

Cartagena de Indias D.T. y C., veinte (20) de enero de dos mil veintiuno (2021)

### **I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES**

<b>Medio de control</b>	<b>PERDIDA DE INVESTIDURA</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-23-33-000-2020-00068-00</b>
<b>Demandante</b>	<b>PAUL FRANCISCO SERPA DÍAZ</b>
<b>Demandado</b>	<b>DAVID OROZCO, NORELVIS HERNÁNDEZ, ALVIS BLANCO y GELBER CARPIO</b>
<b>Tema</b>	<i>Pérdida de investidura de concejales por indebida destinación de recursos públicos – la aprobación de un acuerdo que autorizó al alcalde para realizar contrato no constituye la causal alegada, puesto que el Concejo solo se encuentra en el ejercicio de su función, el ordenador del gasto es el alcalde.</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

### **II.- PRONUNCIAMIENTO**

Procede la Sala Plena<sup>1</sup> del Tribunal Administrativo de Bolívar a decidir, en primera instancia<sup>2</sup>, la demanda presentada por PAUL FRANCISCO SERPA DÍAZ través del medio de control de pérdida de investidura, contra los señores DAVID OROZCO, NORELVIS HERNÁNDEZ, ALVIS BLANCO y GELBER CARPIO.

### **III.- ANTECEDENTES**

#### **3.1. LA DEMANDA<sup>3</sup>**

##### **3.1.1. Pretensiones<sup>4</sup>.**

En ejercicio de la presente acción, el demandante elevó en resumen las siguientes pretensiones:

*“Que se declare la pérdida de investidura y muerte política del ex concejal DAVID OROZCO, y los concejales actuales del Municipio de Cantagallo Bolívar, NORELVIS HERNÁNDEZ, ALVIS BLANCO y GILBER CARPIO, por la*

<sup>1</sup>Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

<sup>2</sup> Artículo 152, numeral 15 del CPACA

<sup>3</sup> Folio 1-16 cdno 1

<sup>4</sup> Fols. 1 Cdno 1.

**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

*indebida destinación de dineros públicos, al violar la prohibición contenida en el artículo 355 constitucional y el artículo 41-7 de la Ley 136 de 1994”.*

### **3.1.2. Hechos<sup>5</sup>.**

Como supuestos fácticos de la demanda, se indica que la administración de Cantagallo – Bolívar estructuró el proyecto denominado “*FORTALECIMIENTO A LA PRODUCTIVIDAD DEL SECTOR PALMERO EN EL MUNICIPIO DE CANTAGALLO, DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR*”, cuya finalidad es el establecimiento de 810 hectáreas de Palma Africana, para la reactivación económica del sector palmero.

Indica, que este proyecto no fue contemplado en el plan de desarrollo municipal; sin embargo, con el mismo, el municipio de Cantagallo (Bolívar) busca entregar incentivos económicos en especie a 136 personas (beneficiarios), de esta forma:

- Preparación y adecuación del terreno.
- Establecimiento de 810 Has de palma de aceite híbrida línea genética O x G AMAZÓN o COARI x LaMe con la siembra de plántulas de 9 a 12 meses de edad.
- Mantenimiento del cultivo.
- Kit para el establecimiento de 0,75 Hectáreas de cultivos transitorios para seguridad alimentaria (Maíz, Plátano y Yuca)
- Acompañamiento técnico al establecimiento del cultivo de palma.

Expone que, el objeto del proyecto es la entrega de auxilios (donaciones e incentivos) a particulares, lo cual está proscrito por la constitución política en su artículo 355, el cual establece que “*ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado*”.

Afirma que, para la entrega de los bienes e incentivos en especie, a través del proyecto en mención, la administración de Cantagallo Bolívar planteó una contratación a través de licitación pública, con personas jurídicas con

---

<sup>5</sup> Fols. 2-5 Cdno 1

**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

ánimo de lucro; hecho que es irregular y violatorio de la prohibición constitucional contenida en el artículo 355 superior.

Expone que el proyecto fue presentado en las sesiones ordinaria del mes de noviembre de 2019 del concejo; que, el 11 de noviembre de 2019, el Presidente del Concejo Municipal de Cantagallo, citó a los miembros de la Comisión Permanente de Presupuesto de la misma Corporación, con el objeto de dar el primer debate al proyecto número 024 del 2019. Que, los concejales que hicieron parte de esta comisión, fueron los señores DAVID OROZCO, NORELVIS HERNÁNDEZ y JENNIFER MOTEALEGRE, y esta última fungía como Presidente de la Comisión.

Considera que la anterior actuación se encuentra apartada de la Ley y del reglamento interno del concejo, toda vez que no fue el presidente de la comisión quien citó a la sesión de la comisión para el día 11 de noviembre, sino que lo hizo el presidente del concejo, con solo 2 horas de anticipación y a través de mensajes telefónicos. Que, sin contar con la presencia de la presidenta de la comisión permanente de presupuesto, el presidente del concejo y su colega NORELVIS, aprobaron en primer debate el proyecto de Acuerdo 024 del 2019.

Expone que, el segundo debate se realizó en sesión plenaria del Concejo Municipal de Cantagallo, conformada por 9 concejales, el día 14 de noviembre de 2019. El proyecto de Acuerdo 024 de 2019 fue aprobado con cinco votos, dado que tres concejales se retiraron de la discusión y votación, y una concejala se declaró impedida.

Agrega, que existen irregularidades en el proceso de aprobación del proyecto en mención, como quiera que, si el primer debate se llevó a cabo el día 11 de noviembre de 2019, en la Comisión Primera Permanente de Presupuesto, el segundo debate debía realizarse ante la Plenaria del Concejo Municipal de Cantagallo el día 15 de noviembre de 2019, y no como erróneamente se llevó a cabo, el 14 de noviembre de 2019 (antes de que se cumplieran los 3 días que establece el artículo 73 de la Ley 136/96).

Añade que, una vez se aprobó el proyecto de Acuerdo 024 de 2019, se procedió a su sanción por parte de la Alcaldesa Municipal de Cantagallo y fue convertido en el Acuerdo número 015 de 2019, a pesar de la irregularidad presentada en la expedición del acto administrativo, y sin tener en cuenta que con el acuerdo, el concejo y la misma administración, estaban decretando donaciones a particulares, contra prohibición

**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

constitucional y legal. A su turno, la administración usó el acuerdo para abrir el proceso licitatorio LP-05 de 2019, cuyo objeto es contratar la ejecución del PROYECTO FORTALECIMIENTO A LA PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD DEL SECTOR PALMERO EN EL MUNICIPIO DE CANTAGALLO, BOLÍVAR, por un valor \$7.796.447.472; siendo adjudicado el mismo a la UNIÓN TEMPORAL PALMA CANTAGALLO, y se firmó contrato según consta en el SECOP, el 17 de diciembre de 2019.

### **3.1.3. Normas violadas y concepto de violación:**

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Artículos 2, 6, 13, 29, 209, 355, 334 y 339 de la Constitución Política.
- Artículo 55 numeral 3 de la Ley 136 de 1994.
- Artículo 48 numeral 4 de la 617 del 2000.
- Artículo 41-7 de la ley 136 de 1994.
- Sentencia C-372 de 1994.

Como concepto de violación, se expusieron los siguientes:

Como concepto de violación se expone que, la causal de pérdida de investidura que se invoca es la contenida en el artículo 55 numeral 3 de la Ley 136 de 1994 y artículo 48 numeral 4 de la 617 del 2000 que reza lo siguiente:

**“PERDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADOS, CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES Y DE MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES.** Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:

(...)

Por indebida destinación de dineros públicos.

Expone, que el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha establecido que, para que la causal se configure es necesario que el Congresista, en su condición de servidor público, distorsione o cambie el cometido estatal consagrado en la Constitución, la ley o el reglamento, para destinar los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados, o que estando autorizados sean diferentes a aquellos para los cuales se encuentran asignados, o haya destinado o utilizado los recursos a materias expresamente prohibidas, no necesarias o injustificadas; o perseguido la finalidad de obtener un incremento patrimonial personal o de terceros; o hubiere pretendido derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o de terceras personas.

**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

Agrega que, para aplicar esta causal no es necesario que el sujeto activo ostente la condición de nominador u ordenador del gasto, basta con que deba respetar, defender y cuidar el patrimonio público, toda vez que es imperativo cuidar los bienes del Estado para evitar su menoscabo. En este sentido, la Sala Plena del Consejo de Estado ha señalado que la causal comporta dos elementos: i) la conducta y ii) el fin. En el primero es necesario, que el sujeto activo que la agota ostente la calidad de Congresista y precisamente que en esa condición ejerza competencias para las que fue investido. El segundo elemento, consiste en el fin de la conducta, es decir que al ejercer las competencias propias de su investidura: i) cambie o distorsione los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento al destinar los recursos públicos a materias, actividades o propósitos no autorizados, o a aquéllos que autorizados son diferentes a los que se encuentran asignados; ii) aplique tales dineros a objetos prohibidos, no necesarios o injustificados; iii) obtenga un incremento patrimonial para sí o a favor de terceros, o iv) pretenda derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o en el de terceras personas, etc.

Sostiene que el proyecto denominado “*FORTALECIMIENTO A LA PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD DEL SECTOR PALMERO EN EL MUNICIPIO DE CANTAGALLO BOLÍVAR*”, fue elaborado por el municipio para el mejoramiento de las condiciones socioeconómicas de la población vulnerable y pequeños productores del municipio de Cantagallo. Según el municipio, con ese proyecto se pretende crear desarrollo sostenible en las comunidades rurales vulnerables a través de reconversión productiva con el establecimiento de un cultivo de palma de aceite.

Afirma que, con la ejecución del proyecto, lo que busca la administración es entregar auxilios en especie a personas naturales y jurídicas de derecho privado, sin contraprestación alguna, por lo tanto, se hace necesario establecer si este cometido tiene un amparo constitucional y/o legal, o, por el contrario, resulta que el objeto del proyecto viola la prohibición constitucional transcrita.

Alega, que el constituyente de 1991, en el inciso segundo de la misma norma, preceptuó una excepción a la prohibición, permitiendo a los gobiernos en los diferentes niveles, adelanten programas de interés social con recursos públicos, aun cuando implique la entrega de subsidios, auxilios, donaciones, etc., siempre y cuando se realice previamente un contrato con entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad. Sin

**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

embargo, la Corte Constitucional en sentencia C-324 dispone que los auxilios o donaciones, que el gobierno en los distintos niveles pretenda entregar a particulares, deben estar sujetos a una ley expedida por el legislador, basado en una norma constitucional. Exige la Corte, que la ley "establezca claramente las condiciones objetivas que van a permitir la selección de los beneficiarios en condiciones de igualdad. Esta condición no fue tomada en cuenta por la administración de Cantagallo Bolívar, para la formulación del proyecto FORTALECIMIENTO A LA PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD DEL SECTOR PALMERO EN EL MUNICIPIO DE CANTAGALLO BOLÍVAR. En los estudios previos y demás documentos soporte del proyecto, no se ve estipulada la norma constitucional y/o legal, que haya creado la entrega de cultivos de palma otros incentivos a personas naturales.

Al no estar reglado el programa, la administración uso sus propios criterios de selección, lo que se considera arbitrario, y resulta muy probable que, los beneficiarios del proyecto, sean personas afines al pensamiento político del gobernante de turno, hecho que termina violando el principio de igualdad que debe guardarse en la escogencia de beneficiarios en este tipo de programas, al igual que, discrimina y excluye a personas que se encuentran en real situación de pobreza y vulnerabilidad. La asignación será inconstitucional cuando obedezca a criterios de mera liberalidad, es decir, no se encuadre en una política pública reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo o en los planes seccionales de desarrollo. Haciendo un análisis de las características del proyecto adelantado por la administración, el tipo de incentivo y la forma como los entrega, se puede establecer que, programas como estos, no están contemplados en el plan de desarrollo nacional vigente para la época, y muy contrario a lo estipulado en el proyecto, en el plan de desarrollo municipal, no se contempló la entrega de los bienes público a personas naturales.

En criterio del actor, está probado que la administración de Cantagallo incurrió en celebración indebida de contrato, y en destinación indebida de dineros públicos. Pero esto no hubiese sido posible si el concejo, en uso de las atribuciones no hubiera otorgado autorización a la alcaldesa para contratar el proyecto denominado FORTALECIMIENTO A LA PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD DEL SECTOR PALMERO EN EL MUNICIPIO DE CANTAGALLO BOLÍVAR.

Explica que el Acuerdo 001 de 2019, le exige a la administración presentar junto con el proyecto de acuerdo en el que solicitan la autorización para contratar, los documentos soportes del proyecto, tales como: estudios

**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

previos, planos, etc., y en el caso de aquellos en que se pretenda entregar subsidios, el concejo, exige además que la administración explique de qué forma se escogerían los beneficiarios. Esta última exigencia, no es otra cosa que la obligación que tiene la administración de demostrar con base en que ley soporta la contratación a realizar (lo cual incluye la entrega de bienes públicos a particulares), y si los criterios que va a usar para escoger los beneficiarios están acordes a lo estipulado en dicha ley.

Al estudiar el proyecto de Acuerdo 024 de 2019, POR MEDIO DEL CUAL SE OTORGAN AUTORIZACIONES A LA ALCALDESA DE CANTAGALLO- BOLÍVAR PARA CONTRATAR EL PROYECTO FORTALECIMIENTO A LA PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD DEL SECTOR PALMERO EN EL MUNICIPIO DE CANTAGALLO BOLÍVAR, el concejo de Cantagallo Bolívar, debió prever que, la administración estaba violando la prohibición contenida en artículo 355 inciso primero de la constitución, puesto que el objetivo del proyecto es la entrega de incentivos en especie a particulares sin contraprestación alguna, máxime cuando el legislador en desarrollo del precitado artículo constitucional, en el artículo 41-7 de la ley 136 de 1994, impuso la misma prohibición a los concejos.

Por último, sostiene que la administración de Cantagallo-Bolívar, concretó la entrega de los bienes públicos a particulares y personas jurídicas de derecho privado, al firmar el contrato de prestación de servicio número 014 de 2019, con la UNIÓN TEMPORAL PALMA CANTAGALLO, cuyo objeto es la ejecución del programa FORTALECIMIENTO A LA PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD DEL SECTOR PALMERO EN EL MUNICIPIO DE CANTAGALLO, BOLÍVAR, por valor de \$ 7,796,447,472 y con un tiempo de ejecución de ejecución de 14 meses. Esta forma de contratación no está autorizada por el constituyente en el inciso segundo del artículo 355 superior, para la entrega de bienes públicos a personas naturales o jurídicas de derecho privado. A todas luces el proyecto y la forma de contratación empleada por la alcaldía de Cantagallo, para su ejecución, violan íntegramente la proscripción dispuesta el artículo 355 superior, configurando esta conducta, la indebida destinación de dineros públicos.

### **3.4 ACTUACIÓN PROCESAL**

- La demanda fue presentada el 05 de febrero de 2020, siendo repartida para su conocimiento al Despacho 006 de este Tribunal (fl. 1-21).

**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

- El 13 de febrero de 2020 se dictó el auto admisorio, y se corrió traslado de la medida cautelar presentada (fl.119).
- La señora NORELVIS HERNÁNDEZ ARRAEZ, ALVIS BLANCO Y GELBER CARPIO fueron notificados por Despacho Comisorio librado al Juzgado Promiscuo Municipal de Cantagallo, el 17 de febrero de 2020 (126-128). El plazo máximo para contestar la demanda venció el 24 de febrero de 2020.
- El 24 de febrero La señores NORELVIS HERNÁNDEZ, ALVIS BLANCO Y GELBER CARPIO presentaron la contestación a la demanda (fl. 129-133), en forma oportuna.
- El 05 de noviembre de 2020, se resolvió la medida cautelar, negándose la misma (fl.184-187)
- El 19 de noviembre de 2020, se prescindió de la audiencia inicial, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 806/20, y se corrió traslado para alegar de conclusión por el término de 10 días (191-193), notificándose por estado electrónico el 23 de noviembre de 2020<sup>6</sup> (fols. 98), empezando a correr el término el 24 de noviembre la misma anualidad, venciendo el mismo el 08 de diciembre de este año.

### **3.5 CONTESTACIÓN**

#### **3.5.1 Norelvis Hernández, Alvis Blanco Y Gelber Carpio<sup>7</sup>**

Por medio de escrito presentado de manera oportuna, los concejales antes relacionados se opusieron a las pretensiones de la demanda, manifestando que el proyecto que dio origen al Acuerdo 015 de 2019 cuenta con los requisitos de viabilidad, puesto que fue aprobado por el OCAD, conformado por la Nación, el Departamento y el Municipio en virtud de lo ordenado en el Acuerdo 045 y 085 del Sistema de Regalías.

Señalan, que la labor del Concejo Municipal de Cantagallo se limitó únicamente a otorgar las facultades a la Alcaldesa de dicho ente territorial, para la realización de un contrato; pero en ningún momento le señaló a la administración cual era la modalidad de contratación que se debía emplear, por lo que ello no es responsabilidad de los concejales.

<sup>6</sup> Contra esta decisión ninguna de las partes presentó oposición o impugnación.

<sup>7</sup> Folio 138-174

**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

Sostienen que el reproche del actor va encaminado al actuar de la administración del Municipio de Cantagallo, y no la actuación del Concejo de dicha entidad territorial; que si lo que se pretende es un control de legalidad de los actos producidos por el concejo, este medio de control no es el procedente para ello.

Afirman que no es cierto que se haya ordenado la entrega de donaciones a personas naturales, pues lo que en realidad se hizo fue conceder una autorización a la Alcaldesa, para contratar.

Agregan, que quien promueve este medio de control es un ex concejal, que tiene por finalidad recuperar la curul perdida en las últimas elecciones. Que, para ello, pretende hacer extensiva una prohibición para endilgar responsabilidad a los hoy demandados.

Añaden, que la razón por la que la Alcaldesa de Cantagallo se vio en la obligación de solicitar autorización para la celebración de contratos, es porque la coalición a la que pertenecía el ex concejal demandante aprobó un acuerdo en el que limitó las facultades del alcalde para contratar.

Indican, que los argumentos de la parte actora son contradictorios, puesto que, por un lado, está reprochando a los concejales que hayan autorizado la celebración de un contrato, que destina recursos a particulares, pero a la vez indica que ello sí podía realizarse si hubiera optado por el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución.

### **3.5.2 David Orozco**

No presentó contestación.

## **3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**3.6.1.** Alegatos de la parte demandante<sup>8</sup>: La parte actora presentó escrito manifestando que se ratificaba en su solicitud de declarar la muerte política de los concejales que votaron de manera afirmativa el proyecto de acuerdo para la realización del contrato de FORTALECIMIENTO A LA PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD DEL SECTOR PALMERO EN EL MUNICIPIO DE CANTAGALLO, BOLÍVAR, en el cual se destinaron recursos públicos para el beneficio de particulares.

---

<sup>8</sup> Folio 212

**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

**3.6.2.** Alegatos de los demandados: No presentaron alegatos.

**3.6.3.** Concepto del Ministerio Público<sup>9</sup>: El Procurador 130 Judicial I, considera que deben denegarse las pretensiones de la demanda, como quiera que de las pruebas traídas al proceso no es posible concluir que, con la aprobación del Acuerdo 015 de 2019, el Concejo de Cantagallo autorizó la entrega de donaciones a personas particulares.

#### **IV.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

#### **V.- CONSIDERACIONES**

##### **5.1. Competencia.**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del numeral 15 del artículo 152 del CPACA, en concordancia con el parágrafo 2 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

##### **5.2. Problema jurídico**

De conformidad con los hechos expuestos, la Sala deberá determinar si:

*¿Se encuentran incursos los señores DAVID OROZCO, NORELVIS HERNÁNDEZ, ALVIS BLANCO y GELBER CARPIO, en la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 55 numeral 3 de la Ley 136 de 1994 y artículo 48 numeral 4 de la 617 del 2000, por haber votado a favor del Acuerdo 015 de 2015, en el cual se autorizó a la Alcaldesa de Cantagallo- Bolívar la realización de un contrato que, según el demandante, tiene por finalidad la entrega de donaciones de bienes públicos a personas particulares; incurriéndose de esta forma en indebida destinación de recursos públicos?*

Para resolver el problema jurídico anterior, esta Judicatura debe resolver previamente los siguientes cuestionamientos:

---

<sup>9</sup> Folio 197-210

**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

*¿Tiene incidencia en el medio de control de pérdida de investidura, el hecho de que existan irregularidades formales en la expedición del Acuerdo 015 de 2019 y que la forma de contratación del proyecto de “FORTALECIMIENTO A LA PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD DEL SECTOR PALMERO EN EL MUNICIPIO DE CANTAGALLO, BOLÍVAR” sea o no contraria a la ley?*

*¿El hecho de que el concejo municipal, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, autorice al alcalde para realizar un contrato, puede llevarlos a incurrir en indebida destinación de recursos públicos?*

### **5.3. Tesis de la Sala**

Se desestimará la pretensión de declaratoria de pérdida de investidura y muerte política de los Concejales del Municipio de Cantagallo-Bolívar, señores DAVID OROZCO, NORELVIS HERNÁNDEZ, ALVIS BLANCO y GELBER CARPIO, con fundamento en la posición del Consejo de Estado según la cual, el ejercicio de una función constitucional, en sí misma, no necesariamente puede conllevar a la indebida destinación de dineros públicos; cosa distinta es que, al ejercer dichas atribuciones, el concejo incurra en violación de la Constitución Política o de la ley (por irregularidades formales en la expedición del acuerdo o la forma de contratación escogida), evento en el cual los actos respectivos pueden ser susceptibles de control a través de los medios de control nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, según sea, y eventualmente acarrear responsabilidad disciplinaria o fiscal si se encuentra probada alguna falta o detrimento patrimonial.

Así las cosas, se tiene que los concejales, al momento de autorizar al alcalde para la realización de un contrato, no tienen la condición de ordenadores del gasto, por lo tanto, no pueden destinar dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados; lo anterior quiere decir, en otras palabras que, los concejales no incurren en causal de pérdida de investidura por ejercer la función de autorizar la realización de un contrato, puesto que eso por sí solo no implica la indebida destinación de dineros; sin perjuicio de que a través del ejercicio de otro tipo de facultades o autorizaciones, los concejales sí puedan incurrir en indebida destinación de dinero públicos, cuando a través de dichas acciones no se ajusten a la ley.

**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

En este caso concreto, debemos concluir que el demandante no demostró que la autorización dada por el Concejo Municipal de Cantagallo al aprobar el Acuerdo 015 de 2015, conllevó a una donación de bienes públicos, lo cual era su deber conforme al artículo 167 del CGP.

#### **5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

##### **5.4.1 Generalidades de la pérdida de investidura**

La figura de la pérdida de investidura fue establecida en el artículo 183 de la Constitución Política como un mecanismo de control político de los ciudadanos y un instrumento de depuración en manos de las corporaciones públicas contra sus propios integrantes, cuando estos incurran en conductas contrarias al buen servicio, al interés general o a la dignidad que ostentan.

La Corte Constitucional, en sentencia SU – 632 de 2017 explica, que la pérdida de investidura *“en esencia, constituye una sanción ética y política que por su contenido es un mecanismo disciplinario revestido de las máximas garantías procesales y, por tanto, de naturaleza jurisdiccional. Esta institución jurídica ha sido definida por la Sala Plena del Consejo de Estado al señalar que tiene como finalidad garantizar que los representantes del pueblo ejerzan sus funciones con la dignidad requerida, es decir, ajustando su comportamiento a lo que el Constituyente y el legislador esperan de él. Así mismo, ha expuesto ese Tribunal que la acción de pérdida de la investidura tiene como propósito garantizar la moralidad y el comportamiento ético de quienes ejercen poder político a través de las corporaciones públicas de elección popular, de suerte que su conducta y decisiones en el ejercicio de las mismas se ajusten ante todo al interés general y al bien común dejando de lado todo interés mezquino o privado que atente contra los intereses del pacto político surgido de la elección. (...) La declaratoria de pérdida de investidura acarrea una inhabilidad permanente, ya que el sancionado no puede volver a ejercer el cargo del que se le priva por sentencia judicial dictada al término de un proceso jurisdiccional de índole disciplinaria. Como se ha resaltado, la severidad de la pérdida de investidura se deriva de las consecuencias que el ordenamiento jurídico le asigna a la afectación de los derechos políticos de los electores, de ahí la entidad de los derechos que resultan limitados, dentro de los que se destaca el derecho a elegir y a ser elegido”*.

Conforme con el artículo 183 de la Carta Política, la Ley 136 de 1996, la Ley 617 de 2000 y la Ley 1881 del 15 de enero de 2018, la acción de pérdida de investidura, puede ejercerse en contra de los congresistas, diputados,



**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

concejales y ediles que, con su conducta dolosa o gravemente culposa, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución y la ley.

A su turno, el Consejo de Estado en sentencia del 30 de agosto de 2007, determinó no es necesario que el sujeto pasivo de la pérdida de investidura ostente, al momento de la demanda, la calidad de congresista, diputado, concejal o edil, pues basta con que en alguna oportunidad haya ejercido dicha labor, y en función de la misma, haya incurrido en alguna de las causales de pérdida de investidura prevista en la norma. Al respecto, se expuso lo siguiente:

*“5.1. Sobre lo primero, es de advertir que la calificación del sujeto pasivo de la acción no es un factor de competencia para conocer de la misma, sino que constituye un presupuesto sustancial suyo, en el sentido de que la conducta o los hechos subsumibles en las causales de esta acción deben ser realizados por una persona que al momento de su ocurrencia tenga la condición oficial que señala la norma, en este caso, la de concejal; de suerte que esa calidad lo que determina es la procedibilidad de la acción en tanto el sujeto inculpado verdaderamente la ostente cuando realizó la conducta o participó en los hechos que se le endilguen.*

*No es, entonces, un problema de la competencia por razón de la persona (ratio personae), o lo que es igual, por virtud del fuero, sino de una acción que tiene un sujeto pasivo calificado, que por lo demás es una acción pública no sujeta a caducidad; de allí que siempre pueda ser impetrada respecto de toda persona que después de su creación hubiere ostentado en cualquiera momento la calidad o investidura de aquellas para las que está prevista, en este caso la de concejal. Basta, por consiguiente, que una persona la hubiere ostentado alguna vez y se le atribuya la realización por esa época de una conducta descrita como causal de pérdida de la investidura en la Constitución Política o en la ley, que por lo demás no todas implican ejercicio de sus funciones, sino la sola circunstancia de estar investido de la dignidad correspondiente.*

*De allí que cuando se trate de aceptar un cargo en la administración pública, no se configura causal alguna cuando ha renunciado y le ha sido admitida la renuncia al cargo de concejal previamente a la aceptación de aquél, es decir, con anterioridad ha dejado de ser concejal para poder aceptar la designación que se le haga en cualquier otro cargo público; locuaz, de todos modos, no incide en la competencia de esta jurisdicción, sino en el mérito de las pretensiones del demandante.*

*En consecuencia, la circunstancia de haber quedado desprovisto de la investidura de concejal, por renuncia aceptada a ese cargo no lo sustrae de la presente acción y del conocimiento que de ella le corresponde a esta jurisdicción, en primera instancia ante el Tribunal de Bolívar por razón del territorio, pues justamente por la*



**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

*sola situación de haber sido concejal se convirtió en sujeto pasivo y permanente de la misma, de allí que este argumento se desestima por ser totalmente infundado”<sup>10</sup>.*

Finalmente, es de importancia resaltar que el juicio de responsabilidad que se realiza en el marco de la pérdida de investidura no puede ser considerado de ninguna manera como un juicio de responsabilidad objetiva; por el contrario, conforme con la jurisprudencia de las altas cortes, una vez verificada la configuración del elemento objetivo de tipicidad, se debe proceder al estudio del elemento subjetivo que comprende el juicio de culpabilidad<sup>11</sup>.

#### **5.4.2 Pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos**

Conforme con el artículo 55 de la Ley 136 de 1996, y el artículo 48 de la Ley 617 de 2000, los concejales perderán la investidura, entre otros eventos, por la indebida destinación de dineros públicos:

**ARTÍCULO 55. PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONCEJAL.** *Los concejales perderán su investidura por:*

##### **3. Por indebida destinación de dineros públicos”.**

**“ARTICULO 48. PERDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADOS, CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES Y DE MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES.** *Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:*

*(...)*

##### **4. Por indebida destinación de dineros públicos.**

La causal de indebida destinación de dineros públicos no está definida en la Constitución ni en las normas legales que rigen el ejercicio de la acción de pérdida de investidura, por lo que, esta Sala se permitirá ahondar en el estudio de ella, siguiendo el derrotero jurisprudencial trazado por el H. Consejo de Estado.

<sup>10</sup> Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta. Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto de dos mil siete (2007)

<sup>11</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU 424 de 2016. En criterio de la Corte Constitucional “[...] atiende a las circunstancias particulares en las que se presentó la conducta y analiza si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión [...]”. En el mismo sentido, véase Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de septiembre 27 de 2016, expediente (SU) 11001-03-15-000-2014-03886-00



**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

En ese sentido, el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo, en sentencia del 3 de diciembre de 2019<sup>12</sup>, expuso que la *“causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos es una norma superior de textura abierta, puesto que la Constitución y las leyes que rigen la materia, esto es, la Ley 5 de 1992 y la Ley 1881 de 2018<sup>13</sup>, no establecen el alcance de la causal<sup>14</sup> ni detallan un catálogo de conductas específicas que la configuran, misma razón por la cual, aquellas conductas o eventos que la jurisprudencia considera configurativos de la misma, no son las únicos ni resultan limitativos para su estudio, análisis y concreción en cada caso particular<sup>15</sup>. Ello es así porque la finalidad de la indebida destinación de dineros públicos, como causal de pérdida de investidura, es censurar cualquier utilización de los dineros públicos para fines no previstos, distintos, prohibidos o no autorizados por la Constitución o las leyes<sup>16</sup>, con el propósito de erradicar y castigar prácticas parlamentarias como por ejemplo, el pago de salarios a personas que no ejercen funciones o prestan servicios o la remuneración de funciones o actividades que no se relacionan con las propias de los congresistas”*.

<sup>12</sup> Consejo De Estado, Sala Plena De Lo Contencioso Administrativo, Sala Veintisiete Especial De Decisión De Pérdida De Investidura, Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE, Bogotá D.C., tres (3) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 11001-03-15-000-2019-00771-00(PI). Actor: JOSÉ MANUEL ABUCHAIBE ESCOLAR. Demandado: HERNÁN GUSTAVO ESTUPIÑÁN CALVACHE

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Sentencia del 28 de marzo de 2017. MP. Rafael Francisco Suárez Vargas. Expediente 11001-03-15-000-2015-00111-00 (PI). Sentencia del 6 de mayo de 2014. MP. Enrique Gil Botero, Expediente: 11001-03-15-000-2013-00865-00. En relación con la ley 1881 de 2018: se pone de presente que las sentencias señaladas hicieron referencia a la Ley 144 de 1994, régimen de pérdida de investidura que estaba vigente para el momento en que fueron promulgadas. No obstante, lo sentado por la Sala Plena en relación con la causal de indebida destinación de dineros públicos y la Ley 144 de 2994, mantiene su vigencia y validez respecto de la Ley 1881 de 2018, derogatoria de la Ley 144 mencionada, pues este nuevo régimen de pérdida de investidura tampoco se ocupó de establecer contenido y alcance concreto para la causal.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 22 de noviembre de 2016, consejero ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio, expediente: 11001-03-15-000-2015-02938-00, accionante: Juan Carlos Arango, accionado: Luciano Grisales Londoño.

<sup>15</sup> Así se desprende de las discusiones que sobre esta causal se dieron en la Asamblea Nacional Constituyente, de las cuales se colige que el abanico de conductas que pueden tipificar la indebida destinación de dineros públicos es amplio.

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 6 de mayo de 2014, consejero ponente: Enrique Gil Botero, expediente: 11001-03-15-000-2013-00865-00, sentencia del 28 de marzo de 2017. MP. Rafael Francisco Suárez Vargas. Expediente 11001-03-15-000-2015-00111-00 (PI).

**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

En ese sentido, se tiene que la causal de pérdida de investidura por “*indebida destinación de dineros público*”, busca sancionar el comportamiento dirigido a que los dineros del erario se empleen para fines distintos a los legalmente establecidos. Así las cosas, el Consejo de Estado ha establecido las condiciones que permiten validar el cumplimiento del elemento objetivo de esta conducta<sup>17</sup>, y son los siguientes:

**a) Que el demandado ostente la condición de congresista, diputado o concejal:** este elemento se desprende de la literalidad de las normas constitucionales y legales, pues es claro que el sujeto activo de la conducta es el congresista, diputado, concejal o edil, quien, ostentando dicha calidad, destina dinero para fines contrarios a la ley.

En ese orden de ideas, pueden incurrir en indebida destinación de los dineros públicos el sujeto que, ocupando uno de los cargos públicos mencionados: i) ostente la calidad de ordenador del gasto, ii) tenga la calidad de administrador o depositario de los bienes estatales y también iii) el congresista que sin hallarse en ninguna de las condiciones anteriores, en ejercicio de sus funciones, ocasione o permita la incorrecta, ilícita o injusta destinación del patrimonio público, como puede pasar en aquellos eventos relativos a la celebración de contratos o al pago de nómina o personal cuyo cumplimiento de funciones debe certificar el congresista en ejercicio de su cargo; iv) También incurre en la causal referida, quien recibe el dinero público con un fin específico y no lo invierte en el mismo, como en el caso de los viáticos, los cuales se entregan al funcionario con el fin de que atienda una comisión oficial y sólo pasan a su patrimonio si la cumple, o en el caso de los tiquetes aéreos que se expiden a su nombre para el cumplimiento de las funciones propias del cargo, o también, por ejemplo, cuando habiendo obtenido devoluciones dinerarias por concepto de tiquetes aéreos cancelados, no dispone el retorno de tales recursos al erario.

Corolario, en lo que se refiere al sujeto activo del comportamiento reprochado, se destaca que para que el congresista incurra en la indebida destinación de dineros públicos, se requiere que tenga la disponibilidad jurídica o material de tales bienes públicos<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Consejo De Estado, Sala Plena De Lo Contencioso Administrativo, Sala Primera Especial De Decisión De Pérdida De Investidura, Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN, Bogotá D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 11001-03-15-000-2020-00517-00(PI)

<sup>18</sup> Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de 5 de junio de 2001. MP: Doctor Ricardo Hoyos Duque. Expediente AC 0069.



**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

**b) Que se esté frente a la utilización de dineros públicos:** La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sostenido que *“son recursos públicos todos aquellos que provienen de una actividad económica del Estado y se integran al ciclo presupuestal con el propósito de ser redistribuidos para la satisfacción de las necesidades que demanda el interés general”*<sup>19</sup>. En términos generales, los dineros públicos son los que integran el presupuesto general de la Nación. Los salarios de los funcionarios públicos hacen parte del componente de gastos de funcionamiento de la Nación y, por tanto, los congresistas administran indirectamente dineros públicos al certificar las funciones que desempeñan los miembros de sus Unidades de Trabajo Legislativo-UTL, para el pago de los respectivos emolumentos y prestaciones sociales. En otras palabras, no es posible limitar o circunscribir la noción de dineros públicos al de moneda o documento con poder adquisitivo o liberatorio. La noción de dineros públicos comprende el conjunto de haberes, bienes, rentas, tributos, entre otros, que tienen como propósito la satisfacción de necesidades estatales.

**c) Que estos hayan sido indebidamente destinados:** Como la relevancia de la causal se finca en la expresión “indebida destinación”, lo importante es que la conducta del sujeto sea determinante del detrimento patrimonial del Estado, al aplicar los dineros públicos a un fin distinto, prohibido, injustificado o innecesario, o no autorizado<sup>20</sup>, se materializa una indebida destinación indirecta; esto es, cuando a pesar de haber sido ordenado el gasto para el objeto previsto en el respectivo presupuesto de la entidad, el congresista, en el ejercicio de sus funciones, propicia materialmente una destinación distinta al objeto para el cual fueron consagrados.

Ello quiere decir que basta con que el sujeto activo de la conducta, directa o indirectamente, destine los recursos públicos o propicie su desviación a propósitos distintos, porque con ello traiciona, cambia o distorsiona los fines y cometidos previstos en el ordenamiento para los recursos, para que se configure objetivamente la indebida destinación de dineros públicos.

De igual manera, existe claridad jurisprudencial en que la indebida destinación de dineros públicos se puede configurar a partir de la

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de marzo de 2017, exp. 11001-03-15-000-2015-00111-00, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 24 de febrero de 2004. MP. Alier Hernández Enríquez. Expediente: 11001-03-15-000-2003-1149-01.

**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

transgresión de tipos penales<sup>21</sup> pero que dada la autonomía e independencia existente entre las acciones de pérdida de investidura y penal, las conductas que materializan la indebida destinación de dineros públicos configuran la causal de pérdida de investidura sin que necesariamente deban estar tipificadas como delitos<sup>22</sup>.

Así mismo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 28 de marzo de 2017, sostuvo, a título meramente enunciativo, las conductas que representan la indebida destinación de dineros públicos así<sup>23</sup>:

- a) *"Peculado por apropiación, por uso o por aplicación oficial diferente (artículos 397, 398 y 399 del Código Penal).*
- b) *Enriquecimiento ilícito (artículo 41 ibídem).*
- c) *Interés ilícito en la celebración de contratos (artículo 409 Código Penal).*
- d) *Trámite de contratos sin observancia de los requisitos legales (artículo 410 ibídem).*
- e) **Destinación de dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados.**
- f) *Destinación de dineros públicos a actividades o propósitos autorizados, pero diferentes a los cuales esos dineros se encontraban asignados.*

---

<sup>21</sup> Peculado por apropiación, por uso, o por aplicación oficial diferente (artículos 397, 398 y 399 del Código Penal), enriquecimiento ilícito (artículo 412 *ibídem*), interés ilícito en la celebración de contratos (artículo 409 *ibídem*), y trámite de contratos sin observancia de los requisitos legales (artículo 410 *ibídem*). Sobre las sanciones penales y de pérdida de investidura que puede generar una misma conducta, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han sido unánimes en señalar que con ello no se viola el non bis in ídem, porque la acción penal y la acción de pérdida de investidura son acciones independientes, autónomas, diferenciables y separables, que generan diferentes tipos de responsabilidad.

<sup>22</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 19 de octubre de 1994. MP. Juan de Dios Montes. Expediente AC-2102. Sentencia del 30 de julio de 2002. MP Jesús María Lemos Bustamante, expediente: 11001-03-15-000-2001-0248-01. La autonomía entre las dos acciones –penal y de pérdida de investidura– recogida en esta sentencia, es congruente con lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-319 del 14 de julio de 1994<sup>22</sup>, mediante la cual se declaró la inexecutable del parágrafo segundo del artículo 296 de la Ley 5 de 1992, que condicionaba la procedencia de la acción de pérdida de investidura de los miembros del Congreso por indebida destinación de dineros públicos o tráfico de influencias, a la existencia previa de sentencia penal condenatoria.

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de marzo de 2017, exp. 11001-03-15-000-2015-00111-00, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas. Igualmente, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de junio de 2001, M.P. Ricardo Hoyos Duque, exp. AC-2001-0069 y sentencia del 4 de septiembre de 2001, M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié, exp. 11001-03-15-000-2001-0098-01.

13-001-23-33-000-2020-00068-00

g) Aplicación de dineros públicos a objetos, actividades o propósitos expresamente prohibidos por la Constitución, la ley o el reglamento.

h) *Destinación de dineros públicos a materias innecesarias o injustificadas.*

i) Destinación de dineros públicos con una finalidad tendiente a obtener un incremento patrimonial personal o de terceros.

j) *Destinación de dineros públicos con la finalidad de derivar un beneficio no necesariamente económico a favor del congresista o de terceros”.*

#### **5.4.3 Prohibición de donación, auxilio, subsidio o incentivo**

La Carta Magna, en su artículo 355 establece la prohibición expresa de decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, así:

*ARTICULO 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.*

*El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, **celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro** y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.*

A su turno la Ley 136 de 1994 establece:

**“ARTÍCULO 41.- Prohibiciones.** Es prohibido a los concejos:

7. *Decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas”.*

Sobre este asunto, se ha referido la Corte Constitucional en sentencia C- 324 de 2009, donde realizó un recuento histórico de la prohibición contenida en el artículo 355 de la Constitución Política de 1991, indicando que, en sus inicios, era el Congreso de la república quien tenía a su cargo la facultad altruista que era autorizada por la Constitución de 1886, sin embargo, dicha facultad, luego pasó a manos del Gobierno Nacional, en todos sus niveles. Al respecto, la referida providencia expone las siguientes conclusiones:

*“En esos términos, la prohibición prevista en el artículo 355 constitucional permite esbozar unas primeras conclusiones de carácter general:*

1. *La facultad de fomento en la Constitución de 1886, estaba atribuida al Congreso y, sólo en favor de entidades útiles y benéficas, esto es, entidades sin ánimo de lucro.*



**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

2. No obstante, la prohibición de decretar auxilios o donaciones se extendió, por virtud del artículo 355 de la Constitución de 1991, a **todas** las ramas u órganos del poder público, es decir, no se circunscribió a proscribir la facultad otorgada al Congreso por la Constitución de 1886, sino que amplió el radio de la restricción a los poderes ejecutivo y judicial. Este aspecto resulta interesante, si se tiene en cuenta, como lo anota la doctrina, que en la práctica hubiese bastado con la restricción contenida en el artículo 136-4 de la Carta de 1991, según el cual, se prohíbe al Congreso “Decretar a favor de personas o entidades, donaciones, gratificaciones, auxilios, indemnizaciones, pensiones u otras erogaciones que no estén destinadas a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a leyes preexistentes.

3. La restricción de fomento no se circunscribió únicamente a las “empresas útiles y benéficas” a que hacía alusión el artículo 76-20 de la Constitución de 1886, esto es, a las personas jurídicas que por definición legal corresponden a “entidades sin ánimo de lucro” reguladas por el artículo 663 del Código Civil con fines altruistas o de beneficio comunitario, sino que la amplió, en general, a todas “las personas naturales o jurídicas de derecho privado”.

4. A través del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución de 1991, se trasladó la facultad altruista que autorizaba la Constitución de 1886 a favor de las entidades sin ánimo de lucro del Congreso al Gobierno Nacional, en todo sus niveles, sujetándola a la previa celebración de un contrato y, siempre que: (i) La entidad sin ánimo de lucro sea de reconocida idoneidad. (ii) Se busque impulsar programas o actividades de interés público. (iii) Estos programas o actividades se encuentren acordes con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. (iv) La contratación se realice en los términos previstos en el reglamento expedido por el Gobierno Nacional con tal propósito.

Al respecto, conviene señalar que el inciso segundo del mencionado artículo constitucional no distingue entre entidades sin ánimo de lucro de carácter privado u oficial, de manera que ha de entenderse que el deber de suscribir un contrato se predica de las entidades sin ánimo de lucro, en general, sin atender al origen de sus recursos”.

En lo que se refiere concretamente a la prohibición contenida en el artículo 355 de la Carta Política, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

“En su jurisprudencia, esta Corte se ha pronunciado en numerosas oportunidades acerca del contenido y alcance del artículo 355 de la Carta Política y, al efecto, ha concluido por diferentes vías, que **la prohibición allí prevista no resulta absoluta, pues admite “excepciones” que se legitiman dentro del marco de un Estado Social de Derecho.** tales como la asignación de recursos a sectores especialmente protegidos por la Constitución Política.

La evolución jurisprudencial inicia a partir del estudio de los antecedentes que llevaron a la prohibición contenida en el artículo 355 por la Asamblea Nacional Constituyente, asunto que una vez analizado en la sentencia C-372 de 1994, permitió concluir que ante todo la finalidad de dicha prohibición fue la de erradicar la



**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

*práctica de los denominados "auxilios parlamentarios" por pervertir las instituciones democráticas y alimentar ilegítimas destinaciones de los fondos del erario.(...)*

*Es así como, la jurisprudencia empieza a vislumbrar situaciones en las que reconoce la posibilidad de que el Gobierno Nacional asigne recursos públicos sin contraprestación alguna a favor de particulares, siempre que tales asignaciones fuesen decretadas (1) Con fundamento en la Constitución y, (2) a través de los contratos que se debían celebrar exclusivamente con dichos fines.*

*Sin embargo, pronto la jurisprudencia encontró en las disposiciones de la misma Carta argumentos suficientes para autorizar la posibilidad de asignar tales erogaciones, no sólo mediante la celebración de los contratos a que hacía referencia el inciso segundo del citado artículo 355 superior, **sino en aquellos eventos en que el auxilio o incentivo concedido por la ley no solo (1) tuviese como fundamento una norma o principio constitucional, sino que (2). resultare imperioso para realizar una finalidad esencial del Estado.***

*A los requisitos trazados hasta entonces, se sumó un nuevo elemento, según el cual la **transferencia gratuita de bienes estatales a particulares era posible, siempre y cuando, no se tratase de un acto de mera liberalidad del Estado sino del cumplimiento de deberes constitucionales expresos que aseguraran la igualdad material.** En ese sentido concluyó la Corte que ciertos aportes no estaban prohibidos, en la medida que no se estaba frente a actos de mera liberalidad, sino de justicia distributiva.*

*De allí que la jurisprudencia terminó por admitir que muchas de las erogaciones a título gratuito por parte del Estado a favor de particulares, sin contraprestación alguna, surgían de **todos aquéllos supuestos que la misma Constitución autorizaba, como desarrollo de los deberes y finalidades sociales del Estado con el fin de conseguir el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población** del país, al tenerlos como criterios que responden a la concepción del Estado Social de Derecho. De tal manera explicó los profusos eventos en que la Carta autorizaba este tipo de subvenciones: La probidad y posibilidad de los subsidios en materia de servicios públicos domiciliarios (art. 368 C.P.); el fomento de la investigación y transferencia de la tecnología (art. 71 C.P.); el fomento a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierras (art. 65 C.P.); la adquisición de predios para los trabajadores agrarios (art. 64 C.P.); la ejecución de proyectos de vivienda social y servicios públicos de salud y educación (Art. 49, 51 y 67).<sup>24</sup>*

<sup>24</sup> C-152/99.

15 Sentencia C-152- 99. Se estudia la exequibilidad del artículo 31 de la Ley 397 de 1997, por el cual se crea una pensión vitalicia para creadores y gestores de la Cultura. La Corte lo declara constitucional al reconocer que la Constitución autoriza al Estado para que pueda conceder subvenciones, estímulos económicos o subsidios a particulares, tratándose de actividades que aquélla directamente considera dignas y merecedoras de apoyo como la prevista en el artículo 71 de la C.P., según el cual "(...) El Estado creará incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología y las demás manifestaciones culturales y ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades". En este orden de ideas, la Constitución aparte de permitir la concesión de incentivos o estímulos a las personas



**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

*Sin embargo, solo hasta la sentencia C-152 de 1999<sup>25</sup> la Corte reconoció expresamente que **la Carta autorizó al Estado para conceder subvenciones, estímulos económicos o subsidios a particulares**, tratándose de actividades que aquella considerara dignas y merecedoras de apoyo y, **lo más importante, precisó que su desarrollo era materia reservada a la libre configuración normativa del Legislador**, en tanto la Carta aparte de permitir la concesión de incentivos o estímulos omitió determinar la forma en que estos podrían decretarse.*

*Frente a este reconocimiento la **Corte señaló como imperativo** el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno en punto a **señalar el procedimiento que debía ser observado a fin de entregar los incentivos económicos dispuestos por la ley, de modo que los mismos fuesen asignados a las personas que tuviesen mayores méritos y necesidades. Actuaciones, por lo demás, que debían someterse a las reglas de publicidad, imparcialidad e igualdad y, por tanto, ser susceptibles de impugnación**, cuando se desviasen los derroteros trazados por la Constitución, la ley y el reglamento.*

*(...)*

*Las consideraciones precedentes permiten anticipar que las situaciones que hasta ahora la jurisprudencia ha reconocido como “excepciones” a la prohibición contenida en el inciso 1° del artículo 355 constitucional, en realidad no admiten tal calificativo, pues se trata de figuras constitucionales autónomas, cuyo desarrollo por se impone un retorno para la sociedad en su conjunto o un beneficio social, es decir, una contraprestación que es expresa o tácitamente exigida por la Carta Política y que se concreta en mejorar la calidad de vida de los habitantes, en especial de los de menores ingresos, al punto que de estar desprovista la subvención de tal característica, se estaría incurrido de manera automática en la prohibición de que*

---

dedicadas a la creación o al desarrollo cultural, no determina la forma concreta que éstos podrían revestir, de esa manera corresponde al Legislador, en el contexto de las políticas que en este campo considere conveniente dictar, definir el contorno y alcance concretos de los beneficios que en un momento dado pueden servir como instrumentos de desarrollo científico, tecnológico y cultural. En particular, lo que se resuelve es la legitimidad de la conducta del Estado que, con fondos del erario, concede un incentivo económico bajo la forma de cancelación de cotizaciones en favor de ciertas personas que, gracias a ella, se convierten en beneficiarios del sistema de seguridad social. Manifiesta la Corte que no es difícil verificar que el beneficio que en este caso se concede tiene relación directa con el desarrollo y fortalecimiento de la cultura y, por otro lado, puede considerarse idóneo para alcanzar este fin. Los artistas, pintores, músicos, entre otros creadores o impulsores de la cultura, que hayan concentrado su quehacer vital en ofrecer un aporte espiritual significativo a su país, pueden haber desestimado su propio bienestar material y encontrarse más tarde en su vida en condiciones económicas tan precarias que no puedan afrontar, sin el apoyo de la sociedad y del Estado, la satisfacción de sus más mínimas necesidades. A través del subsidio, la sociedad representada por el Estado, pretende compensar, así sea de manera parcial y simbólica, la contribución desinteresada que han hecho al bien público de la cultura, del cual todos en mayor o menor medida son beneficiarios. Se torna imperioso, por consiguiente, que en ejercicio de la potestad reglamentaria el Gobierno establezca el procedimiento que debe ser observado a fin de entregar los incentivos económicos dispuestos por la ley, de modo que los mismos se asignen a las personas que tengan los mayores méritos y necesidades.

<sup>16</sup> C-152/99.



**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

trata el artículo 355 de la Constitución Política, pues no se estaría afectando el presupuesto para atender los fines sociales del Estado:

- (i) **Albergar una finalidad estrictamente altruista y benéfica dirigida a orientar una actividad de interés público**, caso en el cual, el beneficio se encuentra enfocado en un grupo de interés, que es precisamente la circunstancia prevista en el inciso segundo del artículo 355 superior, asociadas con el impulso de programas y actividades de interés público acordes con los planes nacional y seccionales de desarrollo, de manera que se asegure una cierta reciprocidad a favor del Estado.

Es precisamente a esta circunstancia a que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 superior, tal como se dejó establecido en apartes anteriores de esta providencia, pues su finalidad no es otra que la de autorizar al Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal, el impulso de programas y actividades de interés público acordes con el plan nacional de desarrollo y los planes seccionales de desarrollo, en concurrencia con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, a través de la celebración de contratos, para lo cual se otorgó al Gobierno Nacional la facultad de desarrollar un reglamento autónomo, que básicamente fue implementado a través del Decreto 777 de 1992 modificado por el Decreto 1403 de 1992.

Este inciso justamente faculta el desarrollo de actividades esencialmente benéficas, no como instrumento económico, sino con un propósito meramente asistencial y altruista, en el que a diferencia del pasado, no se privilegia la arbitrariedad y unilateralidad del gasto público, sino que se exige un grado aceptable de reciprocidad por parte del beneficiario de la ayuda.

De esta manera, es inminente concluir que el mecanismo establecido en el inciso segundo del artículo 355 puede usarse con el fin de impulsar programas de interés público, como esquema de apoyo a actividades benéficas, pero rodeado de controles subjetivos -solamente puede realizarse con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad – y, objetivos -la materia del contrato se limita a actividades o programas concretos de interés público y acordes con el plan de desarrollo a nivel nacional o seccional-, práctica que a partir de la Constitución de 1991 debe ser el único canal para adelantar la función benéfica del Estado con el concurso de entidades sin ánimo de lucro, sin importar si estas son de naturaleza privada u oficial, en tanto el inciso segundo no establece ninguna discriminación en tal sentido, lo cual entraña un control previo derivado del proceso de selección y un control posterior a la entrega de los recursos públicos.

Al señalar como requisito indispensable, para que estas ayudas procedan, la celebración de un contrato con entidades benéficas, se impone el tamiz de un proceso de selección y el control fiscal de los recursos de quienes funjan como colaboradores del Estado, con el explícito propósito de buscar la eficiencia en la inversión de las partidas públicas por parte de las entidades que las reciban, según se establezca en un “reglamento autónomo”.



**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

- (ii) **Derivarse de la facultad de intervención del Estado en la economía y, en consecuencia, orientarse al estímulo de una determinada actividad económica; asignación que por mandato expreso del artículo 334 superior debe comportar una contraprestación, es decir, debe implicar un retorno o beneficio para la sociedad en su conjunto, sin el cual la subvención carece de equidad y de toda justificación.**

Tal como lo señaló la jurisprudencia la intervención económica se torna operativa a partir de la aplicación de políticas sociales que se concretan en inversión pública o en la ejecución de políticas que involucran el empleo de instrumentos económicos capaces de maximizar los beneficios a la sociedad, entre los cuales se destacan las subvenciones -subsidios, incentivos y auxilios-, según lo demanden las externalidades o circunstancias económicas.

Pues bien, la subvención o subsidio no es otra cosa que la diferencia entre el precio que los compradores pagan y el precio que los productores reciben, diferencia que para efectos de la presente providencia es pagada por un tercer agente, en este caso el Estado. No obstante, la doctrina apunta a afirmar que sólo en la medida en que el costo del subsidio que autoriza el Estado sea menor que el beneficio que obtiene la sociedad en su conjunto con su aplicación, éste se encuentra plenamente justificado, pues sólo en esa medida el instrumento resulta **eficiente y equitativo**.

De lo contrario, esto es, cuando el costo del subsidio es mayor que los beneficios que obtiene la sociedad o cuando éste únicamente aumenta las diferencias sociales o beneficia injustificadamente a un grupo de interés, se está frente a un subsidio regresivo de efectos perversos para la sociedad. En el mismo caso se encontrarían aquellos subsidios que se postergan de manera indefinida en el tiempo, si se tiene en cuenta que ellos están dirigidos a desencadenar un proceso económico en situaciones coyunturales con el fin de generar un beneficio social, de manera que la racionalidad impone que un subsidio con vocación de permanencia carece de eficacia.

La anterior visión económica guarda coherencia con los postulados superiores, si se tiene en cuenta que la razón de ser del subsidio es alcanzar metas sociales, o bien favorecer – por distintas razones- a determinadas personas, actividades o zonas del país, de manera que este criterio indudablemente debe orientar cualquier análisis de constitucionalidad.

En ese orden, se identifican **subsidios a la oferta** otorgados a los productores de bienes y servicios. **Subsidios a la demanda**, con los que se reduce lo que paga el usuario, es decir, lo que éste paga por debajo del costo real del bien o servicio. A su turno, los subsidios pueden ser **directos, indirectos o cruzados: (i) directos** cuando el Gobierno paga una parte del costo del bien o servicio a los beneficiarios o consumidores; se trata de una transferencia directa de bienes en dinero o en especie a grupos sociales con mayores necesidades, asumiendo que las personas que los reciben podrán incrementar sus ingresos o acceder a ciertos bienes o servicios que de otra forma serían inalcanzables; **(ii) indirectos** cuando el Estado subvenciona la producción de ciertos bienes y servicios bien mediante una transferencia directa al productor o mediante mecanismos como la



**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

eliminación de impuestos, otorgamiento de créditos en condiciones preferenciales, o venta de insumos a valor menor que el del mercado y, finalmente; (iii.) subsidios **cruzados** cuando los sectores de mayores ingresos asumen un porcentaje del costo de los más necesitados, caso en el cual no existe erogación directa del Estado. En consecuencia, cuando la ley que dé vida al subsidio otorgado en desarrollo de la facultad de intervención del Estado en la economía, no establezca su finalidad, alcances y límites (Art. 150-21 C.P.) ó cuando el costo del subsidio para el Estado supere el costo del beneficio para la sociedad en su conjunto o se dirija a un grupo de interés en que no se privilegie el gasto social se estará frente a la prohibición de que trata el inciso primero del artículo 355 de la Constitución Política.

**(iii) Derivarse de un precepto constitucional que lo autorice expresamente, en orden a garantizar los derechos fundamentales vía acceso a bienes y servicios por parte de quienes tienen mayores necesidades y menores ingresos, con lo cual se garantiza una contraprestación o beneficio social.**

Finalmente, la Constitución autoriza y desarrolla de manera expresa y directa subvenciones, esto es, subsidios o auxilios que se legitiman por sí mismos dentro de un Estado social de derecho, de manera que su objetivo no es otro que acortar las distancias de los sectores más deprimidos de la población frente a aquellos que tienen mayor capacidad económica, lo cual de suyo lleva implícita una contraprestación social; en consecuencia la Carta enlista los siguientes:

- Artículo 43, por el cual se autoriza subsidio alimentario a la mujer en embarazo o después del parto si se encontrará desempleada o desamparada;
- Artículo 46, por el cual se reconoce un subsidio alimentario a personas de la tercera edad en estado de indigencia;
- Artículo 48, por el cual se autoriza un subsidio dirigido a ampliar la cobertura en materia de seguridad social;
- Artículo 50, mediante el cual se establece la atención gratuita a todo niño menor en instituciones que reciban aportes del Estado;
- Artículo 51, por el cual se autoriza la promoción de planes de vivienda de interés social, sistemas de financiación y formas asociativas de ejecución de programas de vivienda;
- Artículo 52, por el cual se consagra la obligación del Estado de fomentar las actividades deportivas y recreativas;
- Artículo 64, según el cual corresponde al Estado garantizar el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores del campo;
- Artículo 69, que autoriza la creación de mecanismos financieros dirigidos a facilitar el acceso de personas aptas a la educación superior;
- Artículo 71, por el cual se autoriza el fomento y creación de incentivos para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia y la tecnología;
- Artículo 305.6, por el cual se autoriza a los gobernadores a fomentar las empresas, industrias y actividades convenientes al desarrollo económico, social y cultural del departamento;
- Artículo 368, por el cual la Nación, los departamentos, distritos, municipios y entidades descentralizadas pueden conceder subsidios, en sus respectivos



**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

*presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar sus tarifas y cubrir sus necesidades básicas.(...)*

*Mediante sentencia C-507 de 2008 la Corte estudió la constitucionalidad del artículo 10 del Plan Nacional de Desarrollo -Ley 1151 de 2007-, por el cual se estableció la creación indeterminada de apoyos económicos, en relación con los cuales se otorgaba al Gobierno Nacional la facultad de establecer el sector beneficiario, el valor del apoyo o incentivo económico, así como los requisitos y condiciones necesarios en cada caso; y si bien el artículo fue declarado inexecutable en razón a su generalidad y a la indeterminación de la ley, merece especial atención el que en tal providencia se señaló como requisitos generales para autorizar cualquier excepción al artículo 355 superior, los siguientes:*

- 1. Toda asignación de recursos públicos debe respetar el principio de legalidad del gasto.*
- 2. Toda política pública del sector central, cuya ejecución suponga la asignación de recursos o bienes públicos, debe encontrarse reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo y en el correspondiente Plan de Inversión.*
- 3. Toda disposición que autorice una asignación de recursos públicos, sin contraprestación por parte del beneficiario, tiene que encontrarse fundada en un mandato constitucional claro y suficiente que la autorice.*
- 4. Debe respetar el principio de igualdad.*

*La prohibición general de que trata el inciso primero del artículo 355 de la Carta se materializará cuando se registre, al menos uno, de los siguientes eventos:*

- (i) Se omita dar aplicación al principio presupuestal de legalidad del gasto;*
- (ii) La ley que crea la subvención o auxilio en desarrollo de los artículos 334 y siguientes de la Constitución Política o desarrolla las subvenciones autorizadas directamente por la constitución política, omite determinar de manera concreta y explícita su finalidad, destinatarios, alcances materiales y temporales, condiciones y criterios de asignación, publicidad e impugnación, así como los límites a la libertad económica;*
- (iii) La asignación obedezca a criterios de mera liberalidad, es decir, no se encuadre en una política pública reflejada en el plan nacional de desarrollo o en los planes seccionales de desarrollo;*
- (iv) Cuando el costo del subsidio para el estado sea mayor que el beneficio social que se obtiene a partir de su implementación o cuando el auxilio o subsidio sólo beneficie a un grupo de interés sin que reporte beneficios a la sociedad en su conjunto o contribuya a ampliar las diferencias sociales;*
- (v) Cuando la asignación de recursos públicos no contribuya a fortalecer la capacidad de acceso de los más pobres a los bienes y servicios públicos*



**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

*esenciales, en la medida en que se entreguen a quienes menos los necesita o menos los merecen;*

**(vi)** *Cuando el subsidio tenga vocación de permanencia convirtiéndose en una carga al presupuesto público, en la medida que el subsidio o auxilio está llamado a producir efectos inmediatos dentro de una determinada coyuntura económica, de manera que una vocación de permanencia indica que la situación o sector al cual se dirige requiere de otras y más profundas medidas estructurales; y*

**(vii)** *Cuando el subsidio entrañe la figura de la desviación de poder, esto es, cuando el incentivo se cree con un propósito distinto de aquel para el cual aparentemente fue creado.*

*Toda norma legal que asigne recursos públicos en cumplimiento de una determinada política social o económica debe asegurar como mínimo el principio de igualdad y no discriminación, asegurar un retorno social mayor que el costo del auxilio y estar acorde con el Plan Nacional de Desarrollo”.*

## **5.5 CASO CONCRETO**

### **5.5.1 Hechos relevantes probados:**

A efectos de acreditar los hechos planteados en la demanda y su contestación, se aportaron los siguientes documentos:

- Certificado expedido por el Presidente y la Secretaria del Concejo Municipal de Cantagallo, se tiene que el Proyecto de Acuerdo No. 024 de 2019, “POR MEDIO DE CUAL SE OTORGAN AUTORIZACIONES A LA ALCALDESA MUNICIPAL DE CANTAGALLO – BOLÍVAR PARA CONTRATAR EL PROYECTO FORTALECIMIENTO A LA PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD DEL SECTOR PALMERO EN EL MUNICIPIO DE CANTAGALLO - BOLÍVAR” fue debatido y aprobado en dos sesiones; la primera de ellas, en el debate ante la comisión el 11 de noviembre de 2019 y ante la plenaria el 14 de noviembre de 2019 (fl. 17).
- Acuerdo Municipal No. 015-2019, del 14 de noviembre de 2019, “POR MEDIO DE CUAL SE OTORGAN AUTORIZACIONES A LA ALCALDESA MUNICIPAL DE CANTAGALLO – BOLÍVAR PARA CONTRATAR EL PROYECTO FORTALECIMIENTO A LA PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD DEL SECTOR PALMERO EN EL MUNICIPIO DE CANTAGALLO – BOLÍVAR”; en el mismo se indica que dicho contrato es por el valor de \$8.3342.198.795 millones de pesos, recursos que se obtendrán de asignaciones directas del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural;



**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

que el tiempo de ejecución es de 15 meses, y que el OCAD había aprobado vigencias futuras (fl. 18-20).

En el mismo se indica que la alcaldesa de Cantagallo tiene la obligación de solicitar autorización para la realización del contrato en mención, como quiera que el Acuerdo 001-2019 del Concejo de Cantagallo, así se lo exige.

- Según el acta de sesiones celebrada el 14 de noviembre de 2019, la votación EN PLENARIA del proyecto de acuerdo mencionado se dio así (fl. 22-35):

<b>CONCEJAL</b>	<b>VOTO</b>
BLANCO MEJÍA ALVIS	<b>POSITIVO</b>
CARPIO VÁSQUEZ GELVER	<b>POSITIVO</b>
GALVIS PEÑARANDA RAFAEL ANTONIO	NEGATIVO
HERNÁNDEZ ARRÁEZ NORELVIS	<b>POSITIVO</b>
MONTEALEGRE TOLOZA JENNIFER MARCELA	IMPEDIDA
DAVID OROZCO	<b>POSITIVO</b>
PACHECO GONZÁLEZ AMÉRICO	<b>POSITIVO</b>
ROJAS CHÁVEZ JULIO CESAR	SE ABSTUVO
SERPA DÍAZ PAUL FRANCISCO	SE ABSTUVO

- Ponencia del primer debate para el Proyecto de Acuerdo No. 024 de 2019, "POR MEDIO DE CUAL SE OTORGAN AUTORIZACIONES A LA ALCALDESA MUNICIPAL DE CANTAGALLO – BOLÍVAR PARA CONTRATAR EL PROYECTO FORTALECIMIENTO A LA PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD DEL SECTOR PALMERO EN EL MUNICIPIO DE CANTAGALLO – BOLÍVAR, a cargo del Concejal David Orozco (fl. 40).
- Acta de reunión de la Comisión de Presupuesto del Concejo Municipal de Cantagallo, fechada el 11 de noviembre de 2019, en la misma se deja constancia que el proyecto fue aprobado por los concejales NORELVIS HERNÁNDEZ ARRÁEZ y DAVID OROZCO (fl. 41-43)
- Exposición de motivos para el Proyecto de Acuerdo No. 024 de 2019, "POR MEDIO DE CUAL SE OTORGAN AUTORIZACIONES A LA ALCALDESA MUNICIPAL DE CANTAGALLO – BOLÍVAR PARA CONTRATAR EL PROYECTO FORTALECIMIENTO A LA PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD DEL SECTOR PALMERO EN EL MUNICIPIO DE CANTAGALLO – BOLÍVAR, en el cual se hace constar la facultad con la que cuentan los alcaldes



**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

para contratar, y la obligatoriedad de acudir ante el concejo a solicitar autorización para contratar en los casos que dispone la ley; sin embargo, se explica que mediante Acuerdo 001-2019, el Concejo de Cantagallo limitó las facultades para contratar del alcalde, y por ello era necesario pedir autorización en esta oportunidad (fl. 46-49).

- Acuerdo No. 07 del 7 de noviembre de 2019 "POR MEDIO DEL CUAL SE TOMAN DECISIONES RELACIONADAS CON PROYECTOS DE INVERSIÓN FINANCIADOS O COFINANCIADOS CON RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE REGALÍAS -SGR", en el mismo el **OCAD**<sup>26</sup> decide viabilizar, priorizar y aprobar el proyecto de inversión denominado "FORTALECIMIENTO A LA PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD DEL SECTOR PALMERO EN EL MUNICIPIO DE CANTAGALLO – BOLÍVAR" por el valor de \$8.3342.198.795 millones de pesos, recursos de asignación

<sup>26</sup> **Acuerdo 048 de 2017: Artículo 3.1.1.1** Naturaleza e integración. Los OCAD del SGR son órganos sin personería jurídica que desempeñan funciones públicas en los términos establecidos en la Constitución Política, la ley, el reglamento y lo señalado por la Comisión Rectora. Son los responsables de definir los proyectos de inversión sometidos a su consideración que se financiarán con recursos del SGR, así como de evaluar, viabilizar, priorizar, aprobar, designar su ejecutor y la instancia encargada de contratar la interventoría, de conformidad con lo previsto en la Ley 1530 de 2012. Los OCAD están integrados por representantes del gobierno nacional, departamental y municipal o distrital. Para el caso del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación cuenta con representantes de las universidades públicas y privadas. Estos órganos colegiados contarán con una secretaría técnica y un presidente, y se regirán en lo pertinente por el presente Acuerdo.

**Artículo 3.1.1.2. Funciones de los OCAD.** son funciones de los OCAD las siguientes:

Para la definición de los proyectos de inversión sometidos a su consideración que pretendan ser financiados con recursos del SGR:

8. Evaluar los proyectos susceptibles de ser financiados con recursos del SGR.
  9. Viabilizar los proyectos de inversión a ser financiados o cofinanciados con recursos del SGR, excepto aquellos cofinanciados con recursos del Presupuesto General de la Nación (PGN).
  10. Priorizar los proyectos de inversión a ser financiados o cofinanciados con recursos del SGR.
  11. Aprobar los proyectos de inversión sometidos a su consideración.
  12. Designar la entidad pública ejecutora de los proyectos de inversión.
  13. Designar la instancia encargada de adelantar la contratación de la interventoría en los términos del artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, en atención a la importancia, naturaleza o cuantía del proyecto de inversión. Cuando el OCAD no realice esta designación, el cumplimiento de dicho artículo corresponderá al ejecutor del proyecto.
  14. Aprobar los ajustes y la liberación de recursos.
  15. Prorrogar el plazo para el cumplimiento de los requisitos previos al inicio de la ejecución.
- Para otras decisiones sobre el uso de los recursos:
16. Aprobar recursos destinados al pago de compromisos adquiridos con anterioridad al 31 de diciembre de 2011, de conformidad con lo señalado en el artículo 144 de la Ley 1530 de 2012.
  17. Aprobar las vigencias futuras presupuestales y de ejecución.
  18. Designar y decidir sobre la medida de gestor temporal de conformidad con lo señalado en el Decreto 1082 de 2015.

Las demás que señale la ley, el reglamento y los acuerdos de la Comisión Rectora del SGR.



**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

directa el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural; de igual forma, designa como el ejecutor del proyecto, al Municipio de Cantagallo.

- Acta 07 del 7 de noviembre de 2019, por medio de la cual se consigna lo adelantado en la sesión en la que se adoptó el Acuerdo No. 07 del 7 de noviembre de 2019 "POR MEDIO DEL CUAL SE TOMAN DECISIONES RELACIONADAS CON PROYECTOS DE INVERSIÓN FINANCIADOS O COFINANCIADOS CON RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE REGALÍAS - SGR (fl. 57-74)
- Estudios Previos al proceso de contratación para la ejecución del proyecto FORTALECIMIENTO A LA PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD DEL SECTOR PALMERO EN EL MUNICIPIO DE CANTAGALLO – BOLÍVAR (fl. 75-97).
- Formulario E-26 CON en el cual se advierte que los señores NORELVIS MARÍA HERNÁNDEZ ARRÁEZ, ALVIS BLANCO MEJÍA y GELBER CARPIO VÁSQUEZ, fueron elegidos como Concejales de Cantagallo para el periodo 2020-2023 (fl. 98). Que los mencionados, tomaron posesión de sus cargos el 2 de enero de 2020 (fl. 99-109)
- Acuerdo 001-2019 del 22 de febrero de 2019, "*POR MEDIO DEL CUAL EL CONCEJO DE CANTAGALLO REGLAMENTA LA AUTORIZACIÓN AL ALCALDE PARA CELEBRAR CONTRATOS, SE SEÑALA LOS CASOS EN LOS QUE SE REQUIERA AUTORIZACIÓN PREVIA Y EXPRESA DEL CONCEJO Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES*"; en dicho acuerdo, se establece que, además de los casos dispuestos en el párrafo 4 del artículo 18 de la Ley 1551 de 2012<sup>27</sup>, el Alcalde de Cantagallo necesita autorización para realizar los siguientes contratos:

---

<sup>27</sup> PARÁGRAFO 4o. De conformidad con el numeral 3o. del artículo 313 de la Constitución Política, el Concejo Municipal o Distrital deberá decidir sobre la autorización al alcalde para contratar en los siguientes casos:

1. Contratación de empréstitos.
2. Contratos que comprometan vigencias futuras.
3. Enajenación y compraventa de bienes inmuebles.
4. Enajenación de activos, acciones y cuotas partes.
5. Concesiones.
6. Las demás que determine la ley



13-001-23-33-000-2020-00068-00

**ARTÍCULO 9º.- OTROS CONTRATOS QUE REQUIEREN AUTORIZACIÓN PREVIA:** Por su cuantía y por el impacto que generen en el medio ambiente, uso del suelo, por la importancia en el desarrollo social y la afectación a poblaciones de especial protección como los niños y adolescentes, el alcalde Municipal de Cantagallo Bolívar, deberá obtener autorización previa para contratar en los siguientes casos:

1. Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a 500 SMLMV, y su población objeto sean niños y/o adolescentes, en cualquier sector (educación, salud, deporte, cultura, etc) y en cualquier modalidad de contratación. Se exceptúan los contratos de transporte escolar, alimentación escolar, lo concerniente al régimen subsidiado, y el plan de intervenciones colectivas PIC.
2. Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a 500 SMLMV y tenga un impacto en el medio ambiente, en cualquier modalidad de contratación. Estos son:
  - a) Los contratos relacionados con agua potable y saneamiento básico.
  - b) Los contratos que tengan como objeto intervenir cuerpos de agua incluyendo sus orillas y humedales.
  - c) Los contratos que en su ejecución requiera la tala y/o reubicación de flora, así como el ahuyentamiento y reubicación de la fauna.
3. Los contratos iguales o superiores a 500 SMLMV, y en su objeto involucre la entrega de subsidio de cualquier tipo, y en cualquier modalidad.

### 5.5.2 Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

Procede la Sala a resolver el primer problema jurídico planteado, concerniente a determinar si los demandados están incursos en la causal de inhabilidad del artículo 55 numeral 3 de la Ley 136 de 1994 y artículo 48 numeral 4 de la 617 del 2000, por haber votado a favor del Acuerdo 015 de 2019, en el cual se autorizó a la Alcaldesa de Cantagallo- Bolívar la realización de un contrato que, según el demandante, tiene por finalidad la entrega de donaciones de bienes públicos a personas particulares; incurriéndose de esta forma en indebida destinación de recursos públicos.

Teniendo en cuenta lo hasta ahora estudiado, encuentra esta Judicatura necesario analizar el cumplimiento de las condiciones que componen el elemento objetivo de la causal, que son los siguientes:

- **El sujeto sobre quién recae la prohibición: Que se ostente la calidad de concejal al momento de la realización de la conducta.**

Como pruebas frente a esta aspecto, se trajo al proceso Formulario E-26 CON en el cual se advierte que los señores NORELVIS MARÍA HERNÁNDEZ ARRÁEZ, ALVIS BLANCO MEJÍA y GELBER CARPIO VÁSQUEZ, fueron elegidos como Concejales de Cantagallo para el periodo **2020-2023** (fl. 98) y el acta del concejo en el que consta que los mencionados, tomaron posesión de sus cargos el 2 de enero de 2020 (fl. 99-109).



**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

Ahora bien, encuentra esta Judicatura que estas pruebas no sirven para acreditar la condición de sujetos activos de la conducta constitutiva de pérdida de investidura, como quiera que en ella se acredita a calidad de concejales de los señores NORELVIS MARÍA HERNÁNDEZ ARRÁEZ, ALVIS BLANCO MEJÍA y GELBER CARPIO VÁSQUEZ, para el año **2020-2023**, pero la conducta que se les indilga es del año 2019. De igual forma se advierte que, según el Formulario E-26 CON -, el señor DAVID OROZCO no resultó electo como concejal para dicho periodo constitucional.

A pesar de lo anterior, esta Corporación encuentra demostrado que para el año 2019, los accionados sí fungían como concejales del Municipio de Cantagallo, como quiera los mismos actuaron como tales en las sesiones celebradas el 11 y el 14 de noviembre de 2019, para la aprobación del Acuerdo Municipal No. 015-2019, del 14 de noviembre de 2019, "POR MEDIO DE CUAL SE OTORGAN AUTORIZACIONES A LA ALCALDESA MUNICIPAL DE CANTAGALLO – BOLÍVAR PARA CONTRATAR EL PROYECTO FORTALECIMIENTO A LA PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD DEL SECTOR PALMERO EN EL MUNICIPIO DE CANTAGALLO – BOLÍVAR"; el cual fue aprobado con la siguiente votación:

CONCEJAL	VOTO
<b>BLANCO MEJÍA ALVIS</b>	<b>POSITIVO</b>
<b>CARPIO VÁSQUEZ GELVER</b>	<b>POSITIVO</b>
GALVIS PEÑARANDA RAFAEL ANTONIO	NEGATIVO
<b>HERNÁNDEZ ARRÁEZ NORELVIS</b>	<b>POSITIVO</b>
MONTEALEGRE TOLOZA JENNIFER MARCELA	IMPEDIDA
<b>DAVID OROZCO</b>	<b>POSITIVO</b>
PACHECO GONZÁLEZ AMÉRICO	<b>POSITIVO</b>
ROJAS CHÁVEZ JULIO CESAR	SE ABSTUVO
SERPA DÍAZ PAUL FRANCISCO	SE ABSTUVO

En razón de lo anterior, debe concluir este Tribunal que se cumple con el primer presupuesto de la norma, y es que la conducta hubiera sido realizada personas pertenecientes a corporaciones públicas de elección popular, en este caso, por concejales. Debe resaltarse además, que el hecho de que el señor David Orozco en la actualidad no funja como Concejal, no es óbice para considerar que el mismo se encuentra eximido de ser demandado a través del medio de control de pérdida de investidura; por el contrario, se encuentra legitimado para ser sujeto pasivo de la misma, por cuanto la conducta que se le endilga, fue cometida en el marco del ejercicio de sus funciones como concejal.

- **Que se esté frente a recursos públicos**

También se encuentra demostrado que la contratación para la cual se dio aprobación por parte del Concejo de Cantagallo involucra la utilización de recursos públicos, por el valor de \$8.3342.198.795 millones de pesos, recursos de asignación directa el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, pertenecientes al sistema General de Regalías.

Lo anterior, quedó consignado tanto en el Acuerdo No. 07 del 7 de noviembre de 2019, por medio del cual el **OCAD** decidió VIABILIZAR, PRIORIZAR Y APROBAR el proyecto de inversión denominado “FORTALECIMIENTO A LA PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD DEL SECTOR PALMERO EN EL MUNICIPIO DE CANTAGALLO – BOLÍVAR”; como en el Acuerdo Municipal No. 015-2019, del 14 de noviembre de 2019, por medio del cual se le otorgó autorización a la Alcaldesa Municipal de Cantagallo – Bolívar para contratar el proyecto mencionado (fl. 18-20).

- **Que exista indebida destinación de dineros públicos**

La parte demandante señala que los demandados incurrieron en indebida destinación de dineros públicos por haber aprobado el Acuerdo Municipal No. 015-2019, del 14 de noviembre de 2019, por medio de cual se le otorgaron autorizaciones a la Alcaldesa Municipal de Cantagallo – Bolívar, para contratar el proyecto fortalecimiento a la productividad y competitividad del sector palmero en el municipio de Cantagallo – Bolívar, el cual, a juicio del actor, encierra la entrega de donaciones a particulares, en contravía de lo preceptuado en el artículo 355 de la Constitución Política Colombiana.

Como soporte de lo anterior, la parte actora explica que i) con el acuerdo en mención, se facultó al alcalde para entregar donaciones a particulares; ii) se violó la constitución puesto que se permitió una forma de contratación que no está permitida por el artículo 355 ibídem, como quiera que la empresa ejecutora del proyecto no es una entidad sin ánimo de lucro; y, iii) el proyecto de acuerdo estudiado por el concejo tiene falencias en el trámite de expedición del mismo, que lo invalida.

Para resolver el caso *sub examine*, la Sala encuentra demostrado que el Concejo Municipal de Cantagallo expidió el Acuerdo Municipal No. 015-

**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

2019, del 14 de noviembre de 2019, en referencia, mediante el cual se dispuso:

“[...] **ACUERDA**

**ARTÍCULO PRIMERO:** AUTORIZASE a la Alcaldesa Municipal de Cantagallo (Bolívar), para que en nombre y representación del Municipio de Cantagallo, de acuerdo con lo contemplado en el plan de Desarrollo y en cumplimiento de las metas propuestas en él, y en apego a la constitución y la Ley, inicie los trámites para lograr la contratación del Proyecto FORTALECIMIENTO A LA PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD DEL SECTOR PALMERO EN EL MUNICIPIO DE CANTAGALLO – BOLÍVAR.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** - Las autorizaciones conferidas mediante el presente acuerdo, tendrán vigencia a partir de su fecha de sanción y publicación.

**ARTÍCULO TERCERO:** El presente Acuerdo debe ser sancionado y publicado, conforme a la Ley 136 de 1994”.

Se encuentra acreditado en el expediente que los demandados participaron en la discusión y aprobación del Acuerdo indicado *supra*, según consta en el Acta del 11 y del 14 de noviembre de 2019, visible a folios 22-35 y 41-43 del expediente. Además, que el Acuerdo anterior se expidió con fundamento en las atribuciones constitucionales y legales del Concejo Municipal, establecidas en los artículos **209, 311 y 313 de la Constitución Política; 71 de la Ley 136; artículos 2, 85, 95 y 96 de la Ley 489**. De igual forma, la decisión anterior se fundamentó en el **Acuerdo 001-2019 del 22 de febrero de 2019**, “POR MEDIO DEL CUAL EL CONCEJO DE CANTAGALLO REGLAMENTA LA AUTORIZACIÓN AL ALCALDE PARA CELEBRAR CONTRATOS (...)”; en donde se establece que, en virtud de las facultades dadas por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012<sup>28</sup>, el Alcalde de Cantagallo necesita autorización para realizar los siguientes contratos: **“3. Los contratos iguales o superiores a 500 smlmv, y que en su objeto involucren la entrega de subsidio de cualquier tipo, y en cualquier modalidad”**

Sobre este tema, el Consejo de Estado en sentencia del 30 de mayo de 2019<sup>29</sup> expuso que:

<sup>28</sup> **ARTÍCULO 18.** El artículo 32 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

**Artículo 32. Atribuciones.** Además de las funciones que se le señalan en la Constitución y la ley, son atribuciones de los concejos las siguientes.

**3. Reglamentar la autorización al alcalde para contratar, señalando los casos en que requiere autorización previa del Concejo.**

<sup>29</sup> Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López, Bogotá, D.C., treinta (30) de mayo de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 76001-23-33-000-2018-01065-01 (PI)



13-001-23-33-000-2020-00068-00

**Al respecto, la Sala precisa que la atribución constitucional dada a los concejos municipales con el fin de autorizar al alcalde para celebrar contratos no comprende la posibilidad de controlar, como en este caso, la manera como se ejecutó el respectivo contrato de empréstito cuyo resorte es exclusivo del alcalde del municipio;** prueba de ello, es que fue dicha entidad territorial la que hizo la invitación pública de mínima cuantía con el propósito de recibir una oferta técnico económica en la modalidad de consultoría para el "estudio de avalúos para determinar el valor comercial de bienes inmuebles"; de tal modo que, en el evento de resultar un sobrecosto, como lo afirma el solicitante, en la adquisición de los respectivos inmuebles, tal cuestionamiento no puede comprometer la responsabilidad de los miembros del concejo.

**En ese sentido, como la invocada indebida destinación de dineros públicos no comprende en este caso el contenido mismo del acuerdo que: (i) facultó al alcalde municipal para gestionar y suscribir el contrato de empréstito con el fin de financiar los sectores de la inversión de vivienda, educación, vías, equipamientos municipales, deporte, justicia y seguridad y agua potable y saneamiento básico, y (ii) para celebrar los contratos requeridos para la ejecución de los recursos del crédito en los sectores de la inversión allí previstos, la solicitud de pérdida de investidura de los concejales acusados no puede tener despacho favorable.**

Acerca de la diferenciación que debe hacerse entre la autorización para contratar dada por los concejos municipales a los alcaldes y la ejecución a cargo de este último, la Sala ha explicado, que por su importancia se transcribe en extenso<sup>30</sup>: "[...]"

En este orden, la competencia que el Estatuto de Contratación le atribuye a los alcaldes como jefes de las entidades territoriales para contratar, en armonía con el reparto de competencias entre concejos y alcaldes, prevé la existencia de una autorización para contratar por parte de los concejos municipales.

La Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en concepto de 5 de junio de 2008 (Radicación: 1.889, M.P. Dr. William Zambrano Cetina), precisó el alcance de estas normas relacionadas con la actividad contractual de los municipios, las autorizaciones de los Concejos a los Alcaldes, las formas y mecanismos de relación entre el Concejo y el Alcalde Municipal. La Sala de Consulta y Servicio Civil precisó:

"(...)

1°. En primer lugar, se deben separar los conceptos de autorización, al que se refiere el artículo 313-3 de la Constitución y de reglamentación de la autorización a que se hace alusión en el artículo 32-3 de la Ley 136 de 1994.

2°. Frente a la autorización, señala la Corte Constitucional, corresponde a la facultad del concejo municipal de establecer qué contratos de los que debe

<sup>30</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 2 de mayo de 2013. C.P. María Claudia Rojas Lasso. Expediente radicación nro. 70001-23-31-000-2012-00006-01 (PI).



**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

celebrar el alcalde como representante de la entidad territorial, deben ser autorizados por esa corporación.

Aclara esa Corporación Judicial de manera categórica que dicha atribución no puede comprender todos los contratos que deba suscribir el alcalde, sino únicamente y de manera excepcional "los que tal corporación disponga, en forma razonable, mediante un reglamento que se atenga a la Constitución Política".

(...)

**3. En relación con la reglamentación de esa autorización (art.32-3 de la Ley 136 de 1994), la Corte Constitucional advierte que ella se refiere a la reglamentación no de la función contractual del alcalde, sino del procedimiento interno que habrá de seguirse en los concejos municipales para tramitar las solicitudes de autorización de contratos en los casos en que ésta se ha previsto; por tanto, los concejos no podrán so pretexto de reglamentar dicha autorización, "extralimitarse en sus atribuciones e intervenir sobre la actividad contractual propiamente dicha; dirección que corresponde al alcalde, en tanto jefe de la acción administrativa del municipio, de conformidad con el artículo 315-3 de la Carta."** (negrilla fuera de texto)

(...)

De acuerdo con lo anterior, es fácil concluir que obligar a un alcalde municipal a obtener autorización permanente del concejo municipal para todos los contratos que debe celebrar en cumplimiento de sus funciones, comporta claramente, a la vez que una omisión en el cumplimiento de un deber legal por parte de los concejos (en el sentido de conceder las autorizaciones que se requieren para contratar y de establecer un reglamento general para el efecto), un desbordamiento de las facultades que le han sido asignadas a dichas corporaciones municipales, pues termina trasladando a ellas la dirección y control de la actividad contractual del ente territorial, lo cual corresponde a una función constitucional y legal propia de los alcaldes que los concejos no pueden desconocer al amparo del artículo 313-3 de la Constitución. El hecho de convertir en regla lo que es excepción, invierte el reparto constitucional de funciones entre dichos servidores y hace que los concejos municipales se conviertan en coadministradores de la gestión contractual municipal, lo que se encuentra por fuera del marco fijado en los artículos 313 de la Constitución y 32 de la Ley 136 de 1994. (negrilla fuera de texto)

(...)

Entonces, la facultad que tienen los Concejos Municipales consistente en autorizar la celebración de contratos por parte de los alcaldes, constituye una excepción toda vez que dicha atribución no comprende todos los contratos que deba suscribir el alcalde, sino los que tal corporación disponga en forma razonable, mediante un reglamento y de conformidad con la Constitución Política. Los Concejos no pueden entrar a establecer procedimientos de selección, normas generales aplicables a los contratos, entre otros, puesto que ello forma parte del núcleo propio del Estatuto de Contratación.

(...)

**La Sala en sentencia de 1º de agosto de 2002, precisó que el ejercicio de una función constitucional no puede implicar, per se, indebida destinación de dineros públicos. Cosa distinta es que si al ejercerla se incurre en violación de la Constitución Política o de la Ley, los actos respectivos sean susceptibles de la acción de nulidad y acarreen responsabilidad disciplinaria o fiscal.**

[...]” (se destaca)

Teniendo en cuenta lo hasta ahora expuesto, encuentra esta Judicatura demostrado que no es posible establecer la ocurrencia objetiva en la conducta por parte de los concejales que ejercen sus facultades constitucionales y legales, al concederle autorización a los alcaldes para adelantar la realización de diversos contratos; ello teniendo en cuenta que sus atribuciones solo se limitan a la **concesión de la autorización**, pues los concejales, en estos eventos no son ordenadores del gasto, ni están incurriendo en el proceso de ejecución del gasto público, por ello, no pueden garantizar la forma como los recursos serán utilizados; además, como lo expresa el mismo Consejo de Estado, constituye una extralimitación de sus funciones el hecho de que el concejo, en el ejercicio de sus facultades de reglamentación de la concesión de las autorizaciones, se atribuya competencias para imponerle al alcalde qué tipo de contratación o mecanismo de selección va a utilizar, o que tipo de personas jurídicas debe ser la contratista con la que se celebre el negocio jurídico.

Lo anterior, teniendo en cuenta que ello llevaría al concejo a intervenir en la actividad contractual propiamente dicha, la cual se encuentra a cargo del alcalde, en tanto es el jefe de la acción administrativa del municipio, de conformidad con el artículo 315-3 de la Constitución.

De igual forma encuentra esta Judicatura que, conforme con la parte considerativa y resolutive del Acuerdo No. 015-2019, del 14 de noviembre de 2019, debe concluirse que el Concejo de Cantagallo solo se limitó a conceder una autorización a la alcaldesa para que **“inicie los trámites”** para realizar una contratación, en este evento, la contratación para la ejecución del proyecto denominado FORTALECIMIENTO A LA PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD DEL SECTOR PALMERO EN EL MUNICIPIO DE CANTAGALLO – BOLÍVAR; en ese orden de ideas, en estricto sentido, no puede esta Corporación concluir que el concejo haya dado autorización al alcalde para realizar la entrega de donaciones a particulares, como quiera

**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

que esa no fue la atribución de la cual se hizo ejercicio y que tal vez, ameritaba un estudio más profundo.

Debe resaltarse también en este punto, el hecho de que al proceso no se trajo el texto del proyecto "FORTALECIMIENTO A LA PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD DEL SECTOR PALMERO EN EL MUNICIPIO DE CANTAGALLO – BOLÍVAR", por lo tanto, se desconoce en qué consiste el mismo, y si de él se pueden derivar alguna situación que generen desviación de recursos. Por el contrario, al proceso solo se trajo, en lo referente al proyecto, el concepto emitido por el OCAD, mediante el Acuerdo No. 07 del 7 de noviembre de 2019, en el que se decide viabilizar, priorizar y aprobar el proyecto de inversión denominado "FORTALECIMIENTO A LA PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD DEL SECTOR PALMERO EN EL MUNICIPIO DE CANTAGALLO – BOLÍVAR"; el Acta 07 del 7 de noviembre de 2019, en la cual el OCAD consigna la votación obtenida por el proyecto para efectos de su viabilizarían, priorización y aprobación<sup>31</sup> y los estudios previos al contrato frente al cual se solicitaba aprobación; sin embargo, de dichos documentos solo se extrae información como el costo del proyecto, la fecha de entrega del producto, pero no se puede deducir quienes son los beneficiarios del proyecto y los pormenores del mismo.

Así las cosas, no puede concluirse que en efecto, el proyecto en mención tenga por objeto la entrega de donaciones a particulares.

De igual forma, el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo<sup>32</sup>, en múltiples sentencias, ha guardado la misma posición frente a este tema, expresando que:

*Al respecto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia de 3 de octubre de 2000<sup>33</sup>, consideró lo siguiente:*

31

SENTIDO DEL VOTO	VIABILIZA	PRIORIZA	APRUEBA	ENTIDAD EJECUTORA	INSTANCIA CONTRATACIÓN INTERVENTORIA	AUTORIZACIÓN DE RECEPCIÓN DE BIENES Y SERVICIOS FUERA DEL BIENIO	BIENIO EN EL QUE SE RECIBE EL BIEN O SERVICIO
NIVEL NACIONAL	POSITIVO	POSITIVO	POSITIVO	MUNICIPIO DE CANTAGALLO	MUNICIPIO DE CANTAGALLO	POSITIVO	2021 -2022
NIVEL DEPARTAMENTAL	POSITIVO	POSITIVO	POSITIVO	MUNICIPIO DE CANTAGALLO	MUNICIPIO DE CANTAGALLO	POSITIVO	2021 -2022
NIVEL MUNICIPAL	POSITIVO	POSITIVO	POSITIVO	MUNICIPIO DE CANTAGALLO	MUNICIPIO DE CANTAGALLO	POSITIVO	2021 -2022

<sup>32</sup> Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Hernando Sánchez Sánchez, Bogotá, D.C., dieciocho (18) de octubre de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 85001-23-33-000-2017-00223-01 (PI)

<sup>33</sup> M.P.: Darío Quiñones Pinilla. Ref.: 10529 y 10968. Actores: Emilio Sánchez Alsina y Pablo Bustos Sánchez.



13-001-23-33-000-2020-00068-00

*"[...] En primer lugar encuentra la Sala que en esta materia es necesario recordar que al aprobar el Acuerdo 08 de 2010 **los concejales del municipio de Sampués no realizaron un uso indebido de dineros públicos, en tanto su función no es la de ordenar el gasto sino la de autorizar al Alcalde para contratar empréstitos, que fue lo que se hizo mediante el citado Acuerdo [...]***

***Así, una cosa es la autorización para contratar empréstitos y otra diferente la contratación misma, de manera que si en la realización de ésta se presentan irregularidades, éstas no son atribuibles a los concejales que participan en la aprobación de un acuerdo que autoriza al burgomaestre local para contratar empréstitos y pignorar rentas [...]"** (Destacado fuera de texto).*

Ahora bien, esta Sección<sup>34</sup> ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la causal de pérdida de investidura sub examine, y, mediante sentencia proferida el 29 de agosto de 2013, consideró lo siguiente:

*"[...] De lo hasta aquí expuesto, resulta evidente que no se configura la causal endilgada, pues, **los demandados, en su condición de Concejales del Municipio de Dosquebradas (Risaralda), al expedir los Acuerdos 001 de 9 de enero y 006 de 12 de junio de 2008, a través de los cuales se autorizó a la Alcaldesa de dicho Municipio para celebrar toda clase de contratos y convenios, hasta por un monto de veinte mil salarios mínimos legales vigentes, fijando como término el 31 de diciembre de 2009, no hicieron otra cosa distinta que ejercer las facultades que en materia de competencia les señala la Constitución y la Ley a dichas Corporaciones Edilicias, autorización, que, como quedó visto, se otorgó de manera general y no específica. Cabe resaltar que dicha conducta, como lo precisó la Sala en un asunto similar, en sentencia de 2 de mayo de 2013 (Expediente núm. 2012-00006-01 (PI), Consejera ponente doctora María Claudia Rojas Lasso), que ahora se prohija, no constituye por sí sola el supuesto fáctico de la causal de indebida destinación de dineros públicos, dado que no implica distorsión de las finalidades del gasto, uno de los presupuestos que se requieren para que se configure la misma [...]"** (Destacado fuera del texto original).*

***Es importante resaltar que, como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Sección<sup>35</sup>, el ejercicio de una función constitucional no puede conllevar a la indebida destinación de dineros públicos; cosa distinta es que si al ejercerla se incurre en violación de la Constitución Política o de la ley, los actos respectivos pueden ser susceptibles de control a través de los medios de control nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, según sea, y eventualmente acarrear responsabilidad disciplinaria o fiscal si se encuentra probada alguna falta o detrimento patrimonial.***

En efecto, no se encuentra acreditado que los demandados tengan la condición de ordenador del gasto en el caso sub examine; ni que los demandados hubieran destinado dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados; por el

<sup>34</sup> Sentencia del 29 de Agosto de 2013. M.P.: María Elizabeth García González. Actor: Oscar Elías Matta Peláez. Rad.: 2012 00027 02.

<sup>35</sup> Sentencia del 14 de agosto de 2014. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno. Actor: Gonzalo Enrique Vergara Gómez. Rad.: 2002 02209 01.



**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

*contrario, se trata de una destinación orientada al cumplimiento de dos fines esenciales del Estado, a saber, los de lograr el bienestar general de la población a través de la prestación de servicios públicos. En ese orden de ideas, tampoco se encuentra acreditado que se hubieren destinado o aplicado dineros a objetos, actividades o propósitos expresamente prohibidos por la Constitución, la ley o el reglamento; o aplicarlos a materias innecesarias o injustificadas.*

*No se encuentra acreditado que se hubieren destinado dineros a objetos, actividades o propósitos autorizados, pero diferentes a los cuales esos dineros se encuentran asignados, en la medida en que se autorizó la constitución de una empresa industrial y comercial del Estado con el objeto de prestar servicios públicos y para efectos de su funcionamiento se asignaron unos activos que provienen de las entidades que, de forma individual, prestan los servicios públicos en el Municipio de Yopal. Asimismo, es importante resaltar que, en los términos del artículo 86 del Decreto 111 de 15 de enero de 1996<sup>36</sup>, “[...] [c]uando se fusionen órganos o se trasladen funciones de uno a otro, el Gobierno Nacional mediante decreto, hará los ajustes correspondientes en el presupuesto para dejar en cabeza de los nuevos órganos o de los que asumieren las funciones, las apropiaciones correspondientes para cumplir con sus objetivos, sin que puedan aumentar las partidas globales por funcionamiento, inversión y servicio de la deuda [...]”.*

*Por último, no se encuentra probado que se hubieren destinado dineros con el objeto de obtener un incremento patrimonial personal o de terceros; u obtener un beneficio no necesariamente económico en su favor o para terceros.*

*En suma de todo lo anterior y teniendo en cuenta que, en el caso sub examine, no se reúnen los elementos constitutivos de la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos; es decir, que no se encuentra probado que se hubieran destinado dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados; o a objetos, actividades o propósitos autorizados, pero diferentes a los cuales esos dineros se encuentran asignados; o aplicar los dineros a objetos, actividades o propósitos expresamente prohibidos por la Constitución, la ley o el reglamento; o aplicarlos a materias innecesarias o injustificadas; o a obtener un incremento patrimonial personal o de terceros; u obtener un beneficio no necesariamente económico en su favor o para terceros: la Sala considera que, como los supuestos fácticos del caso sub examine no se subsumen en los elementos o requisitos configurativos de la indebida destinación de dineros públicos, no hay lugar a decretar la pérdida de investidura”.*

Es importante resaltar que la acreditación de los elementos que configuran la pérdida de investidura está sujeta al principio de la carga de la prueba, según el cual “[...] [i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen [...]”<sup>37</sup> y

<sup>36</sup> Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto.

<sup>37</sup> La norma actualmente vigente, esto es, el artículo 167 del Código General del Proceso reprodujo en su totalidad el principio de prueba contenido en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

**13-001-23-33-000-2020-00068-00**

atendiendo a que en este caso no se acreditó el segundo elemento para la configuración de la causal de pérdida de investidura establecida en el numeral 3.º del artículo 55 de la Ley 136 y en el numeral 4.º del artículo 48 de la Ley 617, sobre indebida destinación de dineros públicos: la Sala considera que no es necesario realizar el estudio del elemento subjetivo de culpabilidad y, en consecuencia, no es procedente la declaratoria de pérdida de investidura solicitada por la parte demandante.

Por último, es necesario aclarar que, en caso de que el Acuerdo 015-2019 del 14 de noviembre de 2019 se hubiera expedido por con irregularidades en el procedimiento, ello, debe ser objeto de otro tipo de acciones, como es el medio de control de nulidad simple, las objeciones del alcalde o las observaciones del gobernador.

#### **5.6 De la condena en costas.**

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

Conforme con lo anterior, no se condenará en costas en esta oportunidad, atendiendo que el asunto de marras trata sobre un tema de interés público.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **VI.- FALLA:**

**PRIMERO: DENEGAR** la solicitud de pérdida de investidura formulada por el señor PAULO FRANCISCO SERPA en contra de los concejales del municipio de Cantagallo DAVID OROZCO, NORELVIS HERNÁNDEZ, ALVIS BLANCO y GELBER CARPIO, en virtud de no encontrarse incurso en la causal prevista en los artículos 55 numeral 3 de la Ley 136 de 1994 y artículo 48 numeral 4 de la 617 del 2000 por los motivos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.



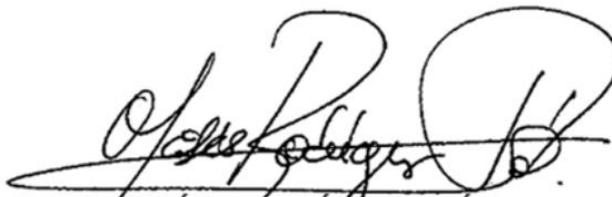
13-001-23-33-000-2020-00068-00

**SEGUNDO:** Si esta providencia no fuere apelada, una vez en firme, **ARCHÍVESE** el expediente previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 001 de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS**

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

  
ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

  
LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

  
DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN

  
EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

  
JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

  
JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ

