

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Consejera Ponente, MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá D.C., cuatro (4) de julio de dos mil trece (2013).

Expediente: 680012331000-2012-00335-01
PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL
Actor: SABEX MANCERA RODRÍGUEZ

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 20 de junio de 2012, que negó la pérdida de investidura de los ciudadanos LUZ ENA CORTÉZ ANGARITA, LUIS EDUARDO VILLAQUIRAN EUGENIO y ERWIN JIMÉNEZ BECERRA como Concejales del municipio de Barrancabermeja, para el período 2008-2011.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El ciudadano SABEX MANCERA RODRÍGUEZ solicitó el 16 de abril de 2012, la pérdida de investidura de los señores LUZ ENA CORTÉZ ANGARITA, LUIS EDUARDO VILLAQUIRAN EUGENIO y ERWIN JIMÉNEZ BECERRA como Concejales del municipio de Barrancabermeja, con los siguientes fundamentos:

1.1. La causal invocada

Se imputa a los demandados la causal establecida en los artículos 55 (numeral 3º) de la Ley 136 de 1994 y 48 (numeral 4º) de la Ley 617 de 2000, que preceptúan:

Expediente: 680012331000-2012-00335-01
Actor: Sabex Mancera Rodríguez

LEY 136 DE 1994

“ARTÍCULO 55. PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONCEJAL. Los concejales perderán su investidura por:
(...)

3. Por indebida destinación de dineros públicos”.

LEY 617 DE 2000

“ARTICULO 48. PÉRDIDA 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”.

1.2. Hechos

En los comicios del 28 de octubre de 2007, los ciudadanos LUZ ENA CORTÉS ANGARITA, LUIS EDUARDO VILLAQUIRAN EUGENIO y ERWIN JIMÉNEZ BECERRA resultaron elegidos Concejales del municipio de Barrancabermeja, por los partidos Convergencia Ciudadana, Compromiso Cívico Independiente y Movimiento Autoridades Indígenas de Colombia, respectivamente, para el período constitucional 2008-2011.

A juicio del actor, los demandados incurrieron en la causal alegada porque en su calidad de miembros de la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Barrancabermeja, expedieron la Resolución 117 de 2008 (28 de noviembre) por la cual se *“RECONOCE UN BONO EN DINERO A LOS FUNCIONARIOS DEL CONCEJO MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA COMO INCENTIVO DE NAVIDAD”*, acto con el cual extralimitaron sus facultades porque previeron la entrega de un incentivo en dinero y no un regalo como lo prevé la ley.

Expediente: 680012331000-2012-00335-01
Actor: Sabex Mancera Rodríguez

Pese a que la Resolución 117 de 2008 se fundamenta en el Decreto Ley 1567 de 1998¹ y en el artículo 39² del Acuerdo Laboral, pactado entre el municipio y la Asociación Santandereana de Servidores Públicos –Seccional Barrancabermeja-, la Mesa Directiva del Concejo desconoció el Decreto 1227 de 2005 relacionado con el reconocimiento de incentivos pecuniarios y no pecuniarios de los funcionarios del Estado, reglamentario del Decreto 1567 de 1998.

Manifestó que no era dable otorgar bonos a los señores XIOMARA BALLESTEROS CANEVA, LUIS EMILIO PÉREZ HOYOS y LEONARDO GONZÁLEZ CAMPERO, porque al momento en que se expidió la Resolución 117 de 2008, ellos no se encontraban afiliados al sindicato y no tenían requisitos para recibirlos.

Los concejales demandados incurrieron en indebida destinación de dineros públicos, al actuar como ordenadores del gasto y expedir el artículo 1º de la Resolución 117 de 2008.

Afirma que la Resolución 117 de 2008 al fundamentarse en el artículo 39 del Acuerdo Laboral, desvirtúa la naturaleza del incentivo y lo convierte en dinero, con lo cual los concejales demandados distorsionaron y/o cambiaron los fines y cometidos estatales consagrados en la Constitución, la Ley o el Reglamento para destinar los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados.

2. LA CONTESTACIÓN

2.1. El demandado Erwin Jiménez Becerra

El apoderado del demandado, luego de referirse a los hechos expuestos en la demanda, indicó que la intención del actor es figurar políticamente sin importar si la causa jurídica es relevante o no y propuso las excepciones que denominó “*falta de fundamento legal y ausencia de presupuestos procesales de la acción*”.

¹ Por el cual se crea el sistema nacional de estímulos para los empleados públicos del Estado.

² Artículo 39. BONO DE NAVIDAD.- EL MUNICIPIO DE BARRANCABERMEJA continuara suministrando a los hijos e hijastros de los Servidores Públicos hasta los doce (12) años el

Expediente: 680012331000-2012-00335-01
Actor: Sabex Mancera Rodríguez

Manifestó que según el diccionario de la Real Academia Española, la palabra “*regalo*” es una acción que no exige ninguna contraprestación a quien se le concede y, por consiguiente, no es un objeto como el actor lo pretende hacer valer; en tanto que la palabra “*bono*” implica que este puede traducirse en dinero, por cuanto su alcance interpretativo lo contempla.

Expuso que no existe irregularidad en la actuación desarrollada por la Mesa Directiva del Concejo Municipal, pues conforme con el alcance que la Real Academia Española le da a la palabra bono, ésta equivalente a una tarjeta, medalla, comestible o dinero y, por tanto, no existe prohibición alguna en el ordenamiento jurídico para que el bono pueda darse en dinero.

En lo que tiene que ver con el alcance interpretativo del artículo 6º del Acuerdo Laboral, manifestó que la norma se refiere a que dicho acuerdo beneficia a todas las personas naturales que reciban salario y que presten sus servicios al municipio de Barrancabermeja, cualquiera que sea la fecha de su vinculación.

Los Concejales demandados están vinculados laboralmente al municipio, pues hacen parte de la nómina del cabildo municipal y, en virtud de ello, no pueden excluirse como beneficiarios de dicho acuerdo.

Precisó que para la época de los hechos, cuatro de los siete miembros del Concejo Municipal eran sindicalizados.

Respecto de la indebida destinación de dineros públicos, indicó que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que para que se configure esta causal se requiere demostrar que el demandado, en condición de servidor público, distorsiona o cambia los fines y cometidos estatales consagrados en la Constitución, la Ley o el Reglamento, para destinar los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no

regalo de navidad. Para tal efecto se conformara una comisión integrada por dos (2) representantes de la administración y los dos (2) representantes de la comisión de incentivos según el artículo 6º, parágrafo 2º.

Expediente: 680012331000-2012-00335-01
Actor: Sabex Mancera Rodríguez

autorizados o a “*otros sí*” autorizados pero diferentes a aquellos para los cuales se encuentran asignados, o hubiera aplicado los recursos a materias expresamente prohibidas no necesarias o injustificadas; o que hubiera perseguido la finalidad de obtener un incremento patrimonial personal o de terceros, o derivar un beneficio no necesariamente económico a su favor o de terceras personas.

Sostuvo que la causal de indebida destinación de dineros públicos tiene presupuestos específicos, cuya confrontación con la realidad debe demostrarse para evidenciar la vulneración legal, presupuestos que en el caso presente no se configuran.

Precisó que el bono de navidad está autorizado por el Acuerdo Laboral y el Decreto 126 de 2006³ y además el valor de los tres (3) bonos no supera un (1) salario mínimo legal, con lo cual se desestima cualquier incremento patrimonial a favor del demandado o de un tercero.

Solicitó negar las pretensiones de la demanda porque no se estructuran los supuestos determinados por la jurisprudencia para que se configure la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos y tampoco existen pruebas que conduzcan a decretar la pérdida de investidura de los demandados.

2.2. La demandada Luz Ena Cortez Angarita

El apoderado de la demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y señaló que la conducta de la misma se ciñó a todos los aspectos normativos contenidos en la legislación vigente. Propuso las excepciones que denominó inexistencia y falta de configuración de la causal alegada.

Sostuvo que el bono que constituye la supuesta configuración de la causal alegada por el actor, fue aprobado mediante Acuerdo como resultado de una

Expediente: 680012331000-2012-00335-01
Actor: Sabex Mancera Rodríguez

negociación colectiva y se entregó con ocasión del plan de incentivos y bienestar social.

Indicó que de conformidad con el artículo 17 del Decreto 1567 de 1998, las entidades territoriales son competentes para establecer convenios de bienestar social e incentivos.

Con fundamento en dicha facultad, el Alcalde de Barrancabermeja expidió el Decreto 126 de 2003 (13 de junio) *“por el cual se establece el Plan de estímulos a los empleados públicos de la alcaldía municipal de Barrancabermeja”*, aplicable a todos los empleados de la administración central municipal.

Precisó que los empleados públicos que pertenecen a la nómina de la administración central del municipio tienen derecho al reconocimiento de un bono de navidad, el cual hace parte del programa de bienestar social y no del programa de incentivos, pues cada uno de ellos tiene una regulación especial, tanto en la normatividad nacional (Decreto 1567 de 1998, artículos 20 a 25) como en la municipal (Decreto 126 de 2003, artículos 26 a 37).

Indicó que el gasto se encuentra debidamente soportado, pues se trata de un derecho que tienen los empleados públicos consistente en percibir un bono de navidad, lo cual entraña una obligación correlativa de la Administración y que fue pagado por una sola vez.

Argumentó que como no existe una definición legal ni jurisprudencial de la palabra bono, se debe acudir a los criterios auxiliares como lo es el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, de donde se colige que la palabra bono corresponde al reconocimiento de un emolumento en dinero y la palabra regalo, corresponde a una dádiva que se hace voluntariamente o por costumbre sin tener una contraprestación directa del servicio.

³ *“por el cual se adopta el programa de estímulos a los empleados públicos de la alcaldía municipal de Barrancabermeja”*.

Expediente: 680012331000-2012-00335-01
Actor: Sabex Mancera Rodríguez

Sostuvo que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, no se configuran los presupuestos de la causal de indebida destinación de dineros, toda vez que el objeto perseguido con el acto administrativo y el cual aprueba el pago del bono es un fin plenamente autorizado por el ordenamiento jurídico para el pago de una obligación legal y derivada de la negociación colectiva.

Aclaró que el bono no genera un incremento patrimonial a favor de terceros, pues persigue la satisfacción de una necesidad del núcleo familiar del servidor público, como es la recreación de los menores.

2.3. El demandado Luis Eduardo Villaquirán Eugenio

Mediante apoderado se opuso a la prosperidad de la pretensiones de la demanda, en razón a que el sustento de la misma es incongruente e improcedente, toda vez que la indebida destinación de dineros públicos, conforme con la jurisprudencia del Consejo de Estado, se presenta cuando *“(I) el congresista, en su condición de servidor público, con su conducta funcional, al ejercer las competencias de las que ha sido revestido, traiciona, cambia o distorsiona los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento, para destinar los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados, o a otros sí autorizados pero diferentes a aquellos para los cuales se encuentran asignados; o (ii) aplica tales recursos a materias expresamente prohibidas, no necesarias o injustificadas; o (iii) la finalidad es obtener un incremento patrimonial personal o de terceros; o (iv) pretende derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o de terceras personas”*.

Sostuvo que la Resolución 117 de 2008 no desconoce el Decreto 1227 de 2005, toda vez que dentro de sus considerandos invocó los artículos 19, 22, 39 y 44 del Decreto Ley 1567 de 1998, que establecen el reconocimiento de incentivos pecuniarios y no pecuniarios de los funcionarios del Estado y se

Expediente: 680012331000-2012-00335-01
Actor: Sabex Mancera Rodríguez

refiere al sistema de estímulos, los cuales se implementan a través de programas de bienestar social.

Manifestó que el objeto de la Resolución 117 de 2008 (28 de noviembre) fue crear, mantener y mejorar la calidad de vida de los funcionarios del Concejo, elevar y mantener su sentido de pertenencia, motivarlos y satisfacerlos, propendiendo por el desarrollo integral y el consecuente fortalecimiento institucional de la entidad.

Indicó que la palabra bono, según el Diccionario Larousse, corresponde al papel que se puede canjear por dinero o por otro tipo de artículo, producto o servicio, pero para el caso específico, la Mesa Directiva del Concejo Municipal reconoce el bono de navidad, como un regalo a los funcionarios del Concejo por la suma de ciento sesenta mil pesos (160.000.00) por cada hijo menor de doce (12) años de edad.

Afirmó que el actor no probó que el Concejal realizara la conducta dirigida a modificar o destinar sumas de dineros públicos a actividades o propósitos no autorizados, o a unos diferentes de los autorizados o a obtener un incremento patrimonial personal o de terceros.

4. LA AUDIENCIA

El 19 de junio de 2012 se celebró la audiencia pública, con la asistencia de la Procuradora Judicial 158 de Asuntos Administrativos, el actor, los demandados LUZ ENA CORTÉZ ANGARITA, ERWIN JIMÉNEZ BECERRA y sus apoderados. El demandado LUIS EDUARDO VILLAQUIRÁN EUGENIO y su apoderado no asistieron a la diligencia.

4.1. El actor reiteró los argumentos expuestos en la solicitud de pérdida de investidura.

4.2. La Procuradora Judicial 158 Asuntos Administrativo solicitó acceder a

Expediente: 680012331000-2012-00335-01
Actor: Sabex Mancera Rodríguez

las súplicas de la demanda, por considerar que los Concejales demandados incurrieron en la causal prevista en el numeral 4° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, por indebida destinación de dineros públicos, pues el artículo 355 de la Constitución Política en concordancia con la Ley 136 de 1994 prohíbe a los entes públicos decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas. El Decreto 1567 de 1998 no se refiere a los estímulos otorgados a empleados estatales, desarrollados dentro de un programa de bienestar social y un programa de incentivos, pues sus fines no tienen nada que ver con estudiar condiciones favorables al trabajador ni al mejoramiento del desempeño y la excelencia del mismo. Por lo anterior, la Resolución 117 de 2008 carece de fundamento constitucional y legal, pues el acuerdo laboral pactado entre la Alcaldía de Barrancabermeja y ASTDEMP se refiere a *“un regalo por cada hijo”*, en tanto que la Resolución 11 de 2008 habla de un incentivo por cada hijo, lo cual demuestra que son conceptos diferentes.

Concluyó que según la jurisprudencia del Consejo de Estado, para que se configure la causal por indebida destinación de dineros públicos no es requisito ser ordenador del gasto, pues basta que el demandado incumpla con las obligaciones que la Constitución Política y la ley le otorga para velar por los dineros de uso público.

4.3. El apoderado de la demandada Luz Ena Cortéz Angarita, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y recalcó la viabilidad y la procedencia del reconocimiento pecuniario a favor de su representada.

4.4. El apoderado del demandado Erwin Jiménez Becerra reiteró los argumentos que expuso en la contestación de la demanda.

II. LA SENTENCIA APELADA

Expediente: 680012331000-2012-00335-01
Actor: Sabex Mancera Rodríguez

Mediante sentencia de 20 de junio de 2012, el Tribunal Administrativo Santander negó la pérdida de investidura de los ciudadanos LUZ ENA CORTÉS ANGARITA, EDUARDO VILLAQUIRÁN EUGENIO y ERWIN JIMÉNEZ BECERRA, como concejales del municipio de Barrancabermeja, por considerar que no se configuró la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 48, numeral 4°, de la Ley 617 de 2000, por indebida destinación de dineros públicos, al reconocer un “*bono de navidad*” consistente en dinero a los empleados del Concejo de Barrancabermeja.

Respecto de las excepciones propuestas por los demandados consideró que no podían ser tenidas en cuenta como aquellas que se denominan de fondo, comoquiera que no atacan las pretensiones de la demanda, sino que constituyen argumentos propios de la defensa.

Sobre la tipificación de la causal alegada, precisó que para que ésta se configure se requiere de una específica e individualizada imputación de las conductas que se consideran nocivas para el erario, circunstancias que el actor no demostró.

Indicó que no es posible dentro de la acción de pérdida de investidura estudiar la legalidad de un acto administrativo, pues esta acción es eminentemente subjetiva y su examen se restringe a la conducta endilgada al demandado, a la luz de la causal invocada.

Frente a los argumentos propuestos por el actor sobre la ilegalidad de la Resolución 117 de 2008 y de los bonos de navidad otorgados a sujetos que no podían beneficiarse de los mismos, sostuvo que dichos argumentos no evidencian una conducta indebida de los demandados con la que pueda decretarse la pérdida de investidura de los demandados.

En cuanto a la solicitud del Ministerio Público consistente en analizar el caso con observancia del artículo 355 de la Constitución Política, consideró que

Expediente: 680012331000-2012-00335-01
Actor: Sabex Mancera Rodríguez

conforme a las pruebas allegadas al proceso y la normatividad aplicable, el bono de navidad en cuestión dista de ser un incentivo de los que regula el Decreto 1567 de 1998, pues éste no tiene relación con el que se encuentra establecido en el Sistema Nacional de Estímulos para los empleados estatales adoptados en dicho decreto, ya que para tener derecho al bono de navidad no se tiene ningún criterio de excelencia en el desempeño laboral para su otorgamiento.

III. LA IMPUGNACIÓN

El actor solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia e insiste en que los Concejales demandados incurrieron en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 4° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, por indebida destinación de dineros públicos ya que mediante la Resolución 117 de 2008 reconocieron una suma de dinero por concepto de bono de navidad a los empleados del Concejo Municipal, utilizando dineros públicos para fines o propósitos distintos a los pretendidos en el ordenamiento jurídico.

Reiteró que los estímulos para los empleados del Estado se encuentran previstos en el Decreto 1567 de 1998, los cuales no tienen ninguna relación con el bono reconocido y pagado por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Barrancabermeja.

Afirma que el Concejo Municipal no puede expedir actos administrativos que contemplen beneficios extralegales a los funcionarios públicos, toda vez que carecen de toda validez comoquiera que los beneficios no fueron expedidos por la autoridad competente. Lo anterior compromete la conducta de los servidores públicos de acuerdo con el artículo 6° de la Constitución Política.

Expediente: 680012331000-2012-00335-01
Actor: Sabex Mancera Rodríguez

Sumado a lo anterior, el Acuerdo Laboral suscrito en el año 2003 por la Alcaldía de Barrancabermeja y el sindicato ASTDEMP no puede ser extensivo a los Concejales demandados, pues para la fecha de expedición de la Resolución 117 de 2008 no se encontraban afiliados al sindicato, requisito establecido en dicho Acuerdo para acceder al beneficio de bono de navidad señalado en el artículo 39 del Acuerdo.

Luego de reiterar los argumentos expuestos en la demanda, señaló que no comparte las consideraciones del *a quo* relacionadas con la improcedencia de la acción comoquiera que no está debatiendo la legalidad de un acto administrativo sino la conducta de los demandados al momento de proferir dicho acto.

En cuanto a las pruebas, señaló que la sentencia cuestionada no visualiza un estudio profundo y detallado de las mismas.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.

4.1. El apoderado de la demandada LUZ ENA CORTÉZ ANGARITA recalcó que la decisión apelada tuvo como sustento que el reconocimiento del bono de navidad, que fue otorgado por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Barrancabermeja, se ajustaba a los presupuestos expresados en el ordenamiento jurídico.

Manifestó que el actor confunde dos elementos que aunque se desarrollan en una misma normativa son especies diferentes, pues las limitaciones que enuncia son propias del plan de incentivos y no del plan de bienestar social, que es el que realmente se invoca como sustento del acto administrativo que supuestamente da lugar a la configuración de la causal invocada.

4.2. Los demandados Luis Eduardo Villaquiran Eugenio y Erwin Jiménez Becerra no presentaron alegatos de conclusión.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa solicita revocar la sentencia apelada y, en su lugar, decretar la pérdida de investidura de los concejales demandados.

Expediente: 680012331000-2012-00335-01
Actor: Sabex Mancera Rodríguez

Considera que la acción de la referencia no pretende el estudio de la legalidad del acto administrativo expedido por la Mesa Directiva del Concejo Municipal, sino el análisis de la conducta endilgada a los concejales la cual es reprochable, atendiendo a que las normas citadas en la parte considerativa de la Resolución 117 de 2008 no sustentan el reconocimiento de un bono en dinero como incentivo de navidad para dichos funcionarios.

Manifiesta que el Decreto Ley 1567 de 1998 no enuncia en los programas de bienestar social e incentivos, los reconocimientos directos de carácter monetario a los servidores públicos. Por su parte, el Acuerdo Laboral en el artículo 39 dispone que el *“bono de navidad corresponde al suministro de un regalo de navidad para los hijos (e hijastros) de los servidores públicos, menores de 12 años”*.

Sostiene que la Mesa Directiva del Concejo de Barrancabermeja incurrió en indebida destinación de dineros públicos, al posibilitar el uso de dineros públicos para objetos, actividades o propósitos no autorizados por el ordenamiento jurídico.

Resalta que en muchas ocasiones las ordenaciones de gasto se materializan en actos administrativos y, basta para burlar la configuración de la causal, que la conducta se haga constar en actos administrativos, para que, tomando como escudo la presunción de legalidad, se tenga que esperar a que la jurisdicción de lo contencioso administrativo resuelva ese punto.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Competencia

La Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer de las apelaciones de las sentencias proferidas en procesos de pérdida de investidura de Concejales, de una parte, en virtud del artículo 48 parágrafo 2º de la Ley 617 de 2000, que estableció la segunda instancia para estos procesos y, de otra, por decisión adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 25 de enero de 2005, que la adscribió a esta Sección.

6.2. Marco constitucional y legal de la indebida destinación de dineros de dineros públicos como causal de pérdida de investidura de los concejales.

La Sala estima pertinente para el presente caso reseñar el marco constitucional y legal de la pérdida de investidura de los Concejales, así:

«[...] **Constitución Política**

Artículo 312

Expediente: 680012331000-2012-00335-01
 Actor: Sabex Mancera Rodríguez

[...]
 La ley determinará las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los concejales [...].».

«[...] **LEY 136 DE 1994**

Artículo 55. PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONCEJAL. Los concejales perderán su investidura:

[...]
 3. Por indebida destinación de dineros públicos.
 [...]»

«[...] **LEY 617 DE 2000**

Artículo 48. PÉRDIDA 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.
 [...]».

6.3. El caso concreto

Está demostrada la calidad de Concejales del Municipio de Barrancabermeja, ostentada por los ciudadanos LUZ ENA CORTÉZ ANGARITA, LUIS EDUARDO VILLAQUIRAN EUGENIO y ERWIN JIMÉNEZ BECERRA, para el período 2008-2011 (folio 20).

Se imputa a los concejales la causal de pérdida de investidura establecida en el artículo 48 numeral 4º de la Ley 617 de 2000, del siguiente tenor:

«Artículo 48. Pérdida 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.
 [...] »

Como la causal de indebida destinación de dineros públicos no se encuentra definida en la Constitución ni en las normas legales que regulan el ejercicio de la acción de pérdida de investidura, resulta pertinente consignar el sentido y alcance con que esta Corporación le

Expediente: 680012331000-2012-00335-01
Actor: Sabex Mancera Rodríguez

ha definido. En efecto, en sentencia de 3 de octubre de 2000⁴ la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a este respecto precisó:

«[...]

La causal de indebida destinación de dineros públicos se configura cuando el 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, como ocurre en los siguientes casos:

- 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.** (negrilla fuera de texto)
- d) Cuando esa aplicación se da para materias innecesarias o injustificadas.
- e) Cuando la destinación tiene la finalidad de obtener un incremento patrimonial personal o de terceros.
- f) Cuando la destinación tiene la finalidad de derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o en el de terceros.

[...]»

De tal pronunciamiento se extrae que uno de los eventos en que se configura dicha causal es la aplicación de los dineros a objetos, actividades o propósitos expresamente prohibidos por la Constitución, la ley o el reglamento.

La demanda plantea que los concejales LUZ ENA CORTÉZ ANGARITA, LUIS EDUARDO VILLAQUIRAN EUGENIO y ERWIN JIMÉNEZ BECERRA están incurso en esta causal por haber expedido la Resolución 117 de 2008 (28 de noviembre) en su condición de Presidente, Primer Vicepresidente y Segundo Presidente del Concejo de Barrancabermeja respectivamente. En dicha resolución se *“reconoció un bono navideño a los funcionarios del Concejo Municipal como incentivo de navidad por la suma de ciento sesenta mil pesos (\$160.000,00), por cada hijo menos de doce (12) años de edad, de conformidad con el artículo 39 del Acuerdo Laboral entre el Municipio de Barrancabermeja y la Asociación Santandereana de Servidores Públicos Seccional Barrancabermeja”*.

Se afirma en la demanda que los concejales incurrieron en indebida destinación de dineros públicos, al reconocerle a los empleados del Concejo

⁴ C.P. Dr. Darío Quiñones Pinilla. Expediente AC-10529 y AC-10968. Actores Emilio

Expediente: 680012331000-2012-00335-01
Actor: Sabex Mancera Rodríguez

Municipal mediante la Resolución 117 de 2008, un bono como incentivo de navidad, utilizando dineros públicos para fines o propósitos distintos a los pretendidos en el ordenamiento jurídico.

El artículo 355 de la Constitución Política establece:

“Artículo 355.- Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilio o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.” (negrilla fuera de texto)

En desarrollo del precepto constitucional, el artículo 41, numeral 7º, de la Ley 136 de 1994 *“por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”* **prohíbe a los concejos, decretar auxilios o donaciones** en favor de personas naturales o jurídicas. El artículo 41 de la Ley 136 de 1994 señala:

“ARTÍCULO 41. PROHIBICIONES. Es prohibido a los concejos:

1. Obligar a los habitantes, sean domiciliados o transeúntes a contribuir con dineros o servicios para fiestas o regocijos públicos.
 2. Aplicar o destinar los bienes y rentas municipales a objetos distintos del servicio público.
 3. Intervenir en asuntos que no sean de su competencia, por medio de acuerdos o de resoluciones.
 4. Dar votos de aplauso o de censura a actos oficiales; pero podrán pedir la revocación de los que estimen; ilegales o inconvenientes, exponiendo los motivos en que se funden.
 5. Privar a los vecinos de otros municipios de los derechos, garantías o protección de que disfruten los de su propio municipio.
 6. Decretar actos de proscripción o persecución contra personas naturales o jurídicas.
 - 7. Decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas.**
 8. Tomar parte en el trámite o decisión de asuntos que no son de su competencia.”
- (negrilla fuera de texto)

La Corte Constitucional en su jurisprudencia, 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.

Así, pues la Corte Constitucional mediante sentencia C-324 de 2009, señaló que en aplicación de los principios de racionalidad e integridad, se tiene que la restricción contenida

Expediente: 680012331000-2012-00335-01
Actor: Sabex Mancera Rodríguez

en el artículo 355, debe buscarse no a título de excepción de una disposición frente a la otra, sino precisamente, en función de que el auxilio o subsidio, alcance la finalidad para el cual fue creado y reporte un beneficio social, pues de lo contrario, se estaría en el campo de la prohibición de que trata el artículo 355 superior. Por tal razón, la Corte señaló los requisitos para que proceda la excepción a la prohibición de la siguiente manera:

“En aplicación de los principios de racionalidad e integralidad, se tiene que el lindero entre los auxilios o subsidios creados en desarrollo de la facultad de intervención en la economía que otorga el artículo 334 superior y los que directamente autoriza la Constitución Política -antes enlistados-, y, la restricción que expresamente impone el inciso primero del artículo 355, debe buscarse **no a título de excepción de una disposición frente a la otra, sino precisamente, en función de que el auxilio o subsidio, alcance la finalidad para el cual fue creado y reporte un beneficio social, pues de lo contrario, se estaría en el campo de la prohibición de que trata el artículo 355 superior.**

En ese orden, se precisa: **(1)**. Imponer una carga al legislador de manera tal que al señalar la subvención o auxilio explique de manera concreta **su finalidad**, destinatarios, alcances y condiciones de asignación y, adicionalmente, se garantice su publicidad, la igualdad material de los destinatarios y la imparcialidad en la asignación. y **(2)**. Establecer un fuerte control de constitucionalidad frente a cada subvención que sea autorizada por la ley.

Pues bien, **la prohibición consagrada en el inciso primero del artículo 355 de la Carta se activará cuando la donación, auxilio, subsidio o incentivo, cualquiera que sea su origen, se reconozca por mera liberalidad como una simple transferencia de recursos y, no con criterio redistributivo, de manera que se convierta en un privilegio aislado, empaquetado en medidas paliativas que no contribuyan al bienestar general y, que en cambio, si puedan ser usados como instrumentos de manipulación política.** (negrilla fuera de texto) Es así como al endurecerse el control constitucional, la prohibición general de que trata la disposición en comento se materializará cuando se registre, al menos, uno de los siguientes eventos:

(i.) Cuando se omita dar aplicación al principio presupuestal de legalidad del gasto. El principio de legalidad del gasto público implica que toda asignación de recursos públicos debe ser decretada por el Congreso e incluida en una ley, de manera tal que se encuentra vedado al Gobierno realizar gastos que no cumplan con este específico requerimiento.

Este principio en la Constitución de 1991 encuentra su fundamento en razón a que el gasto público corresponde a una operación en que se emplea el dinero perteneciente al Estado por parte de la Administración Pública, razón por la cual el Constituyente Primario determinó en los artículos 345 y 346 de la Constitución Política de 1991, relativos al presupuesto, que no se podrá hacer erogación con cargo al Tesoro que no se encuentre incluida en el presupuesto de gastos; y que no podrá hacerse ningún gasto público “[...] *que no haya sido decretado por el*

Expediente: 680012331000-2012-00335-01
Actor: Sabex Mancera Rodríguez

Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales[...]”

(ii.) Cuando la ley que crea la subvención o auxilio en desarrollo de los artículos 334 y siguientes de la C.P. 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.

Ello con el fin de asegurar los principios de justicia distributiva y, esencialmente, igualdad material (Art.13 C.P.) de la asignación.

(...)

(iii.) 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.

(...)

(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.

Vale reiterar que el subsidio, en tanto instrumento económico, tiene por finalidad generar una contraprestación para la sociedad en su conjunto, es decir, reportar un beneficio macroeconómico que debe ser claramente identificable. Así, solo en tanto el subsidio asegure equidad puede ser considerado constitucional y en tanto esté desprovisto de retorno a la sociedad debe tenerse por inconstitucional.

De esta manera cuando sea más lo que el Estado gaste a título de subsidio que el beneficio que retorna a la sociedad, el instrumento se torna inequitativo y regresivo. Se está frente a la dilapidación de los recursos públicos en actividades aisladas que no reportan dividendos en satisfacción de necesidades básicas insatisfechas o que no contribuyen a mejorar los ingresos del Estado para su posterior redistribución.

De igual manera cuando el subsidio solo impacta un grupo de interés dentro del conglomerado social, el gasto se torna inequitativo en tanto se advierten necesidades más apremiantes frente a la administración del presupuesto público. Es así como, la misma Constitución Política otorga niveles de prioridad al gasto público, reconociendo prelación al denominado “gasto social”, según lo prevé el artículo 350 de la C.P., en concordancia con el artículo 41 del Decreto 111 de 1996, es decir, se privilegia el gasto dirigido a la solución de necesidades básicas insatisfechas.

(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 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

Expediente: 680012331000-2012-00335-01
 Actor: Sabex Mancera Rodríguez

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.

(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. Es decir, que de manera intrínseca *“corresponde a una asignación de tal garantía, para perseguir intereses particulares que se contraponen a los principios de transparencia, economía, eficiencia, celeridad, imparcialidad y obviamente el de moralidad que debe acompañar las actuaciones de todo servidor público comprometido con sus funciones bajo el marco de la Constitución y la ley[33]”*. (...)

Sin embargo, existen hechos e indicios que sumados y revisados desde el ángulo de la sana crítica pueden llevar al juez a la íntima convicción de una desviación de poder.”

Obra en el expediente copia de la Resolución 117 de 2008 (folio1) *“por medio del cual la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Barrancabermeja reconoce un bono de dinero a los funcionarios del concejo municipal de Barrancabermeja, como incentivo de navidad”*. El artículo 1º de la Resolución 117 señala:

“ARTÍCULO 1º.- Reconózcase un bono navideño a los funcionarios del Concejo Municipal como incentivo de navidad por la suma de ciento sesenta mil pesos (\$160.000,00), por cada hijo menos de doce (12) años de edad, de conformidad con el artículo 39 del Acuerdo Laboral entre el Municipio de Barrancabermeja y la Asociación Santandereana de Servidores Públicos Seccional Barrancabermeja. (...)”.

La Resolución 117 de 2008 tuvo como fundamento el Decreto Ley 1567 de 1998 *“por el cual se crea el Sistema Nacional de Capacitación y el Sistema de Estímulos para los empleados del Estado”* y el Acuerdo Laboral 2003-2005 pactado entre la Alcaldía Municipal de Barrancabermeja y la Asociación Santandereana de Servidores Públicos Seccional Barrancabermeja –ASTDEMP-.

El artículo 13 del Decreto Ley 1567 de 1998 establece que **el sistema de estímulos está conformado por** el conjunto interrelacionado y coherente de políticas, planes, entidades, disposiciones legales y **programas de bienestar e incentivos** que interactúan con el propósito de elevar los niveles de eficiencia, satisfacción, desarrollo y bienestar de los empleados del Estado en el desempeño de su labor y de contribuir al cumplimiento efectivo de los resultados institucionales.

A su vez, el artículo 19 ibidem, señala que las entidades públicas que se rigen por las disposiciones contenidas en el presente Decreto - ley están en la obligación de organizar anualmente, para sus empleados, programas de bienestar social e incentivos.

Expediente: 680012331000-2012-00335-01
Actor: Sabex Mancera Rodríguez

Los programas de bienestar social deben organizarse a partir de las iniciativas de los servidores públicos como procesos permanentes orientados a crear, mantener y mejorar las condiciones que favorezcan el desarrollo integral del empleado, el mejoramiento de su nivel de vida y el de su familia; así mismo deben permitir elevar los niveles de satisfacción, eficacia, eficiencia, efectividad e identificación del empleado con el servicio de la entidad en la cual labora. (Artículo 20 ibidem)

Por su parte, los programas de incentivos, como componentes tangibles del sistema de estímulos, deberán orientarse a: (i) crear condiciones favorables al desarrollo del trabajo para que el desempeño laboral cumpla con los objetivos previstos y, (ii) reconocer o premiar los resultados del desempeño en niveles de excelencia. Los programas de incentivos dirigidos a crear condiciones favorables al buen desempeño se desarrollarán a través de proyectos de calidad de vida laboral, y los programas de incentivos que buscan reconocer el desempeño en niveles de excelencia se estructurarán a través de planes de incentivos. (Artículo 26 ibidem)

Ahora bien, el artículo 31 del Decreto 1567 de 2008 señala que los planes de **incentivos pecuniarios** estarán constituidos por reconocimientos económicos que se asignarán a los mejores equipos de trabajo de cada entidad pública. Dichos reconocimientos económicos serán hasta de cuarenta (40) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en las entidades de los órdenes nacional y territorial de acuerdo con la disponibilidad de recursos y se distribuirán entre los equipos seleccionados.

El artículo 39 del Acuerdo Laboral 2003-2005 pactado entre la Alcaldía Municipal de Barrancabermeja y la Asociación Santandereana de Servidores Públicos Seccional Barrancabermeja –ASTDEMP- dispone:

“ARTÍCULO 39.- BONO DE NAVIDAD. EI MUNICIPIO DE BARRANCABERMEJA continuará suministrando a los hijos e hijastros de los Servidores Públicos, hasta los doce (12) años el regalo de Navidad. Para tal efecto se conformará una comisión integrada por dos (2) representantes de la Administración y los dos (2) representantes de la comisión de incentivos según el artículo 6º, parágrafo 2.”

Está probado, entonces, que la Mesa Directiva del Concejo de Barrancabermeja reconoció a unos empleados del Concejo, un bono navideño como incentivo, por la suma de ciento sesenta mil pesos (\$160.000), por cada hijo menor de doce años de edad, con fundamento en el artículo 39 del Acuerdo Laboral y el Decreto Ley 1567 de 1998, transcritos anteriormente.

Expediente: 680012331000-2012-00335-01
Actor: Sabex Mancera Rodríguez

Sin embargo, observa la Sala que el bono de navidad otorgado como incentivo a los empleados del Concejo Municipal de Barrancabermeja difiere totalmente de los incentivos pecuniarios a los que se refiere el artículo 31 del Decreto 1567 de 1998, aplicable a los empleados públicos, toda vez que la norma se refiere a los “*incentivos pecuniarios*” constituidos por reconocimientos económicos que se asignan a los mejores equipos de trabajo de cada entidad pública.

Como ya fue explicado y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, la prohibición contenida en el artículo 355 de la Constitución Política tiene ocurrencia cuando la donación, auxilio, subsidio o incentivo, cualquiera que sea su origen, se reconozca por mera liberalidad como una simple transferencia de recursos y, no con criterio redistributivo, de manera que se convierta en un privilegio aislado, empaquetado en medidas paliativas que no contribuyan al bienestar general y, que en cambio, si puedan ser usados como instrumentos de manipulación política.

Es así como la Corte en la referida sentencia describió que la prohibición general de que trata la disposición en comento se materializa cuando se registre, al menos, uno de los eventos allí descritos, dentro de los cuales se encuentra el subsidio o incentivo que entraña la figura de desviación de poder, es decir, cuando éste se crea con un propósito distinto de aquel para el cual fue creado.

En ese sentido, el bono de navidad otorgado como incentivo a los empleados del Concejo Municipal de Barrancabermeja no cumple con la finalidad u objetivo señalado en el Decreto Ley 1567 de 1998, los cuales según el artículo 26 de dicha norma, los incentivos deben orientarse a “*1. Crear condiciones favorables al desarrollo del trabajo para que el desempeño laboral cumpla con los objetivos previstos y, 2. Reconocer o premiar los resultados del desempeño en niveles de excelencia*”. Y menos si se trata de incentivos pecuniarios, los cuales de conformidad con el artículo 31 ibidem, se asignan a los mejores equipos de trabajo de cada entidad pública.

Por lo expuesto, para la Sala aparece demostrada la prohibición contenida en los artículos 355 de la Constitución Política y 41, numeral 7º, de la Ley 136 de 1994 y, por tanto, configurada la causal de pérdida de investidura de los concejales demandados por indebida destinación de dineros públicos, al

Expediente: 680012331000-2012-00335-01
Actor: Sabex Mancera Rodríguez

haberse aplicado los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos expresamente prohibidos por la Constitución, la ley o el reglamento.

Para la Sala se configura entonces la causal de pérdida de investidura por lo que procede, entonces revocar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander y, en su lugar, decretar la pérdida de investidura de los concejales demandados.

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

F A L L A :

REVÓCASE la sentencia de 20 de junio de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander y, en su lugar, **DECRÉTASE** la pérdida de investidura de los concejales demandados.

Cópiese, notifíquese y, en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Ausente en comisión

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA