



Cartagena de Indias D. T. y C., siete (07) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Medio de Control:	Pérdida de investidura
Radicación:	13-001-23-33-000-2017-00883-00
Demandante:	Eriberto Ospino Quevedo
Demandado:	Concejales del Municipio de Talaigua Nuevo, Bol.
Asunto	Presunta destinación indebida de dineros públicos
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

Procede esta Corporación a emitir fallo de primera instancia en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

a) Pretensiones

El señor Eriberto Ospino Quevedo presentó demanda en la cual solicitó que se declare la pérdida de investidura de los señores José Felix Caballero Matute, Apolonides Charris Urbina, Segundo Benigno de la Peña Bastida, Ferth María de la Peña Núñez, Helio Martínez Mancera, Armando José Pedrozo Arce, Jaison Pedrozo Castrillo; Jairo Ramos Perruelos, Alexander José Ribón Rodríguez y Jesús David Zamora Arrieta, quienes ostentan la condición de Concejales del Municipio de Talaigua Nuevo, Bolívar, para el periodo constitucional 2016-2019.

b) Hechos

Adujo que los demandados incurrieron en la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 48-4 de la Ley 617 de 2000, de acuerdo con la cual los concejales, entre otros miembros de corporaciones de elección popular, perderán su investidura **"por indebida destinación de dineros públicos."**

Para sustentar su pretensión afirmó que los concejales mencionados aprobaron el Acuerdo Municipal No. 09 de 2016 el día 9 de diciembre del mismo año, "por el cual se modifica el presupuesto del Municipio de Talaigua Nuevo para la vigencia fiscal 2016; por adición por desahorro de recursos del FONPET", y que en los numerales uno y dos de su parte resolutive adicionaron el presupuesto de ingresos con recursos provenientes, en su orden, del Fondo Nacional de Regalías (\$ 3.683.196.503,47) y del sistema general de participaciones (3.272.634.914,21); en el numeral tercero adicionaron el presupuesto de gastos señalando la destinación de los recursos anteriores; y en el numeral cuarto dispuso: *"realícense los ajustes presupuestales y*



contables teniendo en cuenta el software de que se dispone; al igual que las correcciones de leyenda, operaciones aritméticas y de codificación a que haya lugar".

Agregó que los concejales mencionados cambiaron la destinación específica y la forma de distribución porcentual asignados a los recursos mencionados por la Resolución No. 4009 de 11 de noviembre de 2016 de la Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y las Leyes 141/94, 715/01, 863/03 y 1176/07, que regulan el sistema general de regalías (SGR) y el sistema general de participaciones (SGP); destinación que debió mantenerse de conformidad con el inciso 5° del artículo 6° de la Ley 549/99 que creó el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales – FONPET, y los artículos 34 y 35-1 de la Ley 734/02, código Disciplinario Único (CDU).

Luego de transcribir el texto de las normas anteriores, afirmó que la destinación que debió darse a los recursos provenientes del sector de propósito general de SGP era la que correspondía a las participaciones por sectores y a los porcentajes descritos en las siguientes tablas:

Tabla N° 1 – Porcentaje de distribución de los recursos – Ley 715/01 – 1176/07

SECTOR	PORCENTAJES
EDUCACIÓN	58,15%
SALUD	24,5%
SANEAMIENTO BASICO	5,4%
PROPOSITO GENERAL	11,6%
Total	100%

Tabla N° 2 – Distribución del 11,6% Propósito General

SECTOR	PORCENTAJES
DEPORTES	4%
CULTURA	3%
FONPET	10%
OTROS SECTORES	41%
FUNCIONAMIENTO	42%

Aseguró que los recursos adicionados en el Acuerdo Municipal 09/16, correspondientes a la fuente de financiación de propósito general del SGP asciende a \$ 3.272.634.914,21, y se deben distribuir conforme a lo regulado en la Ley 715 de 2011 modificada por la Ley 1176 de 2007 (ver tablas uno y dos), de la siguiente manera:

Tabla N° 3 – Recursos devueltos fuente financiación SGP (\$3.272.634.914,21)



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 024/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

SIGCMA

SECTOR	PORCENTAJE	CIFRA \$
EDUCACIÓN	58,5%	1.914.491.424,81
SALUD	24,5%	801.795.553,98
SANEAMIENTO BÁSICO	5,4%	176.722.285,36
PROPOSITO GENERAL	11,6%	379.625.650,04

Tabla N° 4 – Distribución de los Recursos Propósito General (379.625.650,04)

SECTOR	PORCENTAJE	CIFRAS \$
DEPORTES	4%	15.185.026
CULTURA	3%	11.388.769,50
FONPET	10%	0 (ya cubierto el Pasivo)
OTROS SECTORES	41%	155.646.516,50
GTOS D FUNCIONAMIENTO	42%	159.442.773,01

Tabla 5. Decantación de la cifra – destinación Indevida de recursos.

SECTOR	Valor adicionado	Valor que debió adicionarse de acuerdo con normas mencionadas	Diferencia
GASTOS DE FUNCIONAMIENTO	300.000.000	159.442.773,01	140.557.226,99
DEPORTES	130.905.396,5	15.185.026	115.720.370,5
CULTURA	98.179.047,42	11.388.769,5	86.790.277,92
OTROS SECTORES DE INVERSIÓN	2.243.550.470,23	193.609.081,52	2.049.941.388
ALIMENTACIÓN ESCOLAR	100.000.000		100.000.000
MUNICIPIOS RIBEREÑOS	400.000.000		400.000.000
SISTEMA GENERAL DE REGALÍAS	3.683.196.503,47		3.683.196.503,47
TOTAL DESTINACIÓN INDEBIDA DE RECURSOS			6.576.205.767,65

1.2. Contestación de la demanda

1.2.1. Los demandados **Elio Martínez Mancera, Armando José Pedrozo Arce, Alexander José Ribón Rodríguez, Jaison Pedrozo Castrillo; Segundo Beningno de la Peña Bastida, Jairo Ramos Perruelos, Jesús Davis Zamora Arrieta y Apolonides Charris Urbina**, mediante apoderado judicial, contestaron oportunamente la demanda (folios 86 a 97) y se opusieron a las pretensiones aduciendo, en resumen, que si bien aprobaron el Acuerdo 09/16 que adicionó el presupuesto municipal de la vigencia fiscal 2016, para que se estructure la causal es necesario que se demuestre que tenían bajo su administración o



custodia los recursos adicionados, que su actuación tuvo la intención de obtener un incremento patrimonial u otro beneficio a favor suyo o de terceros, lo cual no ocurrió porque se limitaron a responder con celeridad, oportunidad y eficiencia a las necesidades de la administración municipal de adicionar los recursos provenientes del desahorro del FONPET, ello en ejercicio de la función constitucional prevista en los artículos 313 superior y autorizaron al Alcalde a realizar los ajustes presupuestales y contables a que hubiera lugar.

Concluyó que al aprobar el acuerdo anterior, los concejales demandados "autorizaron y/o facultaron al ejecutivo municipal para modificar el presupuesto de ingresos y gastos de la vigencia fiscal 2016 y, por consiguiente...contratar los recursos adicionados....aplicando porcentajes diferentes a los previamente regulados...a los sectores de inversión que la ley autoriza financiar", sin exceder las cuantías de los rubros inicialmente fijados por el Concejo.

Aseguró que los criterios expuestos tienen apoyo en sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 30 de mayo de 2000, expediente AC-9877 C.P. Germán Rodríguez Villamizar, y otros.

De acuerdo con dicha sentencia los artículos 313, 352 y 353 constitucionales y 76, 77, 79, 80, 81, 82, 83 y 84 104 del Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación – compilado en el Decreto 11/96 -, regulan las diferentes operaciones presupuestales a cargo de Concejos y Alcalde; establecen que la reducción o aplazamiento de apropiaciones corresponde al ejecutivo, porque no corresponde a una modificación del presupuesto en sentido estricto; y que los créditos adicionales (para aumentar o complementar partidas insuficientes, o ampliar servicios existentes) y los créditos extraordinarios (que establecen nuevas partidas), competen a la corporación a iniciativa del jefe del ejecutivo; pero los movimientos que no alteran el monto total del presupuesto se denominan traslados y son de competencia del jefe de la entidad administrativa. Todo ello sin perjuicio de que la adición la efectúe el Alcalde previa autorización del Concejo con base en el artículo 313-3, caso en el cual los concejales no pueden incurrir en indebida destinación de dineros públicos.

Propuso excepción de inexistencia de la causal de pérdida de investidura invocada y las innominadas que se adviertan en el proceso.

1.2.2. El demandado **José Félix Caballero Matute**, mediante apoderado, contestó la demanda dentro de la oportunidad legal (fs. 133 a 139); y solicitó denegar las pretensiones aduciendo que no participó de los debates y aprobación del Acuerdo 09/16, conducta que, según las afirmaciones del



actor, configura la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos; y que Elio Martínez Mancera no estuvo de acuerdo con la mayoría y votó en blanco dicho Acuerdo.

La aprobación de un acuerdo que adiciona al presupuesto municipal recursos de desahorro de FONPET no constituye indebida destinación de dineros públicos, sino el ejercicio de una competencia prevista en el artículo 313 constitucional y el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación.

Además, la aprobación de las partidas se hizo de conformidad con las normas citadas en la demanda y no se produjo enriquecimiento de los concejales o particulares, o indebida inversión, apropiación, desviación o corrupción en el manejo de los dineros públicos por parte de los demandados.

- Propuso como excepción de mérito la de buena fe.

Agregó que la adición de recursos del FONPET no pone en riesgo la estabilidad fiscal del Municipio, no mengua sus ingresos, se hizo sin malicia y al aprobarla los concejales no persiguieron un beneficio propio y obraron inspirados en la confianza que depositaron en el equipo financiero del Municipio, que tuvo a su cargo la iniciativa en la presentación del proyecto.

- Propuso excepción de ausencia de desviación de dineros públicos, porque no participó de la aprobación del Acuerdo y no obró con culpabilidad.

Además, el demandante incurre en error al pretender que se apliquen al presente caso los porcentajes de distribución por sectores del SGP conforme a las leyes 715/01 y 1122/06, o a las normas que regulan el sistema nacional de regalías; desconociendo que bastaba con destinar con autonomía los recursos adicionados a gasto público social.

El Concejo no puede extralimitarse en el ejercicio de sus funciones dando órdenes al Alcalde sobre ejecución de recursos, pues aquél no representa al Municipio, no coadministra y no es ordenador de gasto.

Finalmente, invocó la presunción de inocencia y negó haber obrado en forma contraria a la moral y dignidad del cargo.

1.2.3. El abogado Yaser Daniel Rodríguez presentó memorial contestando la demanda en nombre de Fred María de la Peña Núñez (fs. 158 a 171), el cual fue rechazado por no aportar poder para actuar y no invocar la condición de agente oficioso.



1.3. Trámite de la demanda

La demanda fue presentada el 27 de septiembre de 2017 (f.1), y pasó al Despacho el día 28 del mismo mes y año (f. 34); fue admitida mediante auto de 4 de octubre de 2017 (f. 35). El auto admisorio se notificó a la parte demandante y al Ministerio Público el 9 de octubre de 2017 (fs. 36 y 37).

Los demandados Apolonides Charris Urbina, Segundo Beningno de la Peña Bastida, Elio Martínez Mancera, Armando José Pedrozo Arce, Jaison Pedrozo Castrillo; Jairo Ramos Perruelos, Alexander José Ribón Rodríguez y Jesús David Zamora Arrieta, se notificaron personalmente de la demanda el 20 de octubre de 2017 (fs. 48 a 55). Por auto de 14 de noviembre de 2017 se abrió a pruebas el proceso y se fijó el 21 de noviembre de 2017 a las 10 a.m., como fecha y hora para la celebración de audiencia pública (f. 114).

El demandado José Félix Caballero Matute presentó solicitud de nulidad procesal el 20 de noviembre de 2017 (fs. 117 a 123).

En el curso de la audiencia iniciada celebrada el 21 de noviembre de 2017, se procedió al saneamiento del proceso y se dispuso que se concluyera el trámite de la notificación personal de los concejales Ferth María de la Peña Núñez y José Félix Caballero Matute y se mantuvo la validez del auto de 14 de noviembre de 2017 que decretó pruebas aportadas por el demandante y los demandados notificados en legal forma (fs. 126 y 127); en la misma fecha se notificó personalmente a José Félix Caballero (f. 124) y la notificación del demandado Fred María de la Peña se efectuó el 1º de diciembre de 2017 (f. 150).

El 24 de noviembre de 2017 el apoderado judicial del demandado José Félix Caballero, interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda (fs. 128 a 132), el cual fue decidido desfavorablemente mediante providencia de 13 de diciembre de 2017 (fs. 154 y 155).

Por auto de 2 de febrero de 2018, se decretaron las pruebas aportadas por el concejal referido y se denegaron las solicitadas por el mismo; se rechazaron las solicitudes de prueba presentadas por el abogado Yaser Daniel Rodríguez en nombre de Fred María de la Peña Núñez por no aportar poder para actuar y no invocar la condición de agente oficioso, y se fijó el 13 de febrero a las 4 p.m., como fecha y hora para la realización de audiencia pública (fs. 202 y 203).

El 5 de febrero de 2018 el mismo abogado presentó recurso de reposición contra la providencia anterior (fs. 206 a 230), el cual fue decidido



desfavorablemente por auto de 13 de febrero de 2018 que señaló además, el 21 de febrero de 2018 a las 10 a.m., como fecha y hora de continuación de la audiencia pública (fs. 211 y 212).

La audiencia se celebró según lo previsto y agotadas las intervenciones se procedió a declarar el saneamiento del proceso (ver CD obrante a folio 235).

1.4. Intervenciones de los apoderados de los demandados en la audiencia prevista en los artículos 10 y 11 de la Ley 144/94.

1.4.1. En el curso de la audiencia referida intervino la parte demandante, quien reiteró en lo sustancial los hechos y razones en que fundó la demanda.

1.4.2. El Agente del Ministerio Público, por su parte, solicitó que se denieguen las pretensiones porque considera que, contrario a lo dicho en la demanda, los Concejales demandados destinaron correctamente los dineros públicos al aprobar el Acuerdo 09 de 2015, que adicionó el presupuesto municipal de la vigencia 2016 del Municipio de Talaigua Nuevo.

Estima que para que se configure la causal de pérdida de investidura invocada debe existir una erogación efectiva de los dineros públicos, y en el presente caso, es claro que los Concejales no incurrieron en dicha erogación y se limitaron a efectuar una adición presupuestal en ejercicio de sus competencias.

Consideró igualmente que en el evento de que los demandados hubieran incurrido en violación de normas de carácter presupuestal, su conducta tendría consecuencias disciplinarias y eventualmente penales, pero en ningún caso daría lugar a la pérdida de investidura, anotó, finalmente, que los Concejales obraron en cumplimiento de las funciones atribuidas por la Constitución y la Ley en materia presupuestal.

1.4.3. El apoderado judicial de José Félix Caballero Matute reiteró, en lo sustancial, los hechos y razones expuestos en la contestación de la demanda.

Resaltó el hecho de que su cliente no estuvo presente durante el trámite y aprobación del Acuerdo Municipal 09 de 2016, y que el demandante incurrió en un error de interpretación al considerar que la distribución y porcentaje de los recursos provenientes del desahorro del FONPET deben ajustarse a las normas legales que regulan los giros ordinarios del sistema general de participaciones y del sistema general de regalías, pues en realidad estaban sujetos a la forma de distribución contenida en la Resolución 4009 del Ministerio



de Hacienda y Crédito Público, que los Concejales se limitaron a reproducir en el Acuerdo cuestionado.

Reiteró las apreciaciones expuestas durante la etapa de saneamiento del proceso, referentes a la ineptitud de la demanda y a la falta de legitimación por pasiva de su cliente.

1.4.4. El apoderado judicial de **Freth María de la Peña Núñez**, admitió la aprobación del Acuerdo 09/16 por parte del Concejo de que hace parte, y negó que hubiera incurrido en indebida destinación de dineros públicos mediante su aprobación, pues a través del mismo se adicionaron al presupuesto recursos del desahorro de la cuenta del Municipio en el FONPET en ejercicio de sus facultades legales, siguiendo la destinación prevista en la Resolución 4009 de 2016 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Adicionalmente, el Acuerdo no fue objeto de observaciones por ilegalidad ante el Tribunal Administrativo de Bolívar por parte del Gobernador, en ejercicio de la competencia y del procedimiento previsto en los artículos 118 y siguientes del Decreto 1333/86.

Adujo que el demandante interpretó erradamente las normas aplicables al caso, pues los recursos provenientes del FONPET no debieron distribuirse de acuerdo con los porcentajes establecidos en la Ley 715/01 y 1176/07, que solo son aplicables a los giros ordinarios del SGP y regalías que realiza la Nación a las entidades territoriales, pero no a los recursos del FONPET.

Aseguró que los recursos de desahorro del Municipio en la cuenta del FONPET no deben efectuarse de acuerdo con la Ley 715/01 y 1176/07, sino por la Ley 1753/15 y el Decreto 630/16 (artículo 9º), que establece el procedimiento para realizar el giro de los recursos en estudio, que los concejales se limitaron a adicionar el presupuesto aprobado por el Concejo en el periodo anterior.

Finalmente, el Consejo de Estado ha señalado que no basta con la intención de destinar indebidamente los dineros públicos para declarar probada la causal en estudio, sino la erogación efectiva y el daño al patrimonio, que en este caso no se configuró.

1.5. Control de legalidad.

Al momento de proferir sentencia la Sala no advierte que se hayan configurado causales de nulidad o impedimentos procesales que impidan decidir de fondo el litigio.



II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Este Tribunal es competente para decidir el presente proceso por virtud del artículo 152-15 del C.P.A.C.A., de acuerdo con el cual los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de la pérdida de investidura de diputados, concejales y ediles, de conformidad con el procedimiento establecido en la ley, que será decidida por la Sala Plena de la Corporación.

2.2. Cuestión procesal previa. Las excepciones propuestas por los demandados.

Al contestar la demanda algunos demandados alegaron la inexistencia de la causal de pérdida de investidura, buena fe de los demandados al aprobar el Acuerdo Municipal 09/16 y ausencia de desviación de dineros públicos, a título de **excepciones de mérito**, pese a que no constituyen en estricto rigor excepciones, puesto que no se refieren a hechos nuevos con aptitud para enervar las pretensiones, sino argumentos de defensa que la Sala examinará al avocar el estudio de fondo de la Litis.

2.3. Marco normativo y jurisprudencial frente a la causal de indebida destinación de dineros públicos.

Mediante sentencia de 28 de marzo de 2017, Radicación número 11001-03-15-000-2015-00111-00(PI), la Sala Plena de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, describió el marco normativo y jurisprudencial de la causal en estudio, así:

"...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 (Leyes 5ª de 1992 y 144 de 1994)¹. Las referidas normas no establecen la naturaleza y alcance de la causal.² Ha sostenido la jurisprudencia de la Corporación que esta, como sucede con las demás causales de pérdida de investidura, no detalla las conductas específicas que la configuran, a diferencia de lo que ocurre en el proceso penal donde se describen con precisión, en los respectivos tipos, las conductas que se erigen como delitos.

(...) el Consejo de Estado señaló que «(...) de acuerdo con las consideraciones generales expresadas en la Asamblea Nacional Constituyente con respecto a la "indebida destinación de dineros públicos", fuera de la enunciación general de la causal, esta no estableció un

¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de junio de 2001, C.P. Ricardo Hoyos Duque, expediente: 11001-03-15-000-2001-0069-01 (...).

² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 22 de noviembre de 2016, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, expediente: 11001-03-15-000-2015-02938-00 (...).





contenido específico para esa figura...En consecuencia, ha correspondido al Consejo de Estado (art. 184 C.P), darle el alcance pertinente a la causal, especialmente porque su contenido no se encuentra definido de manera expresa en la Constitución Política, ni en el artículo 296-4 de la Ley 5ª de 1992, ni en la Ley 144 de 1994».³

De otro lado, ha señalado esta Corporación que la indebida destinación de dineros públicos «se realiza cuando un congresista destina los dineros públicos a unas finalidades y cometidos estatales distintos a los establecidos en la Constitución, en la ley o en los reglamentos. Bien puede utilizarlos o dirigirlos a actividades o propósitos no autorizados; o a aquéllos que estando autorizados no correspondan a la finalidad asignada; o a cometidos prohibidos, entre otros».⁴

A título meramente ejemplificativo o enunciativo, no taxativo, y dada la necesidad de precisar el contenido de la norma⁵, la Sala Plena ha concretado, además de los delitos de 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*), algunos eventos o gamas de conducta en los cuales puede incurrir el congresista para que se configure la causal, así:

- a. Cuando destina los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados.
- b. Cuando los destina a objetos, actividades o propósitos autorizados pero diferentes a los cuales esos dineros se encuentran asignados.
- c. Cuando aplica los dineros a objetos, actividades o propósitos expresamente prohibidos por la Constitución, la ley o el reglamento.
- d. Cuando esa aplicación se da para materias innecesarias o injustificadas.
- f. Cuando la destinación tiene la finalidad de obtener un incremento patrimonial personal o de terceros.
- g. Cuando la destinación tiene la finalidad de derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o en el de terceros.⁶

(...) 2.5.2. Elementos tipificadores de la causal en comento

- (i) Que se ostente la condición de congresista;
- (ii) Que se esté frente a dineros públicos; y
- (iii) Que estos sean indebidamente destinados.

³ Sentencia del 20 de septiembre de 2011, C.P. María Claudia Rojas Lasso, radicado: 11001-03-15-000-2010-00183-00 (...).

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 6 de mayo de 2014, C.P. Enrique Gil Botero, expediente: 11001-03-15-000-2013-00865-00 (...).

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de julio de 2002, C.P. Jesús María Lemos Bustamante, expediente: 11001-03-15-000-2001-0248-01 (...).

⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 3 de octubre del 2000, C.P. Darío Quiñones Pinilla, expediente: AC-10529 y AC-10968 (...) del 5 de junio de 2001, C.P. Ricardo Hoyos Duque, expediente: AC-2001-0069 (...) Sección Primera, sentencia del 1.º de diciembre de 2016, radicado: 54001-23-33- 000-2016-00135-01 (...) Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de septiembre de 2001, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié, expediente: 11001-03-15-000-2001-0098-01 (...).





(...) 2.5.2.1. Que se ostente la condición de congresista

(...) Ahora bien, la causal de pérdida de investidura en estudio se configura bien frente a la conducta de quien administra directamente el erario⁷ o bien frente a quien no tiene competencias de ordenación del gasto, pero a través de su actuación tiene inferencia en este. En torno a este punto se ha dicho también que la Constitución Política al consagrar la causal no estableció que la destinación tenía que ser directa sino que es plausible que sea indirecta, como «cuando utiliza intangibles o contratos como instrumentos para desviar los dineros públicos a fines distintos de los previstos en las disposiciones legales y reglamentarias».

(...) 2.5.2.2. Que se esté frente a dineros públicos

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.

También hacen parte de los recursos públicos, los ingresos que se obtienen en el ejercicio de la potestad fiscal del Estado, los cuales se clasifican de acuerdo con la ley del presupuesto nacional en el componente de rentas del Estado. - (...) Esta especie de recursos puede denominarse, genéricamente, como recursos financieros activos del Estado.

Desde otro punto de vista, se puede hablar de recursos públicos no financieros, entre los que se cuentan los recursos naturales, los que resultan de la explotación del suelo y del subsuelo y de las demás categorías que conforman el territorio nacional, como las áreas marítimas de comercialización y el espectro electromagnético, de los cuales se derivan rentas que se materializan en ingresos para la Nación.

(...) Siendo así, el gasto se financia con las rentas del presupuesto y los salarios que se pagan a los empleados públicos, hacen parte de los recursos públicos. (...).

2.5.2.3. Que los dineros públicos sean indebidamente destinados

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la palabra «**destinación**» como acción y efecto de «destinar», vocablo que a su turno significa ordenar, señalar o determinar una cosa para algún fin o efecto, y la palabra «**indebido**» como aquello que no es obligatorio ni exigible o que es ilícito, injusto y falto de equidad. Partiendo de esa concepción, se ha dicho que por destinación indebida, desde el punto de vista jurídico, debe entenderse aquella que recae o se aplica a un fin o propósito distinto, o contrario al que legal o reglamentariamente se encuentra previsto o destinado a un determinado bien, o cuando versa sobre algo prohibido, ilícito o injusto, o innecesario.⁸

Cabe reiterar que la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha dicho, en múltiples oportunidades,

⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de mayo de 2000, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, expediente: AC-9878 (...) Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 12 de agosto de 2008, C.P. Alfonso Vargas Rincón, expediente: 11001-03-15-000-2008-00578-00 (...).

⁸ Cita original: Expediente AC-9877. Actor: Emilio Sánchez Alsina. Demandado: Octavio Carmona Salazar. Ver, además, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de julio de 2002, C.P. Jesús María Lemos Bustamante, expediente: 11001-03-15-000-2001-0248-01 (...).



que aun cuando la generalidad de los congresistas no son ordenadores del gasto, no por ello dejan de ser destinatarios de la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos. Una lectura diferente conduce a concluir que la norma resulta inane. (...) Es suma, puede decirse que la causal se materializa cuando el congresista, en su condición de servidor público, de manera directa o indirecta, destina dinero público, a fines diferentes a los establecidos en la Constitución, la ley o el reglamento, en provecho propio o de un tercero, independientemente de que dicha actuación configure un delito penal.⁹ Lo importante es que la conducta del congresista sea determinante del detrimento patrimonial del Estado, al aplicar los dineros públicos a un fin no autorizado...".¹⁰

La Sala acoge y prohija los criterios anteriores, los cuales desvirtúan algunos argumentos expuestos en defensa de los demandados, según los cuales solo se configura la causal frente a quienes tienen potestad para ordenar gastos, que estos deben haberse materializado en perjuicio del patrimonio público, y que no procede por decisiones relacionadas con el cumplimiento de funciones a cargo del Concejo Municipal en materia presupuestal.

En efecto, es evidente, a la luz de la jurisprudencia transcrita, que si se limitara la indebida destinación de dineros públicos a los casos en los cuales se ordenaran gastos, prácticamente se haría inocua dicha causal e inaplicable a los concejales, quienes solo eventualmente tienen la posibilidad de incurrir en la indebida destinación de manera directa, mediante la ordenación de gastos, función que está limitada a los miembros de la mesa directiva; razón por la cual dicha causal debe comprender la destinación indirecta, mediante la disposición jurídica de los recursos del Municipio en ejercicio de las funciones de aprobación y modificación del presupuesto, de manera particular mediante adiciones, como en el caso que nos ocupa.

Es cierto, como afirman algunos demandados, que el Consejo de Estado en algunos fallos afirmó que no se configuraba la causal en estudio en casos en que el Concejo cumplía con sus funciones de aprobación y modificación del presupuesto.

En efecto, la Sección Primera, en sentencia de 16 de octubre de 2014, dictada dentro del radicado 2013-00222-01, C.P., María Claudia Rojas Lasso, decidió una demanda de pérdida de investidura de concejales que habían adicionado el presupuesto municipal en el rubro de gastos de personal inicialmente previsto, violando el numeral 4º literal b) del artículo 91 de la Ley 136 de 1994 y el numeral 7º del artículo 315 constitucional, que prohíben que durante una misma vigencia fiscal se aumente el monto global para gastos de personal.

⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 22 de noviembre de 2016, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, expediente: 11001-03-15-000-2015-02938-00 (...).

¹⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 24 de febrero de 2004, C.P. Alier Hernández Enríquez, expediente: 11001-03-15-000-2003-1149-01 (...).



El fallo mencionado negó la pretensión de pérdida de investidura aduciendo que los artículos 313 y 315-5, 352 constitucionales y 76, 77, 79, 80, 81, 82, 83 y 84 del Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, aplicables a los municipios, atribuyen al concejo la competencia para modificar o adicionar el presupuesto de rentas, a iniciativa del alcalde, como lo señaló igualmente la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto de 5 de junio de 2008.⁽⁶⁾ Y con apoyo en sentencia de 1º de agosto de 2002 ⁽⁷⁾, precisó que el ejercicio de una función constitucional no puede conllevar a indebida destinación de dineros públicos, aunque su ejercicio violatorio de la Constitución Política o de la ley puede tener como consecuencia la nulidad del acto respectivo en proceso de nulidad y la responsabilidad disciplinaria o fiscal de los autores de la irregularidad, y que "uno de los elementos de la causal es "que los dineros públicos indebidamente destinados deben haber sido entregados al congresista (concejal) en administración o en custodia; que la acción prohibida debe enmarcarse dentro del ejercicio de competencia funcional", y que "no toda irregularidad que pueda predicarse de la aprobación de un acuerdo que implique gasto configura indebida destinación de dineros públicos ni acarrea la pérdida de investidura".

No obstante, los criterios anteriores, no han sido pacíficos, pues contrarían los expuestos por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, entre ellos en el fallo prohijado por esta Sala y transcrito parcialmente, según los cuales la causal de indebida destinación se configura de manera indirecta cuando los dineros públicos, incluidos los que se apropian en el presupuesto, se destinan a fines diferentes a los establecidos en la Constitución, la ley o el reglamento, o no autorizado por dichas normas.

Adicionalmente, la misma Sección Primera, mediante sentencia de 12 de noviembre de 2015, expediente 700012333000201300041-01, C.P. ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, decidió un proceso de pérdida investidura de concejales, a quienes se imputaba haber facultado al alcalde municipal, a través de 3 Acuerdos a contratar empréstitos con la banca privada, ingresarlos al presupuesto de ingresos y gastos del municipio y ejecutarlos en los sectores de educación y transporte; cuando (i) ya se habían cumplido las metas de inversión plasmadas en el plan de desarrollo municipal 2008 - 2011, haciendo inversiones superiores a las allí contempladas y (ii) sin que se hubiera realizado la respectiva modificación o ajuste de dicho plan de desarrollo plasmado en el Acuerdo 7 de 2008.

En la sentencia comentada se denegó la pretensión de pérdida de investidura, porque al estudiar de fondo los cargos se encontró probado que el Concejo efectivamente autorizó al alcalde para celebrar contratos de empréstitos, destinados a proyectos de inversión en los sectores educación;



transporte - red vial urbana, contemplados en el Plan de Desarrollo Municipal 2008 - 2011, a que pignorara los recursos de regalías del SGP - Propósito General - Otros Sectores -, por un término de diez (10) meses; y en virtud de dicho acuerdo, el alcalde municipal celebró los contratos de empréstito y de pignoración de rentas destinados a Construcción, mantenimiento y reparación de vías en la zona urbana del municipio (...)” y presentó al concejo proyecto de acuerdo de adición de los recursos de unos de los empréstitos que fue aprobado, corporación que además, facultó al alcalde para adicionar los recursos de un segundo empréstito.

No obstante, al revisar la matriz de inversiones del Plan de Desarrollo Municipal 2008-2011, encontró que los recursos provenientes de los contratos de empréstito celebrados por el alcalde municipal, con ocasión de la autorización que le dio el concejo, serían invertidos en programas previstos en dicho Plan, esto es, se destinarían a actividades previamente autorizadas. Y de otro lado, precisó que el hecho de que se hubieran invertido la totalidad de los recursos señalados en el Plan de Desarrollo 2008-2011, no implica, como lo supone el demandante, que “(...) ya se habían alcanzado las metas propuestas en los sectores educación y vías urbanas enunciadas en el Plan de Desarrollo-Plan Plurianual de inversiones (...)”, pues de este hecho no existe prueba que lo acredite.

El fallo anterior, desmarcándose del criterio según el cual la adición del presupuesto con violación de las normas superiores no constituye indebida destinación de dineros públicos por ser el ejercicio de una potestad constitucional y legal, procedió a estudiar el cargo de fondo, aunque no accedió a las pretensiones por considerar que la destinación de los recursos adicionados no se produjo realmente, por haberse aplicado de conformidad con el plan de desarrollo.

En suma, para evitar que mediante la aprobación o modificación de los presupuestos puedan los concejos desviar los recursos a fines contrarios a los señalados de manera expresa la Constitución Política, la ley o los reglamentos, conducta particularmente grave, la Sala la encuadrará, a la luz de la jurisprudencia anotada, en una forma de destinación indebida de recursos públicos en la modalidad indirecta.

Contrario a lo dicho por algunos demandados, no es cierto que la jurisprudencia del Consejo de Estado haya establecido que para que se configure la causal debe probarse la intención de los concejales de obtener provecho para sí o para terceros; lo que ha precisado es que esa es una, entre muchas otras conductas, en las que se tipifica dicha causal.





Finalmente, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional,¹¹ como la del Consejo de Estado,¹² han establecido que la gravedad de la sanción que se impone en proceso de pérdida de investidura exige el respeto del derecho al debido proceso, particularmente, de los principios pro homine, in dubio pro reo, de legalidad (las causales son taxativas y no hay lugar a aplicar normas por analogía), objetividad, razonabilidad, favorabilidad, proporcionalidad, y culpabilidad.

Luego, la responsabilidad que declara el juez en este tipo de procesos es subjetiva, dado que en un Estado de Derecho los procesos de naturaleza sancionatoria no pueden operar bajo un sistema de responsabilidad objetiva, y en ellos se debe probar, no solo la conducta prevista por la ley (principio de legalidad o tipicidad), como contraria al ordenamiento jurídico (principio de antijuridicidad) y culpable.

Con apoyo en los criterios expuestos, la Sala avocará el estudio de fondo del proceso.

2.4. Pruebas.

Al proceso se allegaron oportunamente los siguientes documentos, y las partes tuvieron la posibilidad de controvertirlos, sin que se hubiera formulado en su contra tacha de falsedad o desconocimiento.

- Copia del formulario E-26 CON, en el cual consta la declaración de elección de los demandados como Concejales del Municipio de Talaigua Nuevo – Bolívar, para el periodo constitucional 2016-2019 (fs. 15 – 16).
- Copia del Acuerdo Municipal No. 09 del 09 de diciembre de 2016, por medio del cual se modifica el presupuesto del municipio de Talaigua Nuevo – Bolívar para la vigencia fiscal de 2016, por adición por desahorro de recursos del FONPET (fs. 18 – 21 y 98 – 101).
- Copia del oficio suscrito el 09 de diciembre de 2016 por el Secretario General del Concejo Municipal de Talaigua Nuevo – Bolívar, donde hace constar que el acuerdo anterior recibió los debates reglamentarios conforme al artículo 73 de la Ley 136 de 1994 los días 07 y 09 de 2016 (f. 22 y 102).

¹¹ Ver, entre otras sentencias de la Corte Constitucional, la sentencia SU-424/16.

¹² Ver, entre otras sentencias, la de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado Consejero. C.P. ALBERTO YEPES BARREIRO de 27 de septiembre de 2016, Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03886-00.



- Copia de la sanción reglamentaria del Acuerdo No. 09 de 2016, por parte del Alcalde Municipal de Talaigua Nuevo – Bolívar (f. 23 y 103).
- Copia de la Resolución 4009 de 11 de noviembre de 2016, mediante la cual el Ministerio de Hacienda autoriza el retiro de recursos del FONPET al Municipio de Talaigua Nuevo – Bolívar (fs. 24 – 27 y 104 - 107).
- Copia del Decreto No. PM 015 de 15 de diciembre de 2016, mediante el cual el Alcalde Municipal de Talaigua Nuevo – Bolívar, realiza unas incorporaciones al presupuesto de rentas e ingresos y apropiaciones para gastos en la vigencia fiscal 2016, por la suma de \$ 8.475.141.976 (fs. 28 -32 y 108 - 112).
- Copia del acta No. 04 de 09 de diciembre de 2016 de la sesión extraordinaria del Concejo de Talaigua Nuevo, donde consta la votación del Acuerdo Municipal No. 09 de 2016 (fs. 145 – 148).
- Copia del control de asistencia a la sesión extraordinaria del mes de diciembre de 2016, suscrito el 07 de diciembre de 2016, donde consta que el Concejal José Félix Caballero Matute no asistió a la misma (f. 237).
- Copia del control de asistencia a la sesión extraordinaria del mes de diciembre de 2016, suscrito el 09 de diciembre de 2016, donde consta que el Concejal José Félix Caballero Matute no asistió (f. 238).
- Copia del oficio suscrito el 09 de febrero de 2018, por medio del cual el Secretario General del Tribunal Administrativo del Bolívar, hace constar que una vez revisado el sistema de información de la Rama Judicial Colombiano, a través del aplicativo Nueva Consulta Jurídica (Justicia XXI), se pudo constatar que a la fecha no existe ningún medio de control ejercido contra el Acuerdo No. 09 de 2016, expedido por el Concejo Municipal de Talaigua Nuevo – Bolívar. – Dicha exploración se realizó a partir de diciembre de 2016, mes en que fue expedido dicho Acuerdo, hasta la fecha. (f. 239).
- Copia del acta No. 3 del 07 de diciembre de 2016 de la Comisión Primera del Concejo de Talaigua Nuevo, Bolívar, en la cual consta que los Concejales se reunieron para el estudio del Acuerdo Municipal No. 09 de 2016 (ver CD obrante a folio 236 respaldo).

2.5. El caso concreto

Los documentos descritos previamente, dan cuenta que los demandados fueron elegidos como Concejales del Municipio de Talaigua Nuevo, Bolívar, para el periodo constitucional 2016-2019.



Está igualmente probado que a instancias del Alcalde Municipal de Talaigua Nuevo, mediante Resolución 4009 de 11 de noviembre de 2016, el Director General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda, autorizó el retiro de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales – FONPET, correspondientes a dicho Municipio.

Se acreditó igualmente que los demandados fungían como concejales en la época en que se tramitó y aprobó el Acuerdo Municipal N° 09 de 9 de diciembre de 2016, que modificó el presupuesto municipal de esa vigencia, por adición por desahorro de recursos del FONPET; y que además, participaron del trámite y aprobación de dicho Acuerdo, con la excepción del Concejal José Félix Caballero Matute, quien no asistió a las sesiones, y del concejal Helio Martínez Mancera, quien no votó a favor sino en blanco. Todo lo anterior consta en el Acta 04 de las sesiones en que se tramitó el Acuerdo, de 9 de diciembre de 2016 (fs. 145-148) y en los controles de asistencia de las mismas (fs. 237 y 238).

Por razón de la falta de participación y aprobación del Acuerdo mencionado por parte de dichos Concejales, procede descartar toda posibilidad de que hayan incurrido en la conducta que se les imputa, razón suficiente para denegar frente a los mismos las pretensiones de la demanda.

Para establecer si los recursos provenientes del sistema general de participaciones – **y de manera concreta los de propósito general a los que se refiere la demanda** - se adicionaron con respeto a las normas constitucionales, legales y reglamentarias que los rigen, la Sala, en primer lugar, procederá a examinar dichas normas, para proceder luego a examinar el caso concreto.

2.5.1. Normas aplicables a la adición de recursos provenientes de desahorro del FONPET.

Las disposiciones que regulan la destinación de los recursos mencionados son las siguientes:

- **La Ley 715 de 2001** "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros" estableció:

(...)

"Artículo 3°. Conformación del sistema general de participaciones. El sistema general de participaciones estará conformado así:

Código: FCA - 008

Versión: 01

Fecha: 16-02-2015





3.1. Una participación con destinación específica para el sector educativo, que se denominará participación para educación.

3.2. Una participación con destinación específica para el sector salud, que se denominará participación para salud.

3.3. Una participación de propósito general que incluye los recursos para agua potable y saneamiento básico, que se denominará participación para propósito general."

Artículo 4º. Distribución sectorial de los recursos. El monto total del sistema general de participaciones, una vez descontados los recursos a que se refiere el parágrafo 2º del artículo 2º, se distribuirá las participaciones mencionadas en el artículo anterior así: la participación para el sector educativo corresponderá al 58.5%, la participación para el sector salud corresponderá al 24.5, la participación de propósito general corresponderá al 17.0%.

(...)

Artículo 78. Destino de los recursos de la participación de propósito general. Los municipios clasificados en las categorías 4ª, 5ª y 6ª, podrán destinar libremente, para inversión u otros gastos inherentes al funcionamiento de la administración municipal, hasta un veintiocho por ciento (28%) de los recursos que perciban por la participación de propósito general.

El total de los recursos de la participación de propósito general asignado a los municipios de categorías especial, 1ª, 2ª y 3ª; el 72% restante de los recursos de la participación de propósito general para los municipios de categoría 4ª, 5ª o 6ª; y el 100% de los recursos asignados de la participación de propósito general al departamento archipiélago de San Andrés y Providencia, se deberán destinar al desarrollo y ejecución de las competencias asignadas en la presente ley.

Del total de dichos recursos, las entidades territoriales destinarán el 41% para el desarrollo y ejecución de las competencias asignadas en agua potable y saneamiento básico. Los recursos para el sector agua potable y saneamiento básico se destinarán a la financiación de inversiones en infraestructura, así como a cubrir los subsidios que se otorguen a los estratos subsidiables de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 142 de 1994.

El cambio de destinación de estos recursos estará condicionado a la certificación que expida la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, en el sentido que el municipio o distrito tienen:

- a) Coberturas reales superiores a noventa por ciento (90%) en acueducto y ochenta y cinco por ciento (85%) en alcantarillado;
- b) Equilibrio financiero entre las contribuciones y los subsidios otorgados a los estratos subsidiables, de acuerdo con la Ley 142 de 1994 o aquellas que la modifiquen o adicionen;
- c) Que existan por realizar obras de infraestructura en agua potable y saneamiento básico en el territorio del municipio o distrito, adicionales a las tarifas cobradas a los usuarios.



La ejecución de los recursos de la participación de propósito general deberá realizarse de acuerdo a programas y proyectos prioritarios de inversión viables incluidos en los presupuestos.

PAR. 1º—Con los recursos de la participación de propósito general podrá cubrirse el servicio de la deuda originado en el financiamiento de proyectos de inversión física, adquirida en desarrollo de las competencias de los municipios. Para el desarrollo de los mencionados proyectos se podrán pignorar los recursos de la participación de propósito general.

PAR. 2º—Las transferencias de libre disposición podrán destinarse a subsidiar empleo o desempleo, en la forma y modalidades que reglamente el Gobierno Nacional.

PAR. 3º. Del total de los recursos de propósito general destinase el 10% para el deporte, la recreación y la cultura: 7% para el deporte y la recreación y 3% a la cultura.

La Ley 863 de 2003, Por la cual se establecen normas tributarias, aduaneras, fiscales y de control para estimular el crecimiento económico y el saneamiento de las finanzas públicas", modificó la regulación de la participación para propósito general, así:

Artículo 49. El parágrafo 3º del artículo 78 de la Ley 715 de 2001 quedará así:

"PAR. 3º—Del total de los recursos de la participación de propósito general, descontada la destinación establecida en el inciso 1º del presente artículo, los municipios, distritos y el departamento archipiélago de San Andrés y Providencia destinarán el cuatro por ciento (4%) para deporte, el tres por ciento (3%) para cultura y el diez por ciento (10%) para el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, con el fin de cubrir los pasivos pensionales.

Para el caso de la asignación al Fonpet señalada en el inciso anterior, el Ministerio del Interior y Justicia deberá enviar al Departamento Nacional de Planeación la certificación respectiva sobre las categorías adoptadas por los municipios y distritos, para la vigencia siguiente a más tardar el 20 de diciembre de cada año.

Con base en dicha información, el Departamento Nacional de Planeación, al realizar la distribución de los recursos de la participación de propósito general, distribuirá el monto establecido por el Fonpet en el presente parágrafo. Una vez aprobada la distribución del sistema general de participaciones por el Conpes Social, estos recursos serán girados directamente al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, con la misma periodicidad y oportunidad prevista para los recursos del sistema general de participaciones.

En caso de que la categoría de un distrito o municipio no pueda ser certificada por el Ministerio del Interior y Justicia y no se encuentre en la categorización expedida por la Contaduría General de la Nación, en primer lugar, se considerará la categoría certificada por dichas entidades para la vigencia anterior, y en última instancia, el Departamento Nacional de Planeación procederá a estimar dicha categoría, la cual, en este caso, solo tendrá efectos para la distribución del porcentaje destinado al Fonpet de que trata este parágrafo.



Previa certificación expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quedan excluidos de la obligación de hacer la destinación al Fonpet prevista en este parágrafo, los municipios, departamentos o distritos que no tengan pasivo pensional, y aquellos que estén dentro de un acuerdo de reestructuración de pasivos conforme a la Ley 550 de 1999, o las normas que la sustituyan o modifiquen, siempre y cuando estos recursos se encuentren comprometidos en dicho acuerdo de reestructuración.

La Ley 1176 de 2007 "Por la cual se desarrollan los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones" establece:

TÍTULO I SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES

Artículo 1º. El artículo 3º de la Ley 715 de 2001, quedará así:

"Artículo 3º. Conformación del Sistema General de Participaciones. El Sistema General de Participación estará conformado así:

1. Una participación con destinación específica para el sector educación, que se denominará participación para educación.
2. Una participación con destinación específica para el sector salud, que se denominará participación para salud.
3. Una participación con destinación específica para el sector agua potable y saneamiento básico, que se denominará participación para agua potable y saneamiento básico.
4. Una participación de propósito general".

Artículo 2º. El artículo 4º de la Ley 715 de 2001, quedará así:

"Artículo 4º. Distribución Sectorial de los Recursos. El monto total del Sistema General de Participaciones, una vez descontados los recursos a que se refiere el parágrafo 2º del artículo 2º de la Ley 715 y los párrafos transitorios 2º y 3º del artículo 4º del Acto Legislativo 04 de 2007, se distribuirá entre las participaciones mencionadas en el artículo 3º de la Ley 715, así:

1. Un 58.5% corresponderá a la participación para educación.
2. Un 24.5% corresponderá a la participación para salud.
3. Un 5.4% corresponderá a la participación para agua potable y saneamiento básico.
4. Un 11.6% corresponderá a la participación de propósito general".

(...)"

TÍTULO V PARTICIPACION DE PROPOSITO GENERAL

Artículo 21. El artículo 78 de la Ley 715 de 2001 quedará así:

"Artículo 78. Destino de los recursos de la Participación de Propósito General. Los municipios clasificados en las categorías 4ª, 5ª y 6ª, podrán destinar libremente, para inversión u otros gastos inherentes al funcionamiento de la administración municipal, hasta un cuarenta y dos por ciento (42%) de los recursos que perciban por la Participación de Propósito General.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 024/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

SIGCMA

Del total de los recursos de la participación de propósito general asignada a cada distrito o municipio una vez descontada la destinación establecida para inversión u otros gastos inherentes al funcionamiento de la administración municipal de que trata el inciso anterior y la asignación correspondiente a los municipios menores de 25.000 habitantes, definida en el inciso 3° del artículo 4° del Acto Legislativo 04 de 2007, ¹³cada distrito y municipio destinará el cuatro por ciento (4%) para deporte y recreación, el tres por ciento (3%) para cultura y el diez por ciento (10%) para el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet.

Los recursos restantes deben ser destinados a inversión, en desarrollo de las competencias asignadas por la ley.

Parágrafo 1°. Con los recursos de la participación de propósito general podrá cubrirse el servicio de la deuda originado en el financiamiento de proyectos de inversión física, adquirida en desarrollo de las competencias de los municipios. Para el desarrollo de los mencionados proyectos se podrán pignorar los recursos de la participación de propósito general.

Parágrafo 2°. Con cargo a los recursos de libre inversión de la participación de propósito general y en desarrollo de la competencia de atención a grupos vulnerables de que trata el numeral 11 del artículo 76 de la Ley 715 de 2001, los distritos y municipios podrán cofinanciar los gastos que se requieran para realizar el acompañamiento directo a las familias en el marco de los programas diseñados por el Gobierno Nacional para la superación de la pobreza extrema".

Artículo 22. Asignación de Propósito General para el Fonpet. Para el caso de la asignación al Fonpet señalada en el artículo anterior, el Ministerio del Interior y Justicia deberá enviar al Departamento Nacional de Planeación la certificación respectiva sobre las categorías adoptadas por los distritos y municipios para la vigencia siguiente a más tardar el 20 de diciembre de cada año.

Con base en dicha información, el Departamento Nacional de Planeación, al realizar la distribución de los recursos de la participación de propósito general, distribuirá el monto establecido para el Fonpet en el artículo anterior. Una vez aprobada la distribución del Sistema General de Participaciones por el Conpes Social, estos recursos serán girados directamente al Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, con la misma periodicidad y oportunidad prevista para los recursos de la participación de propósito general.

En caso de que la categoría de un distrito o municipio no pueda ser certificada por el Ministerio del Interior y Justicia y no se encuentre en la categorización expedida por la Contaduría General de la Nación, se considerará la categoría certificada por dichas entidades para la vigencia anterior, y en última instancia, el Departamento Nacional de Planeación procederá a estimar dicha categoría, la cual, en este caso, solo tendrá efectos para la distribución del porcentaje destinado al Fonpet de que trata el artículo anterior.

¹³ La norma constitucional mencionada establece: **Artículo 4°.** El artículo 357 de la Constitución Política quedará así: (...) El diecisiete por ciento (17%) de los recursos de Propósito General del Sistema General de Participaciones, será distribuido entre los municipios con población inferior a 25.000 habitantes. Estos recursos se destinarán exclusivamente para inversión, conforme a las competencias asignadas por la ley. Estos recursos se distribuirán con base en los mismos criterios de población y pobreza definidos por la ley para la Participación de Propósito General.



Previa certificación expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quedan excluidos de la obligación de hacer la destinación al Fonpet prevista en el artículo anterior, los departamentos, distritos o municipios, que no tengan pasivo pensional, y aquellos que estén dentro de un acuerdo de reestructuración de pasivos conforme a la Ley 550 de 1999, o las normas que la sustituyan o modifiquen, siempre y cuando estos recursos se encuentren comprometidos en dicho acuerdo de reestructuración.

(...).

A su turno, la Ley 1753 de 2015 "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país" en su artículo 147 establece la financiación del pasivo pensional del Sector Salud con recursos del FONPET y destinación de excedentes, así:

"ARTÍCULO 147. Financiación del pasivo pensional del Sector Salud con recursos del Fonpet y destinación de excedentes. Reglamentado por el Decreto Nacional 630 de 2016. Las entidades territoriales utilizarán los recursos acumulados en el Fondo de Pensiones Territoriales (Fonpet) abonados en el sector salud como fuente de financiación del pasivo pensional de dicho sector. En tal sentido, se podrán atender las obligaciones pensionales establecidas en los contratos de concurrencia y las no incorporadas en dichos contratos siempre que su financiación se encuentre a cargo de la respectiva entidad territorial, incluidas las correspondientes al pago de mesadas pensionales, bonos pensionales, cuotas partes de bonos pensionales y cuotas partes pensionales.

Así mismo, la entidad territorial podrá utilizar los recursos acumulados en el Fonpet para el pago del pasivo pensional del sector salud de aquellas personas que no fueron certificadas como beneficiarias de los contratos de concurrencia, siempre y cuando decidan asumirlo como pasivo propio. Para el efecto, se registrarán en el Fonpet tanto las obligaciones de las entidades territoriales para financiar los contratos de concurrencia como aquellas correspondientes a otras obligaciones pensionales del sector salud cuya financiación asuma la entidad territorial. El valor máximo que se podrá utilizar corresponderá al valor acumulado a 31 de diciembre de la vigencia inmediatamente anterior en el Fonpet por el sector salud.

Cuando la entidad territorial no presente obligaciones pensionales pendientes por concepto del pasivo pensional con el sector salud o cuando estén plenamente financiadas, los recursos acumulados en el Fonpet abonados en dicho sector, diferentes a los de Loto en línea, se destinarán exclusivamente para el financiamiento del régimen subsidiado. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público reglamentará el procedimiento para la transferencia de estos recursos al mecanismo único de recaudo y giro de que trata el artículo 31 de la Ley 1438 de 2011 o a quien haga sus veces.¹⁴

A partir de la presente ley el monto del impuesto de registro de que trata el artículo 25 de la Ley 1450 de 2011 será destinado por las entidades

¹⁴ Ley 1438 de 2011, (Enero 19), "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones" (...) Artículo 31. Mecanismo de recaudo y giro de los recursos del Régimen Subsidiado. (...)".



territoriales para el pago de cuotas partes pensionales y de mesadas pensionales. El valor que no se necesite para el pago de dichas obligaciones será de libre destinación.

Las entidades territoriales que alcancen el cubrimiento del pasivo pensional en los términos del marco jurídico vigente, destinarán los recursos excedentes en el Fonpet, para la financiación de proyectos de inversión y atenderá la destinación específica de la fuente de que provengan estos recursos.

PARÁGRAFO. Para los efectos del artículo 25 de la ley 1450 de 2011, se entiende por gastos administrativos los necesario (sic) para la operación administrativa y financiera del fondo.

El artículo mencionado fue reglamentado por el Decreto 683 de 2016, en los siguientes términos:

DECRETO 630 DE 2016

(Abril 18)

Por el cual se reglamenta el artículo 147 de la Ley 1753 de 2015, se adiciona un parágrafo al artículo 3° del Decreto número 055 de 2009 y se dictan otras disposiciones

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales y en especial las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y en desarrollo del artículo 147 de la Ley 1753 de 2015, del parágrafo del artículo 10 de la Ley 1744 de 2014 y los artículos 2° y 6° de la Ley 549 de 1999, y

(...) DECRETA:
CAPÍTULO I

Financiación del Pasivo Pensional del Sector Salud al 31 de diciembre de 1993

Artículo 1°. *Utilización de los recursos acumulados en el Sector Salud del Fonpet para financiar Contratos de Concurrencia. (...).*

Artículo 2°. *Giro de los recursos acumulados en el Sector Salud del Fonpet, diferentes a los de Lotto en Línea, para financiar Contratos de Concurrencia (...).*

CAPÍTULO II

Financiación de otras Obligaciones Pensionales con el Sector Salud

Artículo 3°. *Uso de los recursos acumulados en el Sector Salud del Fonpet, diferentes a los de Lotto en Línea, para pagar las otras obligaciones pensionales con el Sector Salud. (...).*

Artículo 4°. *Cálculo del pasivo pensional de las otras obligaciones pensionales asumidas por las entidades territoriales.* Para efectos de realizar el cálculo actuarial del pasivo pensional asumido por las entidades territoriales de que trata el artículo anterior, estas deberán registrar la información de las historias laborales de los funcionarios activos, pensionados, beneficiarios y retirados de la Institución o Instituciones



Hospitalarias, en el Programa Pasivocol, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Artículo 5°. Giro de los recursos acumulados en el Sector Salud del Fonpet, diferentes a los de Lotto en Línea, para pagar las otras obligaciones pensionales con el Sector Salud. El giro de los recursos acumulados en el Sector Salud del Fonpet, diferentes a los de Lotto en Línea, destinados a pagar las otras obligaciones pensionales con el Sector Salud, deberá efectuarse a los patrimonios autónomos o a los encargos fiduciarios constituidos para tal fin, al Fondo Territorial de Pensiones o a una cuenta especial creada con este propósito por la entidad territorial que autoriza el retiro de los recursos del Fonpet.

Para estos efectos, la entidad territorial presentará la solicitud de retiro de los recursos a la Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien deberá revisarla y si la encuentra conforme a las normas vigentes, autorizará el giro de los recursos comprometidos, con base en el monto de recursos registrados en el Sistema de Información del Fonpet a 31 de diciembre de la vigencia inmediatamente anterior.

CAPÍTULO III

Cubrimiento del Pasivo Pensional por Sectores y Determinación de Excedentes

Artículo 6°. Registro de los pasivos pensionales de las entidades territoriales en el Sistema de Información del Fonpet. (...)

Artículo 7°. Cubrimiento del Pasivo Pensional por Sector del Fonpet. (...).

Artículo 8°. Traslado de recursos del Sector Propósito General para financiar el pasivo pensional de los Sectores Salud y/o Educación del Fonpet. (...).

Artículo 9°. Procedimiento para realizar el giro de los recursos excedentes acumulados en el Sector Salud del Fonpet, diferentes a los de Lotto en Línea. (...).

Artículo 10. Retiro de los recursos excedentes acumulados en el Sector Educación del Fonpet. (...).

Artículo 11. Retiro de los recursos excedentes acumulados en el Sector Propósito General. Las entidades territoriales que no tengan obligaciones pensionales con el Sector Central de la Administración, o que las tengan plenamente financiadas y una vez hayan efectuado la reserva necesaria para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 8° del presente decreto, destinarán los recursos excedentes acumulados en el Sector Propósito General para la financiación de proyectos de inversión y atenderán la destinación específica de la fuente de que provengan estos recursos.

Artículo 12. Giro de recursos del Fonpet para el pago de obligaciones pensionales corrientes. La Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, determinará el monto de recursos que puede retirar la entidad territorial del Fonpet para financiar el pago de obligaciones pensionales corrientes del Sector Propósito General, teniendo en cuenta el monto de recursos disponibles en el Fondo, el valor presupuestado para pagar la nómina de pensionados durante la actual vigencia o el valor efectivamente pagado por este concepto durante la vigencia inmediatamente anterior.



El Fonpet deberá efectuar el giro de estos recursos al Fondo Territorial de Pensiones, al patrimonio autónomo o encargo fiduciario constituidos, o a la cuenta especial establecida por la entidad territorial para el pago de obligaciones pensionales, de acuerdo con la certificación que el representante legal de la entidad territorial presente a la Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social, dentro de los tres primeros meses de cada vigencia.

Artículo 13. Adiciónese un parágrafo al artículo 3° del Decreto número 055 de 2009, el cual quedará así:

"Parágrafo: Para efectos del retiro de los recursos para el pago de obligaciones pensionales corrientes del sector Propósito General, no se tendrán en cuenta dentro del valor del pasivo pensional, las provisiones de gastos de administración y desviaciones del cálculo actuarial y contingencias, señaladas en el inciso anterior".

CAPÍTULO IV

Otras disposiciones

Artículo 14. Recursos del Sistema General de Regalías. (...)

Artículo 15. Registros contables y presupuestales. (...)

Artículo 16. Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga otras disposiciones que le sean contrarias.

La Resolución 4009 de 11 de noviembre de 2016, por la cual se autoriza el retiro de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de la Entidades Territoriales – FONPET, al Municipio de Talaigua Nuevo – Departamento de Bolívar, en su parte motiva da cuenta de la gestión del Alcalde Municipal para efectuar dicho retiro y del cumplimiento de los requisitos legales para acceder al mismo, destacando que el Municipio mencionado presenta excedentes de pasivo pensional en los siguientes sectores:

Sector	Excedente neto disponible para retiro
Propósito general	6.955.831.417,68

Agrega que, de acuerdo con el sistema de información del FONPET, los recursos acumulados en la cuenta de la entidad territorial con corte a 31 de agosto de 2016, y las fuentes por sector para atender esta solicitud son las siguientes:

Código sector	Sector	Código Fuente	Fuente	Valor
39	RESERVA PENSIONAL GENERAL	14	FONDO NACIONAL DE REGALIAS	3.683.196.503,47



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 024/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

SIGCMA

33	PROPOSITO GENERAL	20	SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES	1.917.802.835,65
33	PROPOSITO GENERAL	25	SGP LEY 863	1.354.832.078,56
				6.955.831.417,68

En la parte resolutive dispuso la resolución comentada:

Artículo 1º: Ordenar a la Unidad de Gestión – Consorcio Comercial FONPET 2017, realizar el giro por concepto de excedentes del sector propósito general al Municipio de Talaigua Nuevo- Departamento de Bolívar, identificado con el código DANE N° 13780, la suma de (...) 6.955.831.417,68 MCTE". Estos recursos serán debitados de la cuenta de la entidad territorial de las siguientes fuentes de recursos del FONPET y girados a las cuentas que para el efecto deberá certificar la entidad territorial, así:

Código sector	Sector	Código Fuente	Fuente	Valor
39	RESERVA PENSIONAL GENERAL	14	FONDO NACIONAL DE REGALIAS	3.683.196.503,47
33	PROPOSITO GENERAL	20	SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES	1.917.802.835,65
33	PROPOSITO GENERAL	25	SGP LEY 863	1.354.832.078,56
				6.955.831.417,68

Artículo 2º. De acuerdo con lo previsto en el artículo 6º de la Ley 549 de 1999, la entidad territorial deberá en la misma comunicación mediante la cual remita la certificación de los números de cuentas bancarias, certificar que los recursos correspondientes al presente retiro se destinaran a los mismo fines previstos originalmente en la ley para cada una de las fuentes de las cuales se efectúa el retiro de recursos del FONPET. Esta Resolución le será comunicada, para lo de su competencia, al Ministerio de Educación Nacional, al Departamento Nacional de Planeación y a la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (...)"

Con base en la resolución anterior, a iniciativa del Alcalde Municipal, los Concejales del Municipio de Talaigua Nuevo aprobaron el Acuerdo N° 009 de 2016, que obra en el expediente, cuya parte motiva describe el trámite de solicitud de retiro de excedentes del FONPET y la autorización del mismo por parte del Ministerio de Hacienda, así como la destinación correspondiente de acuerdo con lo previsto en el Decreto 630 de 2016, que reglamentó el artículo 147 de la Ley 1753 de 2015, y dispuso en la parte decisoria:

"Acuerda

ARTICULO PRIMERO. Modifíquese el Presupuesto de Ingresos para la vigencia fiscal de 2016, adicionando recursos por la suma de OCHO MIL

Código: FCA - 008 Versión: 01 Fecha: 16-02-2015





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 024/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

SIGCMA

CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CUARENTA Y UN MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS CON VEINTISEIS CENTAVOS (\$ 8.475.141.976,26), de acuerdo con las siguientes especificaciones

CODIGO	DESCRIPCIÓN	VALOR
TLB	INGRESOS DE CAPITAL	8.475.141.976*26
TLB.10	Desahorro y Retiro del FONPET	8.475.141.976,26
TLB.10.5	Para pago pasivo fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio - FNPSM (FOMAG) SSF	26.160.555,91
TLB. 10.6	Retiro excedente del cubrimiento del Pasivo Pensional	8.448.981.420,35
TLB. 10.6.3	Retiro excedente del cubrimiento del Pasivo Pensional (otros recursos diferentes a Loto en Línea) SSF	1.493.150.002,67
TLB.10.6.7	Reintegro excedente del cubrimiento de pasivo pensional de SGP Propósito General vigencias anteriores autorizado por el Conpes Social.	6.955.831.417,68

ARTÍCULO SEGUNDO. Modifíquese el presupuesto de ingresos para la vigencia fiscal de 2016, adicionando recursos con situación de fondos por la suma de SEIS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MIL CUATROCIENTOS DIECISIETE PESOS CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS (\$ 6.955.831.417,68) MLS de acuerdo con las siguientes especificaciones:

CODIGO	DESCRIPCIÓN	VALOR
TLB	INGRESOS DE CAPITAL	6.955.831.417,68
TLB.10	Desahorro y Retiro del FONPET	6.955.831.417,68
TLB. 10.6	Retiro excedente del cubrimiento del Pasivo Pensional	6.955.831.417,68

ARTÍCULO TERCERO: Modifíquese el presupuesto de Gastos para la vigencia fiscal de 2016, adicionando recursos con situación de fondos por la suma de OCHO MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CUARENTA Y UN MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS CON VEINTISEIS CENTAVOS (\$ 8.475.141.976,26) ML, de acuerdo con las siguientes especificaciones:

CODIGO	DESCRIPCION	VALOR
	PRESUPUESTO DE GASTO	8.475.141.976,26
PROGRAMA 1:	EDUCACIÓN	26.160.555,91
	Calidad - Gratuidad	26.160.555,91
	Transferencia para calidad Gratuidad (SSF)	26.160.555,91
PROGRAMA 2:	SALUD PUBLICA	1.493.150.002,67
SUBPROGRAMA1	REGIMEN SUBSIDIADO	1.493.150.002,67
A.2.1.1	Afiliación Régimen Subsidiado (SSF)	1.493.150.002,67
SECTOR L:	SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES	3.272.634.914,21
A	GASTOS DE FUNCIONAMIENTO	300.000.000,00
PROGRAMA 4:	DEPORTE Y RECREACIÓN	130.905.396,56
PROGRAMA 5:	CULTURA	98.179.047,42
PROGRAMA 6:	OTROS SECTORES DE INVERSIÓN	2.243.550.470,23
PROGRAMA 7:	ALIMENTACION ESCOLAR	100.000.000,00
PROGRAMAS:	MUNICIPIO RIBERENO	400.000.000,00
SECTOR 02:	OTRAS INVERSIONES	3.683.196.503,47
PROGRAMA 1:	Sistema General de Regalías	3.683.196.503,47

ARTICULO CUARTO: el Alcalde Municipal de Talaigua Nuevo Bolívar, cada vez que vaya a realizar por decreto las adiciones presupuestal del FONPET deberá pedir autorización al Concejo Municipal para incorporar recursos al presupuesto Municipal vigencia 2016.





Una vez el ejecutivo incorpore estos recursos deberá informar al Concejo Municipal dentro diez días (10) siguientes a estas incorporaciones.

ARTICULO QUINTO: Realícense los ajustes presupuestales y contables teniendo en cuenta el software de que se dispone; al igual que las correcciones de leyenda, operaciones aritméticas y de codificación a que haya lugar.

ARTICULO SEXTO: El presente acuerdo rige a partir de su sanción hasta el 31 de Diciembre de la vigencia fiscal año 2016.

Aunque los demandados afirmaron que el Acuerdo mencionado no contiene en realidad una adición presupuestal, sino una autorización al Alcalde para que fuera él quien los adicionara, lo cierto es que el texto del acuerdo, tanto en su parte motiva como resolutive, y en especial los numerales uno, dos y tres, disponen de manera absolutamente clara su decisión de modificar el presupuesto municipal de la vigencia fiscal 2016, y adicionan de manera inequívoca tanto el presupuesto de ingresos como el de gastos, señalando además tanto los sectores a los que van dirigidos los recursos como el porcentaje que les corresponde, al igual que el monto exacto que resulta de ello.

Lo anterior no impide reconocer que, al tiempo que adicionó el presupuesto, el Concejo Municipal habilitó en los numerales cuarto y quinto de la parte resolutive al Alcalde, para que este desagregara las partidas anteriores, como lo hizo en efecto mediante Decreto No. PM 015 de 15 de diciembre de 2016, allegado al expediente (ver folios 28 a 32), cuyo enjuiciamiento resulta irrelevante en esta sentencia, en la medida en que su conducta no es objeto de juicio en este proceso, sino la de los concejales demandados.

En este punto cabe reiterar que lo que se reprocha a los demandados en este caso es una suerte de destinación indebida de dineros públicos de modo indirecto, que no requiere del ejercicio de la potestad de ordenar el gasto, sino de disponer jurídicamente de los recursos recibidos del FONPET.

Ahora bien, el cargo formulado por el actor se funda en la afirmación de que la destinación que debió darse a los recursos provenientes del sector de propósito general de sistema general de participaciones, - fuente del desahorro del Municipio en su cuenta del FONPET - era la que correspondía a las participaciones por sector y a los porcentajes descritos en las siguientes tablas:

Tabla N° 1 – Porcentaje de distribución de los recursos – Ley 715/01 – 1176/07

SECTOR	PORCENTAJES
EDUCACIÓN	58,15%
SALUD	24,5%
SANEAMIENTO BASICO	5,4%





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 024/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

SIGCMA

PROPOSITO GENERAL	11,6%
Total	100%

Tabla N° 2 – Distribución del 11,6% Propósito General

SECTOR	PORCENTAJES
DEPORTES	4%
CULTURA	3%
FONPET	10%
OTROS SECTORES	41%
FUNCIONAMIENTO	42%

Agregó el actor, que si bien los recursos adicionados al presupuesto del municipio de Talaigua Nuevo Bolívar por la fuente de financiación Sistema General de Participación – SGP ascienden a \$ 3.272.634.914,21, se deben distribuir conforme a lo regulado en la Ley 715 de 2001 modificada por la Ley 1176 de 2007 (ver tablas uno y dos), de la siguiente manera (Tabla N° 3)

Tabla N° 3 – Recursos devueltos fuente financiación SGP (\$3.272.634.914,21)

SECTOR	PORCENTAJE	CIFRA \$
EDUCACIÓN	58,5%	1.914.491.424,81
SALUD	24,5%	801.795.553,98
SANEAMIENTO BÁSICO	5,4%	176.722.285,36
PROPOSITO GENERAL	11,6%	379.625.650,04

Tabla N° 4 – Distribución de los Recursos Propósito General (379.625.650,04)

SECTOR	PORCENTAJE	CIFRAS \$
DEPORTES	4%	15.185.026
CULTURA	3%	11.388.769,50
FONPET	10%	0 (ya cubierto el Pasivo)
OTROS SECTORES	41%	155.646.516,50
GTOS D FUNCIONAMIENTO	42%	159.442.773,01

Tabla No. 5. Decantación de la cifra – destinación indebida de recursos

SECTOR	Valor adicionado	Valor que debió adicionarse de acuerdo con normas mencionadas	Diferencia
GASTOS DE FUNCIONAMIENTO	300.000.000	159.442.773,01	140.557.226,99
DEPORTES	130.905.396,5	15.185.026	115.720.370,5
CULTURA	98.179.047,42	11.388.769,5	86.790.277,92
OTROS SECTORES DE INVERSIÓN	2.243.550.470,23	193.609.081,52	2.049.941.388
ALIMENTACIÓN ESCOLAR	100.000.000		100.000.000





MUNICIPIOS RIBEREÑOS	400.000.000		400.000.000
SISTEMA GENERAL DE REGALÍAS	3.683.196.503,47		3.683.196.503,47
TOTAL DESTINACIÓN INDEBIDA DE RECURSOS			6.576.205.767,65

La Sala resalta, en primer término, que los recursos provenientes del desahorro del FONPET, cuya fuente corresponde a "PROPÓSITO GENERAL" fueron adicionados al presupuesto municipal de la vigencia fiscal 2016 en los términos descritos en el último de los cuadros señalados, y para constatarlo basta con examinar el texto de Acuerdo 09/16.

No obstante, el cargo propuesto por el demandante, según el cual los demandados destinaron indebidamente los recursos de propósito general del SGP al aprobar el Acuerdo Municipal 09/16, porque no cumplieron con las finalidades y porcentajes previstos en la Ley 715/01 (artículos 3, 4 y 78) - modificados por el artículos 49 de la Ley 863/03 y los artículos 1º, 2º y 21 de la Ley 1176 de 2007 -, contiene un error de interpretación que impide darle prosperidad.

Lo anterior, porque considera que los recursos adicionados deben destinarse a los sectores previstos en las normas mencionadas, esto es, educación, salud, saneamiento básico y propósito general, en los porcentajes de que tratan las disposiciones mencionadas en el párrafo anterior.

Sin embargo, pasa por alto el demandante que los recursos devueltos por el FONPET tuvieron como fuente el sistema general de participaciones, pero no en la parte que corresponde a la participación en salud, educación o saneamiento básico. Corresponden única y exclusivamente a la participación de propósito general y deben destinarse como lo disponen las disposiciones comentadas.

La afirmación anterior tiene fundamento en que el artículo 89 de la Ley 863/03, que modificó el parágrafo 3º del artículo 78 de la Ley 715 de 2001, dispuso que del total de los recursos de la participación de propósito general, descontada la destinación establecida en el inciso 1º, los municipios destinarán el 4% para deporte, el 3% para cultura y el 10% para el FONPET, para lo cual el Ministerio del Interior y Justicia deberá enviar al DNP la certificación sobre las categorías adoptadas por los municipios y distritos, para la vigencia siguiente, y con base en dicha información el DNP, al realizar la distribución de los recursos de la participación de propósito general, distribuirá el monto establecido por el FONPET y una vez aprobada la distribución del SGP por el Conpes Social, estos



recursos serán girados directamente al FONPET con la misma periodicidad y oportunidad prevista para los recursos del SGP.

Adicionalmente, el artículo 21 de la Ley 1176/07, que modificó el artículo 78 de la Ley 715/01, estableció que del total de los recursos de la participación de propósito general, una vez descontada la destinación establecida para inversión u otros gastos inherentes al funcionamiento y la asignación correspondiente a los municipios menores de 25.000 habitantes, se destinará el 4% para deporte y recreación, el 3% para cultura y el 10% para el FONPET. Y los recursos restantes serían destinados a inversión, en desarrollo de las competencias asignadas por la ley. Y el artículo 22 ibídem, por su parte, reiteró la orden de que la Nación efectuara el giro directo de dichos recursos al FONPET.

No hay duda, por otra parte, que el artículo 147 de la Ley 1753/15, Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, establece en su último inciso que "Las entidades territoriales que alcancen el cubrimiento del pasivo pensional en los términos del marco jurídico vigente, destinarán los recursos excedentes en el FONPET, para la financiación de proyectos de inversión y atenderá la destinación específica de la fuente de que provengan estos recursos", disposición reiterada por el artículo 11 del Decreto Reglamentario 683/16.

A esto se suma que, a la luz de la Resolución 4009 de 11 de noviembre de 2016, que autorizó el retiro de recursos del FONPET al Municipio de Talaigua Nuevo, este presentó excedentes de pasivo pensional en el sector propósito general, discriminó las fuentes así: Fondo Nacional de Regalías (3.683.196.503,47), SGP (1.917.802.835,65), SGP Ley 863 (1.354.832.078,56); y dispuso destinar dichos recursos atendiendo las fuentes descritas.

Quiere decir lo anterior que los concejales no estaban obligados a destinar los recursos adicionados del SGP (\$ 3.272.634.914,21) a educación, salud y saneamiento básico, como afirma el demandante, sino única y exclusivamente a los fines autorizados con cargo a propósito general.

Las consideraciones anteriores son suficientes para negar prosperidad al cargo formulado por el demandante.

No podría la Sala estudiar la destinación indebida de dineros públicos como si el demandante hubiera pretendido que los recursos provenientes del FONPET se destinaran de modo exclusivo a los fines previstos en las Leyes descritas previamente para los recursos de propósito general del SGP, porque ese no fue el cargo que se formuló en la demanda.



El que sí se formuló y no se probó, se apoya en la afirmación que la destinación de los recursos del FONPET es la prevista porcentualmente en dichas leyes para las participaciones en salud, educación, saneamiento básico y propósito general, como si se tratara de los giros ordinarios de la participación municipal en su conjunto.

Si se estudiara un cargo no formulado en la demanda, es obvio que se estaría violando el derecho al debido proceso de los demandados, quienes no tuvieron la posibilidad de ejercer su defensa frente al mismo.

Sin embargo, y solo en gracia de discusión, la Sala observa que si debiera estudiar el cargo no formulado, la distribución de los recursos recibidos del FONPET que tuvieron como fuente la participación de propósito general del SGP, fueron distribuidos por el Concejo Municipal de Talaigua Nuevo en el Acuerdo 09/16, con sujeción a las previsiones de los artículos 78 de la Ley 715/01, con las modificaciones introducidas por el artículo 49 de la Ley 863/03 y el artículo 21 de la Ley 1176/07, que imponen aplicar a deporte y recreación el 4%, a cultura (3%), a libre inversión u otros gastos inherentes al funcionamiento (42%) y los restantes a inversión en asuntos de competencia del Municipio. Los recursos destinados al FONPET en este caso no serían necesarios por provenir los dineros adicionados del desahorro de esa entidad, en razón del cumplimiento por parte del Municipio de sus obligaciones en materia pensional.

De hecho, la suma destinada en el Acuerdo 09/16 a deporte y recreación corresponde a 130.905.396 que equivale al 4%, de los recursos de propósito general del SGP adicionados al presupuesto municipal (\$ 3.272.634.914,21); la destinada a cultura (\$ 98.179.047), corresponde al 3%; y si bien solo destinó a funcionamiento 300.000.000, suma inferior al 42% de la suma del SGP adicionada, ello está autorizado, pues el porcentaje establecido por ley a gastos de funcionamiento tiene un límite máximo, que no fue superado. Y los recursos restantes fueron destinados a otros asuntos de competencia del Municipio, como lo permiten las disposiciones comentadas.

- No sobra agregar que, tal como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, las causales de pérdida de investidura solo se configuran en la medida en que se pruebe el elemento subjetivo de la conducta reprochable, esto es, la existencia de culpa o dolo, sobre cuya existencia no se aportaron pruebas al proceso, razones todas que conducen a denegar las pretensiones de la demanda.



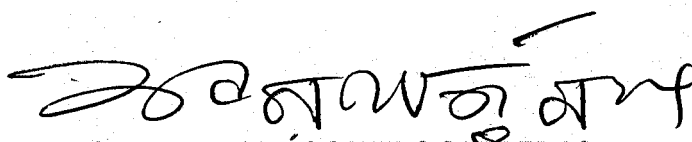
En mérito de lo expuesto, la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

VI.- FALLA

PRIMERO. Denegar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. Una vez en firme esta decisión, archívese el expediente y déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

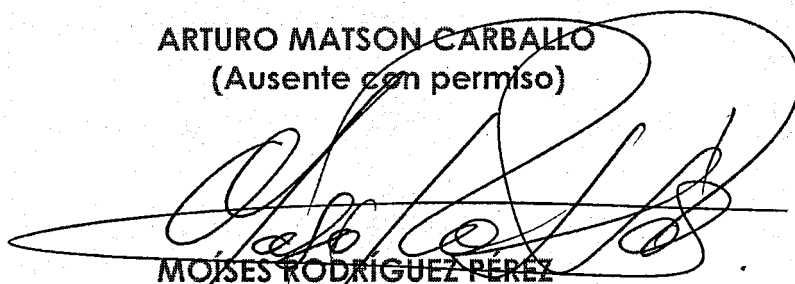
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS**


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

ARTURO MATSON CARBALLO
(Ausente con permiso)


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE


MOISES RODRÍGUEZ PÉREZ


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ALVÁREZ