002, quedará así:*

***El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.***

***Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.***

***Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos [...]***  
(Destacado fuera de texto).

## **Desarrollos jurisprudenciales sobre el contrato de prestación de servicios en el régimen de contratación estatal**

53. La Corte Constitucional, en la sentencia C-094 de 11 de febrero de 2003<sup>28</sup>, sobre la naturaleza del contrato de prestación de servicios suscrito con una entidad del Estado<sup>29</sup>, expresó:

***[...] Es una modalidad de contrato estatal que se suscribe con personas naturales o jurídicas con el objeto de realizar actividades desarrolladas con la administración o funcionamiento de una entidad pública pero tratándose de personas naturales, sólo puede suscribirse en el evento que tales actividades no puedan ser cumplidas por los servidores públicos que laboran en esa entidad o en caso que para su cumplimiento se requieran conocimientos especializados con los que no cuentan tales servidores. Se trata de un acto reglado, cuya suscripción debe responder a la necesidad de la administración y a la imposibilidad de satisfacer esa necesidad con el personal que labora en la entidad pública respectiva pues si esto es posible o si en tal personal concurre la formación especializada que se requiere para atender tal necesidad, no hay lugar a su suscripción [...]*** (Destacado fuera de texto).

<sup>28</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-094 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>29</sup> Sobre la materia también puede verse la sentencia C-614 de 2 de septiembre de 2009, proferida por la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



54. La Corte Constitucional, en la providencia citada *supra*, destacó que el “[...] **contrato de prestación de servicios es un contrato estatal que tiene como objeto una obligación de hacer, que se caracteriza por la autonomía e independencia del contratista, que tiene una vigencia temporal** y que no genera prestaciones sociales por tratarse de un contrato estatal y no de una relación laboral [...]” (Destacado fuera de texto).

55. La Corte Constitucional, en la sentencia C-563 de 7 de octubre de 1998<sup>30</sup>, refiriéndose a la responsabilidad de los contratistas del Estado, expresó:

**[...] Las razones precedentes obligan a un cuidadoso examen de la situación atinente a la responsabilidad de los contratistas.**

**Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública.**

**Lo anterior es evidente, si se observa que el propósito de la entidad estatal no es el de transferir funciones públicas a los contratistas, las cuales conserva, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, en aras de realizar materialmente los cometidos públicos a ella asignados. Por lo tanto, por ejemplo, en el contrato de obra pública el contratista no es receptor de una función pública, su labor que es estrictamente material y no jurídica, se reduce a construir o reparar la obra pública que requiere el ente estatal para alcanzar los fines que le son propios. Lo mismo puede predicarse, por regla general, cuando se trata de la realización de otros objetos contractuales (suministro de bienes y servicios, compraventa de bienes muebles, etc.).**

**En las circunstancias descritas, el contratista se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones [...]”** (Destacado fuera de texto).

56. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante el concepto núm. C.E. 2003A de 24 de mayo de 2011<sup>31</sup>, al absolver una consulta

<sup>30</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-563 de 7 de octubre de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz.

<sup>31</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Expediente núm. 11001030600020100005200. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo.



que le presentó el Departamento Administrativo de la Función Pública, relacionada con los contratos de prestación de servicios en las contralorías departamentales, realizó un estudio de la normativa que reglamenta la contratación estatal y del concepto de “[...] prestación de servicios [...]”, para concluir lo siguiente:

**[...] 1. Los conceptos de “prestación de servicios” y “prestación de servicios personales”.**

*Quando el artículo 32, numeral 3º, de la ley 80 de 1993 define el contrato de prestación de servicios, establece como condición para su celebración con personas naturales, que el personal de planta sea insuficiente o que se requieran conocimientos especializados.*

*La expresión “persona natural”, remite, necesaria y lógicamente, a la división de las personas que consagra el Código Civil, conforme al cual, las personas son “naturales” y “jurídicas”, agregando que “son personas todos los individuos de la especie humana...”.*

*La definición legal coincide con la acepción gramatical de “persona”. Así mismo, en términos gramaticales, el vocablo “personal” es lo “perteneciente o relativo a la persona”, de manera que hace referencia igualmente a la persona natural.*

**Con base en las acepciones legales y gramaticales indicadas la expresión “prestación de servicios” es un concepto genérico, predicable de las personas naturales y de las personas jurídicas, y la locución “servicios personales”, denotaría un concepto específico referido exclusivamente a los prestados por las personas naturales.**

**No obstante, dichos servicios personales pueden contratarse través de una persona jurídica, como consecuencia de las necesidades de las entidades estatales o de las condiciones que ofrece el mercado de bienes y servicios.**

*Por ejemplo, los servicios profesionales son prestados por personas naturales que actúan de manera independiente, pero también son ofrecidos por las personas jurídicas **que se obligan a prestarlos a través de las personas naturales vinculadas a ellas**. Entonces, para la entidad estatal puede ser suficiente contratar a la persona natural para resolver o atender una situación específica en razón del conocimiento y la experiencia que busca en el contratista, **o bien puede serle necesario o conveniente contratar con la persona jurídica que le ofrezca los conocimientos y experiencia de su personal**. En uno y otro caso, los servicios que la entidad contrata y recibe son personales, sin perjuicio de la condición de persona natural o jurídica del contratista.*

**Tratándose de “actividades operativas, logísticas o asistenciales”, lo común es encontrar personas jurídicas constituidas para realizarlas,**



***también a través de su personal, bien porque respondan a regulaciones de la ley, a particularidades del mercado, del bien o del servicio, o porque se trata de tareas en las cuales no es predominante o no es significativo el trabajo intelectual. Aquí se está contratando una organización y no el servicio prestado propiamente por la persona natural.***

***En consecuencia, a la luz del Estatuto Contractual de la Administración Pública, el contrato de prestación de servicios personales puede ser celebrado por las entidades estatales con personas naturales y con personas jurídicas [...]”*** (Destacado fuera de texto).

### **Acervo probatorio**

57. La Sala procederá a apreciar y valorar, en conjunto, las pruebas aportadas por las partes, de conformidad con las reglas de la sana crítica en los términos del artículo 187<sup>32</sup> del Código de Procedimiento Civil; en concordancia con el artículo 176<sup>33</sup> del Código General del Proceso, aplicando para ello las reglas de la lógica y la certeza que sobre determinados hechos se requiere para efectos de decidir lo que en derecho corresponda, en relación con el problema jurídico planteado en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en los siguientes términos:

### **Pruebas documentales**

57.1. Copia de la Resolución núm. 4894<sup>34</sup> de 22 de abril de 2010<sup>35</sup>, por medio de la cual la Secretaría de Educación del Municipio de Medellín, inició un proceso de selección abreviada de subasta inversa con la finalidad de contratar los servicios generales de aseo para las instituciones educativas oficiales y los centros educativos oficiales del municipio.

<sup>32</sup> “[...] **ARTÍCULO 187. Apreciación de las pruebas.** Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos [...]”.

<sup>33</sup> “[...] **ARTÍCULO 176. APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS.** Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

*El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba [...]”.*

<sup>34</sup> “[...] Por la que se da apertura a un proceso de selección abreviada por subasta inversa [...]”.

<sup>35</sup> Cfr. Folios 59 y 60 del cuaderno de pruebas núm. 2 del CD-ROM núm. 1 del expediente.



57.2. Copia de documento anexo<sup>36</sup> a la Resolución núm. 4894 de 2010, donde el Municipio de Medellín, Secretaría de Educación, establece la necesidad de que se preste el servicio de aseo para “[...] **vaciar y lavar diariamente los basureros de los puestos de trabajo, limpiar y desempolvar la cancelería (sic) y los puestos de trabajo de los servidores, limpiar y desmanchar y/o lavar las paredes en mampostería y revoque, puertas, ventanas, realizar aseo a las unidades sanitarias y cocineta, realizar el barrido, desmanchada, trapeado y encerado de los pisos, efectuar labores de limpieza y desempolvado de ventanas, rejillas, aire acondicionado, lámparas, limpieza de plantas ornamentales, limpieza de pasamanos en los sitios de trabajo asignado [...]**”; es decir, conforme lo expuso la Corte Constitucional en la sentencia C-563 de 1998 en el aparte transcrito *supra*, es palpable que en el asunto bajo estudio la labor a desempeñar por quien resultara contratado por el Municipio de Medellín sería material y no jurídica; esto es, la labor a desarrollar sería meramente operativa.

El Municipio de Medellín, Secretaría de Educación, en el documento dispuso que el pago del valor total del contrato por los servicios prestados de aseo se haría “[...] **mediante pagos parciales mensuales, de acuerdo a la presentación de la factura de cobro o documento equivalente con todos los soportes que aseguren que el servicio fue recibido a entera satisfacción por el interventor [...]**” (Destacado fuera de texto).

57.3. Copia del pliego de condiciones<sup>37</sup>, donde se reitera que el pago del valor total del contrato se haría “[...] **mediante pagos parciales mensuales, de acuerdo a la presentación de la factura de cobro o documento equivalente con todos los soportes que aseguren que el servicio fue recibido a entera satisfacción por el interventor [...]**” (Destacado fuera de texto).

<sup>36</sup> Cfr. Folios 61 a 70 del cuaderno de pruebas núm. 2 del CD-ROM núm. 1 del expediente.

<sup>37</sup> Cfr. Folios 71 a 78 del cuaderno de pruebas núm. 2 del CD-ROM núm. 1 del expediente.



57.4. Copia de la Resolución núm. 5570 de 13 de mayo de 2010<sup>38</sup>, por medio de la cual el Secretario de Educación del Municipio de Medellín adjudicó el contrato a la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar.

57.5. Copia del Contrato núm. 4600026771 de 2010<sup>39</sup>, suscrito entre el Municipio de Medellín, Secretaría de Educación y la parte demandante.

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 segunda, sobre duración, se determinó que el contrato tendría una duración de 7 meses y 14 días calendario, contados a partir de la firma del acta de inicio por el interventor y el contratista; además, en la cláusula tercera se fijó como valor del contrato la suma de \$5.583'688.354.

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;

<sup>38</sup> Cfr. Folios 200 y 201 del cuaderno de pruebas núm. 2 del CD-ROM núm. 1 del expediente.

<sup>39</sup> Cfr. Folios 202 a 209 del cuaderno de pruebas núm. 2 del CD-ROM núm. 1 del expediente.



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<sup>40</sup>.

En la cláusula quinta del contrato, en concordancia con el acto por medio del cual se dio inicio al proceso de selección y el pliego de condiciones citados *supra*, respecto a la forma de pago se determinó:

***“[...] CLÁUSULA QUINTA: FORMA DE PAGO: La cancelación del valor total del contrato se hará mediante pagos parciales mensuales, de acuerdo a la presentación de la factura o documento equivalente con todos los soportes que aseguren que el servicio fue recibido a entera satisfacción por el interventor [...]”*** (Destacado fuera de texto).

En la cláusula décima las partes acordaron que la interventoría del contrato estaría a cargo del funcionario que el Secretario de Educación del Municipio de Medellín delegara para tal efecto; funcionario que se encargaría de: i) supervisar la ejecución de las obligaciones del contratista; ii) velar por el cumplimiento del objeto contratado; y iii) ejercer la vigilancia técnica, administrativa y **financiera** del contrato de conformidad con el Decreto Municipal núm. 626<sup>41</sup> de 18 de marzo de 2005<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> CD ROM núm. 1 de los antecedentes administrativos anexos al expediente.

<sup>41</sup> “[...] Por medio de la cual se adopta el Manual de interventoría del Municipio de Medellín [...]”

<sup>42</sup> CD ROM núm. 6 de los antecedentes administrativos anexos al expediente.



En el párrafo 3.º de la cláusula décima el Municipio de Medellín, Secretaría de Educación y la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar, acordaron que “[...] **el interventor del contrato tendrá la facultad de realizar ajustes o modificaciones a los aspectos técnicos del objeto del mismo, que no impliquen una alteración sustancial al mismo y que no afecte el equilibrio contractual [...]**” (Destacado original del texto).

En la cláusula cuarta, sobre aspectos técnicos del contrato<sup>43</sup>, se pueden destacar los siguientes asuntos a cargo del interventor: i) reunirse con el coordinador del contratista para discutir novedades referentes al desarrollo del contrato; y ii) labores de aseo y su periodicidad.

57.6. Copia del acta de inicio suscrita entre el interventor del contrato núm. 4600026771 de 2010 y la parte demandante, en la que se indica que la ejecución del contrato inicia el 18 de mayo de 2010 y finaliza el 31 de diciembre de 2010<sup>44</sup>.

57.7. Copia de la circular de cese de actividades de 24 de noviembre de 2010<sup>45</sup>, suscrita por la Jefe de Aseo Institucional, con copia al Subsecretario Administrativo y al Líder de Proyectos y Servicios Administrativos de la Secretaría de Educación del Municipio de Medellín, por medio de la cual la parte demandante informa a los directivos de las instituciones educativas del Municipio de Medellín, lo siguiente:

*“[...] Después de haber enviado la información referente a las fechas de salida y regreso del personal de aseo que presta sus servicios en los diferentes colegios y secciones, esta se replanteó teniendo en cuenta la necesidad en la que quedan las instituciones debido a que todavía continúa personal docente, secretarías, matrículas, y algunos refuerzos de estudiantes; por tal motivo se entrega las nuevas fechas de salida y regreso del personal de asociados de la Cooperativa.*”

<sup>43</sup> Cfr. Folios 202 a 204 del cuaderno de pruebas núm. 2 del CD-ROM núm. 1 del expediente.

<sup>44</sup> Cfr. Folio 210 del cuaderno de pruebas núm. 2 del CD-ROM núm. 1 del expediente.

<sup>45</sup> Cfr. Folio 211 del cuaderno de pruebas núm. 2 del CD-ROM núm. 1 del expediente.



*A partir del lunes **22** de noviembre deben adicionar (1 hora) al horario que actualmente tiene establecido de lunes a viernes y los días sábados **27** de noviembre; **04 y 11** de diciembre de 2010 deben prestar sus servicios en una jornada de (8 horas); **el viernes 17 de diciembre de 2010 se suspenden las actividades; el ingreso de todo el personal será el martes 11 de Enero de 2011. Retomando el pago del tiempo con 1 hora diaria y los sábados 8 horas, hasta el sábado 26 de febrero de 2011, este último con medio tiempo o sea 4 horas [...]***” (Destacado original del texto).

57.8. Copia del correo electrónico por medio del cual la parte demandante, el 24 de noviembre de 2010, remite a cada una de las instituciones educativas del Municipio de Medellín, mediante documento adjunto, copia de la circular citada *supra*<sup>46</sup>.

En el folio 121 del cuaderno de pruebas 1 se observa que el documento sí se puso en conocimiento del señor Mario Antonio Muñoz Pimienta, interventor del contrato, al mail: [Mariomuñoz@medellin.gov.co](mailto:Mariomuñoz@medellin.gov.co); así como del señor Luis Alfonso Barrera Sossa, Subsecretario de Educación del Municipio de Medellín, al mail: [luisbarrera@medellin.gov.co](mailto:luisbarrera@medellin.gov.co).

57.9. Copia del acta de suspensión del contrato núm. 4600026771 de 2010<sup>47</sup>, de fecha 17 de diciembre de 2010, suscrita entre el Secretario de Educación (e) del Municipio de Medellín y el representante legal de la parte demandante, por medio del cual, de mutuo acuerdo, suspenden la continuidad del contrato desde el 17 de diciembre de 2010 atendiendo a que como “[...] *no habrá personal docente, administrativo y alumnado no se requiere del servicio de aseo para atender esta necesidad en los establecimientos [...]*”; en consecuencia, “[...] **la continuidad del contrato [...] se reiniciará el 11 de enero de 2011 [...]**” (Destacado fuera de texto).

57.10. Copia del acta de finalización parcial del contrato núm. 4600026771 de 2010, suscrita el 30 de diciembre de 2010 por el interventor designado por el Municipio de Medellín, Secretaría de Educación y la representante de la

<sup>46</sup> Cfr. Folios 120 a 122 del cuaderno de pruebas núm. 1 del CD-ROM núm. 1 del expediente.

<sup>47</sup> Cfr. Folio 212 del cuaderno de pruebas núm. 2 del CD-ROM núm. 1 del expediente.



Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar. En la cláusula quinta de este documento se dejó la siguiente constancia: “[...] *El objeto del contrato se cumplió efectivamente según las especificaciones, **el servicio se recibió a entera satisfacción por parte del Municipio de Medellín, Secretaría de Educación** [...]*” (Destacado fuera de texto).

57.11. Copia de la ampliación de plazo al contrato núm. 4600026771 de 2010<sup>48</sup>, suscrito el 25 de enero de 2011 entre el Secretario de Educación de Medellín y el representante legal de la parte demandante, por medio del cual se dispuso ampliar el plazo del contrato por 2 meses, por un valor de \$1.546’482.256.

57.12. Copia de la ampliación de plazo al contrato núm. 4600026771 de 2010, suscrito el 25 de marzo de 2011 entre el Secretario de Educación de Medellín y el representante legal de la parte demandante, por medio del cual se dispuso ampliar el plazo del contrato por 22 días calendario, por un valor de \$552’416.655, incluido el 1.6% de impuestos.

57.13. Copia del acta de terminación y liquidación del contrato núm. 4600026771 de 2010<sup>49</sup> de 26 de julio de 2011, suscrito por el Secretario de Educación de Medellín; el representante legal de la parte demandante y el interventor del contrato; en el que se manifestó, 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 [...]**.”*

*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.*

<sup>48</sup> Cfr. Folio 215 del cuaderno de pruebas núm. 2 del CD-ROM núm. 1 del expediente.

<sup>49</sup> Cfr. Folios 219 y 220 del cuaderno de pruebas núm. 2 del CD-ROM núm. 1 del expediente.



**DOCUMENTOS.** Para todos los efectos legales se entienden incorporados a la presente Acta: a) Contrato 46000026771 de 2010; b) Acta de iniciación; y c) **Recibos a satisfacción [...]** (Destacado fuera de texto).

57.14. Copia del auto de apertura de imputación núm. 986 de 25 de octubre de 2013, por medio del cual se imputó responsabilidad fiscal, a título de culpa grave, al representante legal de la parte demandante, entre otras razones, por lo siguiente: “[...] Actuó igualmente con **CULPA GRAVE**, cuando en el contrato 4600026771 de 2010, pese a que las Instituciones Educativas de acuerdo al calendario académico del año escolar 2010 establecido por la Resolución 08790 de 2009, estuvieron de vacaciones del 6 de diciembre de 2010 al 7 de enero de 2011 y el contrato de aseo de acuerdo al acta de 17 de diciembre de 2010 se suspendió por el lapso comprendido entre el 17 de diciembre de 2010 al 10 de enero de 2011; de acuerdo a lo anterior se evidenció que del 17 al 31 de diciembre no se facturó ni pagó el servicio de aseo, pero el contratista facturó del 1 al 10 de enero de 2011 dicho servicio, cuando el contrato aún se encontraba suspendido, por tal motivo la auditoría consideró que por este espacio de tiempo (10 días del mes de enero), se configura un detrimento al patrimonio público, cuantificado en \$531.946.025 [...]<sup>50</sup> (Destacado original del texto).

57.15. Copia del documento por medio del cual la parte demandante presentó descargos dentro del proceso de responsabilidad fiscal y propuso como excepción de mérito la ausencia de responsabilidad fiscal argumentando que la parte demandante, en especial su representante legal, no ejerció “[...] durante la ejecución del contrato o de las 3 adiciones e incluso durante la liquidación del mismo contrato **ninguna actividad que implicara GESTIÓN FISCAL [...]**”<sup>51</sup> (Destacado fuera de texto).

57.16. Copia de certificaciones expedidas por rectores de instituciones educativas oficiales del Municipio de Medellín, por medio de las cuales indican, entre otras circunstancias que “[...] **durante los años 2009 y 2010 el personal**

<sup>50</sup> Cfr. Folios 103 a 125 del cuaderno núm. 2 del CD-ROM núm. 1 del expediente.

<sup>51</sup> CD ROM núm. 1 de los antecedentes administrativos anexos al expediente.



***del SERVICIO DE ASEO compensó con horas adicionales durante la semana y los sábados su tiempo de trabajo de las vacaciones [...]”***<sup>52</sup>  
(Destacado fuera de texto).

57.17. Copias de documentos por medio de los cuales, quienes prestaron sus servicios en las instituciones educativas de Medellín manifiestan, aunque no de manera uniforme, que durante el año 2010 compensaron tiempo de vacaciones de lunes a viernes durante una hora diaria y 4 horas los sábados<sup>53</sup>.

57.18. Audio de la declaración rendida por la señora Mariana Bolívar Vásquez, supervisora de los trabajadores asociados a la parte demandante, en la que sostiene que entre el 1.º y el 10 de enero de 2011, quienes prestaban servicios de aseo a las instituciones educativas oficiales del Municipio de Medellín, se encontraban en período de descanso; sin embargo, aclaró que, para compensar el tiempo de receso, los empleados trabajaron de lunes a sábado horas adicionales entre noviembre de 2010 y febrero de 2011<sup>54</sup>.

57.19. Audios de las declaraciones rendidas por empleados de la parte demandante; de las compañías aseguradoras; y de funcionarios de la Secretaría de Educación del Municipio de Medellín<sup>55</sup>.

57.20. Audio de la audiencia de alegatos de conclusión celebrada en las instalaciones de la Contraloría General del Municipio de Medellín<sup>56</sup>.

57.21. Audio de la audiencia en la cual se emitió fallo de responsabilidad fiscal, entre otros, contra la parte demandante<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> Cfr. Folios 1 a 33 del cuaderno de pruebas núm. 1 del CD-ROM núm. 1 del expediente.

<sup>53</sup> Cfr. Folios 34 a 118 del cuaderno de pruebas núm. 1 del CD-ROM núm. 1 del expediente.

<sup>54</sup> CD ROM núm. 2 de los antecedentes administrativos anexos al expediente.

<sup>55</sup> CD ROM núm. 2 de los antecedentes administrativos anexos al expediente.

<sup>56</sup> CD ROM núm. 3 de los antecedentes administrativos anexos al expediente.

<sup>57</sup> CD ROM núm. 4 de los antecedentes administrativos anexos al expediente.



57.22. Copia del Decreto núm. 626 de 18 de marzo de 2005, “[...] *Por medio del cual se adopta el Manual de Interventoría del Municipio de Medellín* [...]”<sup>58</sup>.

### **Solución del caso concreto**

58. Visto el marco normativo en la parte considerativa de esta sentencia y los problemas jurídicos planteados en esta providencia, la Sala procede a realizar el análisis del acervo probatorio para, posteriormente, en aplicación del silogismo jurídico, concluir el caso concreto refiriéndose, en primer lugar, a la congruencia externa de la sentencia proferida en primera instancia; y, en segundo lugar, a los argumentos planteados en el recurso de apelación.

### **La gestión y responsabilidad fiscal**

59. Esta Sala, empieza por indicar que, de la normativa transcrita *supra*, se llega a las siguientes conclusiones:

i) La Contraloría General de la República y las contralorías departamentales y municipales son las autoridades competentes para ejercer el control y vigilancia sobre la gestión fiscal que la administración, los particulares, y las entidades, realicen respecto de los fondos o bienes del Estado; en ejercicio de esa competencia, una vez establezca la existencia de responsabilidad fiscal, le compete imponer las sanciones pecuniarias a que haya lugar; recaudar el monto y ejercer la jurisdicción coactiva.

ii) La Contraloría General de la República y las contralorías departamentales y municipales ejercen control fiscal sobre los particulares (personas naturales o jurídicas), siempre que manejen fondos o bienes del Estado, con la finalidad de verificar que con aquellos se cumplan los objetivos que haya previsto la administración.

---

<sup>58</sup> CD ROM núm. 6 de los antecedentes administrativos anexos al expediente.



iii) Determinada la existencia de operaciones fraudulentas o irregularidades, se debe iniciar el juicio fiscal donde se debe determinar la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares que, en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de esta, por acción o por omisión causaron de forma dolosa o culposa daño al patrimonio del Estado.

iv) La ley definió la gestión fiscal como el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado (naturales o jurídicas), que manejan o administran recursos o fondos públicos, entre otras circunstancias, tendientes a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas para cumplir con los fines esenciales del Estado.

v) El objeto de la responsabilidad fiscal es obtener el resarcimiento del daño que se haya causado al patrimonio público; su característica principal es su carácter autónomo e independiente; es decir, la acción fiscal y la atribución de responsabilidad es principal; por tanto, aunque existan otros medios judiciales o administrativos para obtener la reparación del daño causado al patrimonio del Estado, aquella se puede ejercer de manera directa.

vi) Legalmente, el daño al patrimonio público está previsto como el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro a los bienes o recursos públicos, producto de una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, causado por acción o por omisión de los servidores públicos o por los particulares que de manera dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento del patrimonio público.

vii) La acción fiscal caduca a los 5 años del hecho generador del daño sin que se haya emitido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal; término que se cuenta desde el día de la realización si se trata de actos o hechos instantáneos; y desde el último hecho o acto, si aquel es complejo, de tracto sucesivo, permanente o continuado; el que se haya configurado la caducidad de la acción fiscal no impide que la reparación del daño causado al patrimonio del



Estado se pueda obtener mediante acción civil o dentro de un proceso penal ejercido por la contraloría o por la autoridad pública perjudicada.

viii) El fallo de responsabilidad procede cuando obre prueba que dé certeza del daño patrimonial y la responsabilidad del investigado; ii) el investigado o quien rinda exposición libre pueden pedir la práctica de pruebas; iii) el daño al patrimonio y la responsabilidad del investigado puede demostrarse por cualquier medio de prueba legalmente reconocido; iv) al proceso de responsabilidad fiscal se puede trasladar cualquier prueba obrante válidamente en un proceso judicial, administrativo, disciplinario o de responsabilidad fiscal; v) los hallazgos encontrados en las auditorías fiscales tienen validez probatoria siempre que se hayan recaudado cumpliendo los requisitos de ley; vi) toda prueba recaudada sin el lleno de los requisitos de ley o que afecte los derechos fundamentales del investigado se debe tener como inexistente; y vii) el investigado puede controvertir las pruebas a partir de la exposición espontánea en la indagación preliminar o desde la notificación del auto que da apertura al proceso de responsabilidad fiscal.

ix) La ley 610 derogó parcialmente la Ley 42, entre ellos, el artículo 83; sin embargo, el artículo 61 de la Ley 610 conservó, en lo esencial, el texto de la norma derogada, al indicar: “[...] **Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado [...]**” (Destacado fuera de texto).

### **Análisis jurisprudencial sobre la gestión fiscal y su configuración en relación con los particulares**

60. La Sección Primera del Consejo de Estado, en providencia de 19 de mayo de 2016, proferida dentro del expediente con número único de radicado



680012333000201301024-01<sup>59</sup>, explicó que la responsabilidad fiscal necesariamente debe recaer sobre el manejo o administración de bienes, recursos o fondos públicos, y respecto de los servidores públicos y particulares que tengan a su cargo bienes o recursos del Estado sobre los cuales tengan la capacidad o poder de decisión; de ahí que, en criterio de esta Sala, para atribuir responsabilidad fiscal, resulte necesario estudiar las funciones a desempeñar por el funcionario público o el particular. Sobre el citado asunto, se dijo:

*“[...] La responsabilidad fiscal se deduce por la afectación del patrimonio público, tanto en forma dolosa como culposa, **en desarrollo de actividades propias de la gestión fiscal o vinculadas con ella, cumplida por los servidores públicos y particulares, que manejen o administren bienes y recursos del Estado.***

*Vale la pena puntualizar, que **la responsabilidad fiscal debe necesariamente recaer sobre el manejo o administración de bienes y recursos o fondos públicos, y respecto de los servidores públicos y particulares que tengan a su cargo bienes o recursos del Estado, sobre los cuales tengan capacidad o poder decisorio.***

*Al revisar detenidamente las funciones asignadas a la Jefe de la Oficina Asesora en mención, **se observa que no encajan dentro del concepto de gestión fiscal, por no estar referidas a la ordenación, control, dirección, administración y manejo de los bienes o recursos de la entidad, o por no implicar poder decisorio sobre dichos bienes o fondos.***

*Además, debe señalarse que la misma denominación del referido cargo “Jefe de Oficina Asesora de Jurídica”, es la que indica que éste tiene relación con funciones de asesoría, de conceptuar, absolver consultas y brindar soporte legal, **pero no involucra poder decisorio sobre bienes o recursos del Estado, elemento necesario para pregonar responsabilidad fiscal [...]”** (Destacado fuera de texto).*

61. La Sección Primera del Consejo de Estado, en providencia de 12 de noviembre de 2015, proferida dentro del expediente con número único de radicado 050012331000200401667-01<sup>60</sup>, en relación con la manera en que se debe determinar el ejercicio de gestión fiscal por un contratista, fue diáfana cuando expresó, lo siguiente:

<sup>59</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera del Consejo de Estado. Sentencia de 19 de mayo de 2016. Expediente núm. 680012333000201301024-01. M.P. María Elizabeth García González.

<sup>60</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera del Consejo de Estado. Sentencia de 12 de noviembre de 2015. Expediente núm. 050012331000200401667-01. M.P. María Claudia Rojas Lasso.



***“[...] La gestión fiscal, como elemento determinante de la responsabilidad fiscal, se cumple siempre y cuando el particular, maneje o administre fondos o bienes del Estado que le hayan sido asignados o confiados, [...] para ello lo que procede es recurrir al texto contractual para determinar con base en el objeto y la forma de pago de la actividad o servicio pactados, si el particular asumió o no la administración y el manejo de recursos públicos que lo eleven a la condición de gestor fiscal [...]”*** (Destacado fuera de texto).

En la misma providencia esta Sección fue diáfana en manifestar, lo siguiente:

***“[...] Según las anteriores cláusulas contractuales, el objeto de este contrato era la implementación de un sistema de información por valor de USD\$285.900 que el IDEA le pagaba a la contratista de forma mensual, previa presentación de las respectivas facturas y cuentas de cobro. No se estipuló el pago de anticipo.***

*De acuerdo con la anterior prueba documental, se tiene acreditado que el objeto de los contratos suscritos entre el IDEA y la sociedad BAAN COLOMBIA Ltda., en ningún momento lo constituyó la transferencia de recursos o de fondos o de bienes de propiedad de la contratante a la contratista para que ésta los administrara, de tal manera que se le pudiera reconocer el ejercicio de la gestión fiscal.*

***Por el contrario, lo que se observa es que los contratos suscritos se agotaban con la simple ejecución material de unas labores específicas y el suministro de equipos a cargo de la contratista, con tal de dar cumplimiento a los objetos contractuales, pero por manera alguna en el caso sub judice la contratista asumió actividades propias para el logro de los cometidos estatales del Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA, situación hipotética que sí hubiera comportado gestión fiscal en cabeza de BAAN COLOMBIA Ltda.***

***De tal suerte que lo que se tiene probado, es que en virtud de la relación contractual suscrita entre las partes en conflicto, la contratante se obligaba a pagar a la contratista las facturas de cobro presentadas por BAAN COLOMBIA Ltda., motivo por el que los dineros pagados por el IDEA lo fueron a título de pago por la retribución de una obligación cumplida por la actora, pero no lo fueron porque la contratista hubiera recibido estos dineros a título de administradora de fondos o bienes públicos [...]”*** (Destacado fuera de texto).

62. Los pronunciamientos expuestos *supra* están en concordancia con la sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001, proferida por la Corte Constitucional que, al hablar sobre la intervención directa o contribución indirecta en la gestión fiscal ejercida por los servidores públicos o por los particulares, manifestó lo siguiente:



***“[...] Cuando el daño fiscal sea consecuencia de la conducta de una persona que tenga la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes del Estado materia del detrimento, procederá la apertura del correspondiente proceso de responsabilidad fiscal, sea que su intervención haya sido directa o a guisa de contribución. En los demás casos, esto es, cuando el autor o partícipe del daño al patrimonio público no tiene poder jurídico para manejar los fondos o bienes del Estado afectados, el proceso atinente al resarcimiento del perjuicio causado será otro diferente, no el de responsabilidad fiscal. 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 [...]”*** (Destacado fuera de texto).

63. Ahora bien, es cierto que la Corte Constitucional, en esta providencia, se pronunció sobre la constitucionalidad de la expresión “[...] o con ocasión de ésta [...]”, contenida en el artículo 1.º de la Ley 610 de 2000, en el sentido de señalar que por conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal quienes suscriben contratos con el Estado pueden, eventualmente, ser objeto de responsabilidad fiscal; sin embargo, la Corte Constitucional aclaró que la atribución excepcional de responsabilidad fiscal por aplicación de la expresión citada *supra* está supeditada a ciertos parámetros, lo que, en criterio de esta Sala, descarta la posibilidad de que aquella se pueda aplicar de manera objetiva. En concreto, la Corte Constitucional, señaló:

***“[...] 5. Artículo 1 de la ley 610 de 2000.***

*El demandante sostiene que el artículo 1 de la ley 610 de 2000 vulnera los artículos 90 y 267 de la Constitución, al establecer que el proceso de responsabilidad fiscal se adelanta cuando se cause un daño al patrimonio del Estado por acción u omisión en el ejercicio de la gestión fiscal, o con ocasión de ésta.*

*No obstante, de la lectura del cargo se desprende que la acusación del actor va dirigida solamente contra la expresión “o con ocasión de ésta”, pues considera que con ella se permite a la contraloría adelantar procesos de responsabilidad fiscal contra quienes no realizan de manera directa gestión fiscal, lo cual infringe abiertamente el artículo 267 Superior, a cuyos términos*



*el control se ejerce sobre la administración y los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.*

*El artículo 1 de la ley 610 de 2000 define el proceso de responsabilidad fiscal en la siguiente forma:*

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

*En primer lugar debe dilucidarse el contenido y alcance de la expresión “con ocasión de ésta”, a efectos de determinar si con ella se podría dar pie a un eventual rebasamiento de la competencia asignada a las contralorías en torno al proceso de responsabilidad fiscal.*

*Entonces, ¿qué significa que algo ocurra con ocasión de otra cosa? El diccionario de la Real Academia Española define la palabra **ocasión** en los siguientes términos: "oportunidad o comodidad de tiempo o lugar, que se ofrece para ejecutar o conseguir una cosa. 2. Causa o motivo porque se hace o acaece una cosa."*

*A la luz de esta definición la locución impugnada bien puede significar que la gestión fiscal es susceptible de operar como circunstancia u oportunidad para ejecutar o conseguir algo a costa de los recursos públicos, causando un daño al patrimonio estatal, evento en el cual la persona que se aproveche de tal situación, dolosa o culposamente, debe responder fiscalmente resarciendo los perjuicios que haya podido causar al erario público.*

*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. 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 respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado.*

*De acuerdo con esto, 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. De allí que, según se vio en párrafos anteriores, el ente fiscal deberá precisar rigurosamente el grado de competencia o capacidad que asiste al servidor público o al particular en torno a una específica expresión de la gestión fiscal, descartándose de plano cualquier relación tácita, implícita o analógica que por su misma fuerza rompa con el principio de la tipicidad de la infracción. De suerte tal que sólo dentro de estos taxativos parámetros*



**puede aceptarse válidamente la permanencia, interpretación y aplicación del segmento acusado.**

**Una interpretación distinta a la aquí planteada conduciría al desdibujamiento de la esencia propia de las competencias, capacidades, prohibiciones y responsabilidades que informan la gestión fiscal y sus cometidos institucionales.**

Consecuentemente, si el objeto del control fiscal comprende la vigilancia del manejo y administración de los bienes y recursos públicos, fuerza reconocer que a las contralorías les corresponde investigar, imputar cargos y deducir responsabilidades en cabeza **de quienes en el manejo de tales haberes, o con ocasión de su gestión, causen daño al patrimonio del Estado por acción u omisión, tanto en forma dolosa como culposa.** Y es que no tendría sentido un control fiscal desprovisto de los medios y mecanismos conducentes al establecimiento de responsabilidades fiscales con la subsiguiente recuperación de los montos resarcitorios. La defensa y protección del erario público así lo exige en aras de la moralidad y de la efectiva realización de las tareas públicas. Universo fiscal dentro del cual transitan como potenciales destinatarios, entre otros, los directivos y personas de las entidades que profieran decisiones determinantes de gestión fiscal, así como quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contratistas y particulares que causen perjuicios a los ingresos y bienes del Estado, **siempre y cuando se sitúen dentro de la órbita de la gestión fiscal en razón de sus poderes y deberes fiscales.**

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”.** (Destacado original del texto).

En este orden de ideas la Corte declarará la exequibilidad de la expresión **“con ocasión de ésta”,** contenida en el artículo 1 de la ley 610 de 2000, **bajo el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal [...].”**

64. Conforme con lo anterior, no toda acción u omisión de los contratistas que pueda derivar en un detrimento al patrimonio del Estado podrá ser pasible de la acción fiscal; aceptar lo contrario implicaría que la imputación de responsabilidad fiscal, respecto de los contratistas, opera de manera objetiva por el hecho de que aquellos siempre estarán en una relación próxima o cercana a la ejecución de recursos del Estado y, por ende, a la gestión fiscal.



65. La Sala, por tener relación directa con el asunto que se estudia y resultar ilustrativo, considera pertinente referirse al concepto núm. 80112-2008EE6493 de 14 de febrero de 2008 de la Contraloría General de la República.

66. En el concepto citado *supra*, el máximo ente de control, en relación con la atribución de responsabilidad fiscal a los contratistas por conexidad próxima y necesaria con la gestión fiscal entendió que aquella no opera de manera objetiva; por el contrario, estableció que tratándose de contratistas los funcionarios del ente de control deben ir más allá para concluir, entre otras, de la esencia de la actividad que despliega el contratista, la configuración de los requisitos necesarios para imputar responsabilidad. Sobre el particular, la entidad pública, expresó:

*[...] 2.3. CONTRATACIÓN ESTATAL. Desarrollo Constitucional.*

*La Ley 80 de 1993 reformada recientemente por la Ley 1150 de 2007 desarrolló la Constitución Política de 1991 en el tema de la Contratación Estatal. La función social que prestan los contratistas tiene como contraprestación unas obligaciones distintas a las del régimen general de contratación entre los particulares. La celebración de contratos en principio no es una función del Estado, por ello los fines de la misma no corresponden de manera homogénea a los fines de la contratación privada [...].*

*La Constitución impone una obligación social que repercute en todos los temas en que participen los particulares dentro de la función pública, ajeno a esto no es la contratación. La contratación implica obligaciones en el logro de los fines estatales [...].*

*Pero donde con más claridad se advierte la relación entre el control fiscal con su correspondiente responsabilidad y la contratación estatal es en el artículo 65 del estatuto contractual [...].*

*El control fiscal sobre los contratos estatales es entonces una aplicación directa de las funciones de los organismos de control otorgadas de manera directa por la Constitución y la ley [...].*

*En todo caso en que **el contratista desarrolle con recursos públicos alguno de los verbos insertos en el artículo 3º de la Ley 610 de 2000 o alguna otra conducta que implique el manejo o administración de estos recursos**, estaremos ante la inminencia de la gestión fiscal.*

***Fundamental resulta para el auditor y posteriormente para el investigador del órgano de vigilancia y control fiscal que es quien hace el ejercicio silogístico entre la norma y el caso concreto, verificar y probar la naturaleza de los recursos que han sido afectados. Pues si no***



*sabemos cuál es el patrimonio afectado por el daño, no podemos precisar si se tiene competencia funcional o carecemos de ella.*

***En materia de contratación estatal es ilustrativo, en los casos en que ya está determinada la naturaleza pública del patrimonio, examinar en las obligaciones del contratista, en las cláusulas contractuales, a que título actúa el particular en cada uno de los casos. Pues no por ser los recursos estatales necesariamente el contratista es gestor fiscal, sino, que debe extraerse esta información de la naturaleza del contrato, la esencia de la actividad que se despliega y el acuerdo de voluntades que tiene un amplio espacio a partir de la Ley 80 de 1993.***

*En principio en materia de contratación, la gestión fiscal corresponde a la administración pública y se desarrolla por servidores públicos; pero ello no significa, que esta regla general no tenga importantes y amplias excepciones, que desde luego, **pueden ser pactadas por las partes [...]**" (Destacado fuera de texto).*

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<sup>61</sup>; 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.

#### **Ausencia de responsabilidad fiscal de la contratista Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar con ocasión de la ejecución del contrato núm. 4600026771 de 2010**

68. La Sala, atendiendo la ley y la jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado<sup>62</sup> donde, en relación con el ejercicio de gestión fiscal ha precisado que: i) la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales son las competentes para ejercer el control y vigilancia sobre la gestión fiscal de los particulares - personas naturales o jurídicas -, siempre que manejen fondos o bienes del Estado y con la finalidad de verificar que con aquellos se cumplan los

<sup>61</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 21 de enero de 2021. Exp. 25000234100020120053401. C.P. Nubia Margoth Peña Garzón.

<sup>62</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 6 de agosto de 2020. Exp. 76001233100120080125501. C.P. Hernando Sánchez Sánchez.



objetivos que haya previsto la administración; ii) detectada la existencia de operaciones fraudulentas o irregularidades, se debe iniciar el juicio fiscal para determinar la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares que, en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de esta, por acción o por omisión, causaron de forma dolosa o culposa daño al patrimonio del Estado; iii) la gestión fiscal es posible respecto de servidores públicos y personas de derecho privado (naturales o jurídicas) que manejen o administran recursos o fondos públicos para cumplir con los fines esenciales del Estado; iv) la responsabilidad fiscal, por obligación, recae sobre el manejo o administración de bienes, recursos o fondos públicos y respecto de los servidores públicos y particulares que tengan a su cargo bienes o recursos del Estado sobre los cuales necesariamente tengan la capacidad o poder de decisión; y v) para atribuir responsabilidad fiscal a un contratista del Estado, es indispensable verificar las cláusulas contractuales y su actividad; considera que en el asunto bajo estudio el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada, en primera instancia, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, no está llamada a prosperar.

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 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.

70. Ahora bien, la Sala observa que la parte demandada, mediante lo actos administrativos acusados, le atribuyó responsabilidad fiscal a la parte demandante por la suma indexada de \$331.068.774, con ocasión de la ejecución del contrato citado *supra*.



71. En específico, esta Sala advierte que, para la parte demandada el representante legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar era responsable fiscal por conexidad próxima y necesaria con la gestión fiscal porque con su actuación contribuyó al detrimento al patrimonio del Estado.

72. En los actos administrativos acusados la parte demandada adujo que a la parte demandante le era atribuible responsabilidad fiscal porque mediante la factura de cobro núm. 179121 de 2011, le solicitó a la Secretaría de Educación de Medellín que le pagara la suma de \$869'913.076 por concepto del servicio de aseo que le prestó entre el 1.º y el 25 de enero de 2011; cobro que, en consecuencia incluyó, los días comprendidos entre el 1.º y el 10 de enero de 2011 sin tener en cuenta que para esos días: i) el contrato núm. 4600026771 de 2010 estaba suspendido; ii) no existía autorización escrita para que se compensara el tiempo que no se trabajaría entre el 1.º y el 10 de enero de 2011; y iii) no se acreditó que el tiempo que fue objeto de cobro se compensó.

73. En los actos administrativos acusados la parte demandada acepta que los vinculados al procedimiento de responsabilidad fiscal reconocieron que el tiempo sí se compensó al indicar: “[...] **aseguran los implicados, este tiempo fue compensado entendiendo el horario tal como se dice en la circular, [...] es decir, una hora diaria más al horario habitual de 8 horas [...]**”; es decir, el interventor del contrato aceptó que conocía de la existencia de la circular de 24 de noviembre de 2010, así como la compensación de tiempo correspondiente a los días comprendidos entre 1.º y el 10 de enero de 2011, período en que estaría suspendido el contrato núm. 4600026771 de 2010 (Destacado fuera de texto).

74. Para esta Sala, el hecho de que el interventor del contrato aceptara que conocía la circular citada *supra* y la compensación de tiempos allí dispuesta, guarda correspondencia con la prueba documental relacionada en el numeral 57.8 de esta providencia, la cual acredita que la parte demandante, mediante correo electrónico enviado el 24 de noviembre de 2010 al mail [mariomuñoz@medellin.gov.co](mailto:mariomuñoz@medellin.gov.co), asignado al señor Mario Antonio Muñoz Pimienta,



interventor del contrato, le puso en conocimiento el contenido, se insiste, de la circular.

75. La Sala observa en los actos administrativos acusados que la parte demandada no acogió la aceptación que de la existencia de la circular y la compensación de tiempos realizaron los implicados en el procedimiento de responsabilidad fiscal; lo anterior, bajo las siguientes consideraciones:

i) la circular se expidió cuando aún no existía suspensión del contrato; ii) en el contrato no se señaló qué compensación se haría por los días en que estuviera suspendido; iii) en el acta de liquidación del contrato no se hizo referencia a la suspensión del contrato ni a la compensación del tiempo; iv) la circular no se suscribió por el representante legal y el jefe de la parte demandante; v) la circular, para su validez ante el contratante, debía estar suscrita por el representante legal; es decir, existir un acta en la que se estableciera la compensación del tiempo por los días en que estuvo el contrato suspendido; vi) no existe prueba que los rectores de las instituciones educativas recibieron la circular; y vii) el interventor no elaboró los recibos a satisfacción que acrediten días y tiempo compensado en cada una de las instituciones educativas.

76. La Sala, en estos puntos centra su atención porque respecto a que la circular se expidió cuando aún no existía la suspensión del contrato no observa de qué manera podía resultar conducente para atribuir responsabilidad fiscal a la parte demandante; para la Sala, el hecho de que antes de suspender el contrato se hubiera dado la directriz de compensar un tiempo que no se trabajaría con ocasión de las vacaciones en las instituciones educativas, no acredita la presencia de una irregularidad con la capacidad de materializar una relación próxima y necesaria con la gestión fiscal, más aún cuando ni en la ley o el contrato núm. 4600026771 de 2010, se prohíbe actuar en ese sentido.

77. En cuanto a que en el contrato no se señaló qué compensación se haría por los días en que estuviera suspendido, la Sala considera que tampoco es un argumento del cual se pudiera deducir una actuación contraria a la contratación



estatal; por el contrario, en el parágrafo 3.º de la cláusula décima del contrato, el Municipio de Medellín, Secretaría de Educación, autorizó al interventor para “[...] realizar ajustes y modificaciones a los aspectos técnicos del objeto del mismo [...]” dentro de los cuales, como se dejó sentado en el numeral 57.5 de esta providencia, se encontraban los de: i) reunirse con el coordinador del contratista **para discutir novedades referentes al desarrollo del contrato**; y ii) **labores de aseo y su periodicidad**; distinto es que el interventor, faltando a sus obligaciones legales, obviara informar directamente al Municipio de Medellín, Secretaría de Educación, que se compensaría un tiempo durante el cual los colegios oficiales del municipio estarían en vacaciones; responsabilidad que bajo ningún aspecto puede ser atribuible a la parte demandante, más aún cuando en el expediente está demostrado que esta, el 24 de noviembre de 2010, sí remitió al Subsecretario de Educación del Municipio de Medellín, mediante correo electrónico, copia de la circular.

78. La Sala, respecto a que en el acta de liquidación del contrato no se hizo referencia a la suspensión del contrato ni a la compensación del tiempo, debe decir que de acuerdo con el manual de interventoría del Municipio de Medellín, esa obligación no existe, de manera que, aducir como una falta la inexistencia de una referencia escrita a los aspectos citados *supra*, para colegir que sí se incurrió en responsabilidad fiscal, se traduce en exigir el cumplimiento de un requisito no previsto en el ordenamiento jurídico.

79. En referencia a que la circular no se suscribió por el representante legal y el jefe de aseo de la parte demandante y que, para su validez ante la parte demandante tenía que estar suscrita por el representante legal y existir un acta en la que se estableciera la compensación del tiempo por los días en que estuvo suspendido el contrato, la Sala considera que la parte demandante no explicó de dónde concluyó que la circular, por medio de la cual se comunicó la compensación de tiempos, para su validez, debía estar suscrita por el representante legal de la parte demandante; tampoco indicó cuál fue la razón de orden jurídico o contractual para determinar que se requería de la suscripción de un acta por medio de la cual se estableciera la compensación del tiempo por el



tiempo en que estuvo suspendido el contrato; es decir, el estudio para deducir la existencia de responsabilidad fiscal no descansa en argumentos sólidos que permitieran colegir, por acción u omisión, detrimento al patrimonio del Estado por conexidad próxima y necesaria con la gestión fiscal.

80. Esta Sala, acerca de que en el expediente administrativo no existía prueba que los rectores de las instituciones educativas habían recibido la circular, debe resaltar que la afirmación es contraria a la realidad porque está probado, en el numeral 57.8. de esta providencia, que la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar, mediante correo electrónico del 24 de noviembre de 2010, remitió a cada una de las instituciones educativas del Municipio de Medellín, copia de la circular informándoles sobre la compensación de tiempos; tanto que dentro de las pruebas que aportó la parte demandada existen varias certificaciones expedidas por rectores en las que sostienen que los trabajadores asignados a sus instituciones educativas sí compensaron el tiempo; documentos que no se han tachado de falsos.

81. La Sala acepta que las certificaciones no se expidieron por las 227 instituciones educativas en que se prestaron los servicios de aseo y mantenimiento; sin embargo, el hecho de que no se contara con la totalidad de las certificaciones no podía ser un argumento válido para concluir que el servicio no se prestó y que, por ello, la parte demandante cobró un servicio que nunca existió incurriendo con ello en una relación próxima y necesaria con la gestión fiscal causante del detrimento al patrimonio del Estado.

82. En criterio de esta Sala, no se puede desconocer que dentro de la actuación administrativa<sup>63</sup> se practicaron varias declaraciones y se recaudaron documentos suscritos por trabajadores de la parte demandante quienes manifestaron que sí compensaron el tiempo durante el cual el contrato núm. 4600026771 de 2010 se encontraría suspendido; no obstante, la parte demandada desestimó las pruebas

---

<sup>63</sup> Aunque dentro de los actos administrativos la parte demandada manifiesta que los documentos pertenecen a la sociedad Brilladora la Esmeralda, esta Sala observa que a la actuación administrativa sí se aportaron documentos y declaraciones relacionados con la Cooperativa de Trabajo Asociado Recuperar y a estos es que se alude en esta providencia.



porque en su parecer se trataba de meras afirmaciones carentes de prueba, como si en esta materia la ley hubiera establecido como tarifa legal la demostración mediante documento escrito.

83. Ahora bien, la Sala acepta lo expuesto en el fallo de responsabilidad fiscal respecto a que el Subsecretario de Educación de Medellín, señor Luis Alfonso Barrera Sossa, manifestó que él era el encargado de gestionar para el personal que trabajaba en aseo todo lo relacionado a sus labores por fuera del horario y el envío de avisos y comunicaciones en ese sentido; sin embargo, tampoco puede desconocer que este funcionario de la entidad territorial admitió que era obligación del interventor avisarle cualquier novedad; es decir, si el interventor no informó que la parte demandante estaba autorizada para compensar tiempo, tal actuar no es imputable a aquella; además no se comprende de qué manera el funcionario citado *supra* pretendía evadir su responsabilidad, cuando dentro del expediente está acreditado que mediante correo electrónico de 24 de noviembre de 2010 se le dio a conocer el contenido de la circular por medio de la cual se informaba la manera en que el tiempo durante el cual la instituciones educativas se encontrarían en vacaciones se compensaría.

84. Véase como, la parte demandada señaló que el Subsecretario de Educación de Medellín no dejó “[...] **la mínima anotación frente a la manida compensación laboral y se conformó con los comentarios de oídas en el sentido de que en algunas instituciones se estaba compensando [...]**”; lo anterior denota que el funcionario sí tenía conocimiento de la existencia de una compensación de tiempos, diferente es que por acción o por omisión la haya consentido, incluso al momento de firmar el acta de liquidación del contrato donde no objetó o dejó anotación sobre el hecho de la suspensión que fue objeto de investigación y, por el contrario, incluyó dentro del objeto de la liquidación el “[...] **concepto de servicios prestados del 01 de enero al 25 de enero [...]**” de 2011 (Destacado fuera de texto).

85. En criterio de esta Sala, la conducta descrita no puede ser trasladada a la parte demandante para señalar que, como el Subsecretario de Educación de



Medellín no dejó documento escrito en el que precisara: i) qué tiempo se compensó; ii) la coordinación de la extensión de horarios; y iii) aviso a los vigilantes de las instituciones educativas, ello se constituía en prueba para concluir “[...] *que no hubo compensación del 1 al 10 de Enero de 2011* [...]”, motivo por el cual la parte demandante realizó el cobro y recibió el pago de un servicio que no prestó derivando en una relación próxima y necesaria con la gestión fiscal causante del detrimento al patrimonio del Estado.

86. La Sala, en cuanto a que el interventor no elaboró los recibos a satisfacción que acrediten días y tiempo compensado en cada una de las instituciones educativas no es prueba de que el tiempo no se haya compensado; por el contrario, las actuaciones del Subsecretario de Educación de Medellín; del interventor designado por el Municipio; y las pruebas testimoniales y documentales aportadas al proceso demuestran que existía autorización y el tiempo sí se compensó; además, en el acta final de liquidación se dejó sentado que dentro de los documentos presentados se encontraban los recibos a satisfacción expedido por el interventor; entonces, si la administración municipal no aportó al procedimiento administrativo los recibos a satisfacción, se insiste, no es una conducta imputable a la parte demandada porque contractualmente el pago procedía cuando esta aportara la factura de cobro acompañada de todos los soportes de recibo a satisfacción del servicio prestado por parte del interventor; de ahí que si eventualmente el funcionario no cumplió con su deber contractual, fue su actuación la que en principio condujo a que se pagara la factura de cobro que incluía el cobro de compensación de tiempo por los días comprendidos entre el 1.º y el 10 de enero de 2011.

87. La Sala, de los actos administrativos acusados advierte que la parte demandada aceptó que si bien “[...] **el señor ARMANDO MONTOYA BAENA, quien fungió como Contratista y representante legal de Recuperar, no puede ser catalogado como gestor fiscal** [...]”; dicha circunstancia no lo liberaba de responsabilidad fiscal en los términos de la sentencia C-840 de 2001 de la Corte Constitucional porque “[...] **los particulares también son susceptibles de ser responsabilizados fiscalmente por conexidad próxima y necesaria con la**



***gestión fiscal [...]***; de lo que concluyó que “[...] *el señor ARMANDO MONTOYA BAENA, dada su calidad de Contratista y teniendo en cuenta su comportamiento, el cual estribó en disponer los cobros mensuales del contrato No 4600026771 de 2010 según documentación obrante, entre los cuales se encuentra la factura No 179121 del 1 de julio de 2010, que incluyó los días del 1 a 10 de Enero de 2011, lapso para el cual el contrato 4600026771 se encontraba suspendido y tiempo que conforme al análisis probatorio ut-supra no se compensó [...] lo erige en presunto responsable de segundo orden o indirecto [...]*” (Destacado fuera de texto).

88. La Sala, sin embargo, atendiendo los argumentos expuestos *supra* considera que en este específico asunto no se reunían los presupuestos necesarios para afirmar que la actuación desplegada por la parte demandante la constituía en responsable fiscal por conexidad próxima y cercana con la gestión fiscal, en el entendido que está acreditado que: i) el Subsecretario de Educación de Medellín conocía el contenido de la circular de 24 de noviembre de 2010; y ii) documental y testimonialmente se demostró que el tiempo sí se compensó.

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 coadyuven 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 2014<sup>64</sup>, 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 [...]**” (Destacado fuera de texto).

92. Para la Sala, en cuanto a los argumentos de la apelación que interpuso el Municipio de Medellín, en el sentido de que la condena por indexación debió dirigirse en contra de la Contraloría General de Medellín por ser la entidad que expidió los actos administrativos acusados; considera que, en efecto, el *a quo* debió disponer que esa indexación la reconociera el ente de control en el entendido que fue la actuación que adelantó la causante de los perjuicios a la

<sup>64</sup> Corte Constitucional. Sentencia de 4 de junio de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.



parte demandante; en consecuencia, en este aspecto se modificará la sentencia proferida en primera instancia.

### **Conclusiones de la Sala**

93. Esta Sala, atendiendo lo anterior, considera que la sentencia de 23 de octubre de 2019, proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Antioquia se debe confirmar en lo que respecta a los ordinales primero, tercero y cuarto; y modificar en lo relacionado con el restablecimiento del derecho previsto en el ordinal segundo; lo anterior porque: i) se encuentra demostrado que la parte demandante, con su actuar y en este específico asunto, no incurrió en gestión fiscal por conexidad próxima y necesaria; y ii) los actos administrativos anulados, expedidos por la parte demandada, ocasionaron el perjuicio que pide resarcir la parte demandante.

**En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

### **III. RESUELVE:**

**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 [...].*

**TERCERO:** En firme esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal Administrativo de Antioquia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

**ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**  
Presidente  
Consejero de Estado  
Con salvamento de voto

**OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**  
Consejero de Estado

**NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN**  
Consejera de Estado  
Con salvamento de voto

**HERNADO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**  
Consejero de Estado

**JAIME HUMBERTO TOBAR ORDÓÑEZ**  
Conjuez

**CONSTANCIA:** La presente providencia fue firmada electrónicamente por los integrantes de la Sección Primera en la Sede electrónica para la gestión judicial, SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley.