



Radicado: 13001-23-33-000-2017-00883-01  
Solicitante: Eriberto Ospino Quevedo

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

**MAGISTRADO PONENTE: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**

**Bogotá, D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil diecinueve (2019)**

**Referencia:** PÉRDIDA DE INVESTIDURA  
**Radicación:** 13001-23-33-000-2017-00883-01  
**Solicitante:** ERIBERTO OSPINO QUEVEDO  
**Concejales acusados:** JOSÉ FELIX CABALLERO Y OTROS

**Tesis:** No es cierto que al aprobar el Acuerdo nro. 09 de 2016, los concejales acusados hayan destinado y distribuido indebidamente los recursos del Sistema General de Regalías devueltos al Municipio de Talaigua Nuevo, Bolívar, por parte del Ministerio de Hacienda y por contera incurrido en la causa de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos.

No es cierto que al aprobar el Acuerdo nro. 09 de 2016, los concejales acusados hayan destinado indebidamente los recursos de propósito general del Sistema General de Participaciones devueltos al Municipio de Talaigua Nuevo, Bolívar, por parte del Ministerio de Hacienda y en consecuencia incurrido en la causa de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos.

**SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA**



La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte solicitante en contra de la sentencia proferida el 7 de marzo de 2018 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual negó la pérdida de investidura de los señores José Félix Caballero Matute, Apolonides Charris Urbina, Segundo Benigno de la Peña Bastidas, Freth María de la Peña Nuñez, Helio Martínez Mancera, Armando José Pedrozo Arce, Jaison Pedrozo Castrillo, Jairo Ramos Perruelo, Alexander José Ribón Rodríguez y Jesús David Zamora Arrieta, Concejales del Municipio de Talaigua Nuevo – Bolívar, para el periodo constitucional 2016 – 2019.

## **I.- SÍNTESIS DEL CASO**

### **1.1.- La causal de pérdida de investidura invocada**

El señor Eriberto Ospino Quevedo, actuando en nombre propio, solicitó se decrete la pérdida de investidura de los concejales acusados, con fundamento en lo previsto por el numeral 4 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, por indebida destinación de dineros públicos.

### **1.2.- Los hechos que dan sustento a la causal alegada<sup>1</sup>**

El solicitante informó que producto de las elecciones regionales del año 2015, los señores José Félix Caballero Matute, Apolonides Charris Urbina, Segundo Benigno de la Peña Bastidas, Freth María de la Peña Nuñez, Helio Martínez Mancera, Armando José Pedrozo Arce, Jaison Pedrozo Castrillo, Jairo Ramos Perruelo, Alexander José Ribón Rodríguez y Jesús David Zamora Arrieta, fueron elegidos Concejales del Municipio de Talaigua Nuevo – Bolívar, para el periodo constitucional 2016 – 2019.

<sup>1</sup> Folios 1 a 14 cuaderno principal.



Aseguró que los citados concejales aprobaron el Acuerdo nro. 09 del 9 de diciembre de 2016, *"por medio del cual se modifica el presupuesto del municipio de Talaigua Nuevo para la vigencia fiscal 2016, por adición por desahorro de recursos del FONPET"*, puesto que no podían cambiar la destinación específica que tenían los recursos adicionados ni distribuir al libre albedrío los recursos devueltos por la fuente de financiación del Sistema General de Participaciones, sino que debió hacerse porcentualmente, como lo enuncia el artículo 4 de la Ley 715 de 2001 modificada por la Ley 1176 de 2007.

Sostuvo que la indebida destinación de dineros públicos que hicieron los concejales ascendió a la suma de \$3.683.196.503,47 por la fuente de financiación Fondo Nacional de Regalías, y \$2.893.009.264,18 por la fuente de financiación del Sistema General de Participaciones, para una cifra total de destinación indebida de la suma de \$6.576.205.767.65 millones de pesos; en consecuencia, con su conducta funcional autorizaron al ejecutivo municipal para modificar el presupuesto de ingresos y gastos de la vigencia fiscal 2016 y al alcalde para contratar los recursos adicionados a porcentajes diferentes a los previamente regulados por la ley.

## **2.- Contestación de la demanda por parte de los concejales acusados<sup>2</sup>:**

Los concejales Helio Martínez Mancera, Armando José Pedrozo Arce, Alexander José Ribón Rodríguez, Jaison Pedrozo Castrillo; Segundo Benigno de la Peña Bastidas, Jairo Ramos Perruelo, Jesús Davis Zamora Arrieta y Apolonides Charris Urbina, obrando por conducto de apoderado

<sup>2</sup> Folios 86 a 97 cuaderno principal.



judicial<sup>3</sup>, contestaron la demanda, oponiéndose a las pretensiones, manifestando como argumentos de defensa lo siguiente<sup>4</sup>:

Controvertieron que la mera aprobación de un acuerdo constituya causal de indebida destinación de dineros públicos puesto que no hicieron cosa distinta que ejercer las facultades señaladas por la Constitución y la ley; adujeron que el artículo 313 constitucional permite que se autorice al alcalde municipal para hacer ajustes presupuestales, teniendo en cuenta el software de que dispone, las correcciones de leyenda, las operaciones aritméticas y de codificación a que haya lugar.

Señalaron que el Acuerdo 09 de 2016 no estuvo dirigido a obtener un incremento patrimonial o un beneficio económico de los concejales o de un tercero y las facultades otorgadas a la administración se dieron para responder con celeridad, oportunidad y eficiencia a las necesidades de la administración municipal.

Manifestaron que, con sustento en el citado acuerdo, se expidió el Acuerdo 015 de 2016, por el cual se hicieron unas incorporaciones al presupuesto de rentas, ingresos y apropiaciones para gastos del Municipio de Talaigua Nuevo, en la vigencia fiscal 2016.

Solicitaron denegar las pretensiones y se diera prosperidad a las excepciones de fondo o de mérito de inexistencia de la causal de pérdida de investidura invocada así como a las innominadas que resulten probadas.

Por su parte, el concejal José Félix Caballero Matute, igualmente obrando por conducto de apoderado<sup>5</sup>, pidió fueran denegadas las

<sup>3</sup> Folios 59 a 65 reposan los respectivos poderes conferidos.

<sup>4</sup> Folios 49 a 58 cuaderno principal.

<sup>5</sup> Folios 133 a 139 cuaderno principal.



pretensiones, afirmando que no participó en los debates ni en la aprobación del Acuerdo 09 de 2016.

Añadió que la aprobación de un acuerdo que adiciona al presupuesto municipal recursos del desahorro del 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 que la autorización de las partidas se hizo de conformidad con la ley sin que se produjera un enriquecimiento ilícito de los concejales o particulares o una indebida inversión, apropiación, desviación o corrupción en el manejo de dineros públicos por parte de los demandados.

Propuso como excepciones de mérito de buena fe y la ausencia de desviación de dineros públicos.

Por último, la contestación del concejal Freth María de la Peña Nuñez no se tuvo en cuenta por haber sido presentada por conducto de abogado, sin poder para actuar, ni tampoco invocó la calidad de agente oficioso.

### **3.- La sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar**

La Sala Plena del Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante providencia del 7 de marzo de 2018, negó las pretensiones de la demanda<sup>6</sup>.

Una vez examinadas las pruebas obrantes en el expediente analizó lo siguiente:

<sup>6</sup> Folios 143 a 154 cuaderno principal.



Indicó que está probado que a instancias del Alcalde Municipal de Talaigua Nuevo, mediante la 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.

Analizó que, aunque se acreditó que para la época en que se tramitó y aprobó el Acuerdo Municipal nro. 09 de 2016, que modificó el presupuesto municipal de esa vigencia, por adición por desahorro de recursos del FONPET, los demandados fungían como concejales de dicho municipio y participaron en el trámite y aprobación del acuerdo, con excepción de los concejales José Félix Caballero Matute, quien no asistió a las sesiones, y Helio Martínez Mancera, que no votó a favor sino en blanco, no se configuraba la causal invocada.

Explicó que la Resolución 4009 del 11 de noviembre de 2016, por la cual se autorizó el retiro de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales -FONPET al Municipio de Talaigua Nuevo, Departamento de Bolívar, dio cuenta en su parte motiva sobre la gestión adelantada por el Alcalde Municipal para efectuar dicho retiro y el cumplimiento de los requisitos legales para acceder al mismo, destacando que el municipio presentaba excedentes de pasivo pensional en el sector de propósito general por la suma de \$6.955.831.417,68.

Adujo que, acorde 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, eran los siguientes:



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

Con base en la resolución anterior, a iniciativa del alcalde municipal, los concejales del Municipio de Talaigua Nuevo aprobaron el Acuerdo nro. 009 de 2016 y aunque éstos afirmaron que el mismo no contenía una adición presupuestal sino una autorización al alcalde para que fuera él quien los adicionara, de su texto se derivaba la decisión de modificar el presupuesto municipal de la vigencia fiscal 2016, y adicionar tanto el presupuesto de ingresos como el de gastos, señalando los sectores a los que estaban dirigidos los recursos y el porcentaje que les correspondía, al igual que el monto exacto resultante.

Sin embargo, resaltó que el cargo propuesto por el actor, según el cual los demandados destinaron indebidamente los recursos de propósito general del Sistema General de Participaciones al aprobar el Acuerdo Municipal 09 de 2016, porque no cumplieron con las finalidades y porcentajes previstos en la Ley 715 de 2011 (artículos 3, 4 y 78) - modificados por el artículos 49 de la Ley 863 de 2003 y los artículos 1o, 2o y 21 de la Ley 1176 de 2007, contenía un error de interpretación que impedía darle prosperidad a la solicitud de pérdida de investidura, dado que los recursos devueltos por el FONPET tuvieron como fuente el Sistema General de Participaciones, pero no en la parte atinente a salud, educación o saneamiento básico, que son los que corresponden a la participación de propósito general y deben destinarse como lo señalan las disposiciones citadas.



Trajo a colación el contenido del artículo 147 de la Ley 1753 de 2015, Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, el cual estableció 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"*, reiterada por el artículo 11 del Decreto Reglamentario 683 de 2016.

Por último, recordó que a la luz de la Resolución 4009 del 11 de noviembre de 2016, que autorizó el retiro de recursos del FONPET al Municipio de Talaigua Nuevo, éste presentó excedentes de pasivo pensional en el sector propósito general, discriminando 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 invertir dichos recursos atendiendo las fuentes descritas.

Concluyó que los concejales no estaban obligados a destinar recursos adicionados del Sistema General de Participaciones (\$ 3.272.634.914,21) a educación, salud y saneamiento básico, como lo afirmó el demandante, sino única y exclusivamente a los fines autorizados con cargo a propósito general, razones por las que negó las pretensiones.

#### **4.- El recurso de apelación presentado por la parte solicitante:**

Inconforme con la sentencia de primera instancia y dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el solicitante de la pérdida de investidura presentó recurso de apelación para que fuera revocada y en



su lugar se accediera a las pretensiones, con fundamento en lo siguiente<sup>7</sup>:

Argumentó que el Tribunal de instancia no se pronunció sobre la distribución y destinación de los recursos adicionados por la fuente de financiación FNR y la sentencia se limitó a sustentar el fallo sobre los recursos adicionados por la fuente de financiación SGP, y según la Sala de decisión el cargo formulado se fundaba en la afirmación de que la destinación que debió darse a los recursos provenientes del sector propósito general del SGP, -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 tablas 1, 2, 3 y 4 del acápite concepto de violación, estimando que el Tribunal no hizo un análisis integral de la demanda, por lo que calificó la sentencia de incurrir en "*defecto sustantivo e interpretación sesgada*" de las normas aplicables y del principio de congruencia.

Aseveró que las razones por las cuales invocó la causal de pérdida de investidura es porque existió una indebida destinación de dineros públicos (distribución porcentual y destinación) de los recursos de (Reserva Pensional General, Fondo Nacional de Regalía - Ley 141/94 y propósito general del Sistema General de Participación ley 715/01) devueltos al municipio de Talaigua Nuevo Bolívar por parte del Ministerio de Hacienda ordenada en la Resolución nro. 4009 de 2016, por destinarse a objetos o actividades autorizados pero diferentes a los fines que los dineros fueron asignados.

Estimó que los concejales debían atender lo previsto por el artículo 361 de la Constitución Política en lo referente a la distribución porcentual de los recursos del Sistema General de Regalías y no podían distribuir ni destinar porcentualmente los recursos devueltos al Municipio de

<sup>7</sup> Folios 288 a 296 cuaderno principal.



Talaigua Nuevo "*por el cubrimiento de su pasivo pensión sector propósito general - por las fuentes de financiación Reserva Pensional regalías (FNR) y SGP propósito general art. 78 de la Ley 715/01*".

Consideró que por esta razón incurrieron en dolo o culpa grave al aprobar y no distribuir los recursos de la fuente de financiación reserva pensional Recursos de Regalías devueltos al Municipio de Talaigua Nuevo según la Resolución nro. 4009 de 2016 del Ministerio de Hacienda e incorporado al Presupuesto por el acuerdo municipal nro. 9009 de 2016, para ser invertidos en los sectores allí plasmados en el artículo 39, conductas que consideró reprochables tanto disciplinaria como penalmente.

Culminó indicando que lo que se reprocha a los demandados es aprobar y destinar los recursos devueltos por el FONPET a ciertos sectores y programas que sobrepasan el monto presupuestado en la matriz plurianual de inversión del plan de desarrollo del municipio de Talaigua Nuevo 2016 - 2019.

Por todas las razones anotadas solicitó fuera revocada la providencia del Tribunal de instancia.

**5.** Luego de concedido el recurso por el *a quo*<sup>8</sup>, por auto del 28 de mayo de 2018, se admitió la apelación interpuesta por los solicitantes<sup>9</sup>.

**6.** Por auto del 16 de julio de 2018 se ordenó correr traslado a las partes con el fin de que presentaran sus alegatos, así como al señor agente del Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Por auto del 2 de abril de 2018.

<sup>9</sup> Folio 8 cuaderno apelación.

<sup>10</sup> Folio 29 cuaderno apelación.



**7.** Por escrito radicado el 18 de julio de 2018, el solicitante interpuso "recurso de súplica" contra el auto del 16 de julio del mismo año, bajo la consideración que *"una lectura pausada del artículo 247 del CPACA se concluye de bulto que una vez notificado el auto que admitió el recurso de apelación empezaron a correr los términos para presentar alegatos de conclusión"* para concluir *"siendo el suscrito el único que presentó alegatos de conclusión"*<sup>11</sup>.

**8.** Luego de surtido el trámite procesal de rigor, el Despacho del señor Consejero Hernando Sánchez Sánchez, en proveído del 11 de diciembre de 2018, declaró improcedente el recurso de súplica y lo adecuó al recurso de reposición<sup>12</sup>.

**9.** Ingresado de nuevo al Despacho del Magistrado del conocimiento<sup>13</sup>, por auto del 04 de marzo de 2019 se resolvió el recurso de reposición, en el sentido de no reponer el proveído del 16 de julio de 2018<sup>14</sup>.

**10.** Acorde con la constancia secretarial obrante a folio 114 del cuaderno de apelación, el término para alegar de conclusión comenzó a correr el 11 de marzo de 2019 y venció el 22 del mismo mes y año, mientras que el término para rendir concepto el señor Procurador corrió del 26 de marzo al 8 de abril de 2019<sup>15</sup>.

No obstante, serán tenidos en cuenta los alegatos de conclusión presentados el 18 de julio de 2018 por el señor Eriberto Ospino Quevedo, esto es, en la misma oportunidad que radicó el recurso de súplica interpuesto contra el auto que corrió traslado a las partes para alegar<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Folios 43 a 45 cuaderno apelación.

<sup>12</sup> Folios 79 a 82 cuaderno apelación.

<sup>13</sup> Ingresó a Despacho el 21 de enero de 2019. Folio 97 ibídem.

<sup>14</sup> Folios 98 a 100 cuaderno apelación.

<sup>15</sup> Folio 114 cuaderno apelación.

<sup>16</sup> Folios



En dicho memorial el solicitante reiteró lo expuesto en el recurso de apelación y específicamente manifestó que la conducta de los concejales demandados encuadra en la causal de pérdida de investidura invocada por indebida destinación de dineros públicos en la medida que autorizaron que los dineros devueltos al Municipio de Talaigua Nuevo Bolívar por concepto desahorro en la cuenta del FONPET, previa a su incorporación (recursos de regalías con destinación específica), fueran invertidos en sectores no autorizados, ya que esta clase de recurso por la fuente de financiación que traía debía conservar los fines que le corresponden acorde con las leyes que regulan la destinación de cada uno, y por lo tanto debía revocarse la decisión del *a quo*.

A su turno, el 26 de julio de 2018 el apoderado de los concejales Helio Martínez Mancera, José Pedrozo Arce, Alexander José Ribón Rodríguez, Jaison Pedrozo Castillo, Segundo Benigno de la Peña Bastidas, Jairo Ramos Perruelo, Jesús David Zamora Arrieta y Apolonides Charris Urbina, también presentó alegatos de conclusión solicitando mantener la decisión del *a quo*.

Lo anterior, por considerar que para que se configure la causal invocada debía demostrarse que la finalidad de la medida aprobada estuviera dirigida a obtener un incremento patrimonial o un beneficio no necesariamente económico de éstos o de un tercero, lo que en el caso no se verifica, puesto que el acuerdo tuvo como propósito responder a las necesidades de la administración municipal y tal como allí se señaló, las respectivas autorizaciones se requerían para dinamizar la ejecución presupuestal<sup>17</sup>.

De otro lado, quien manifestó actuar como apoderado sustituto del concejal Freth María de la Peña Nuñez presentó escrito de alegatos el 31

<sup>17</sup> Folios 53 a 55 cuaderno apelación.



de julio de 2018<sup>18</sup>; sin embargo, éstos no serán analizados por la misma razón que no se tuvo en cuenta la contestación de la demanda, esto es, por haber sido presentada por conducto de abogado sin poder para actuar<sup>19</sup>.

A su vez, el Ministerio Público en el concepto rendido indicó que consideraba relevante analizar dos asuntos; el primero, si la distribución porcentual consagrada por el artículo 361 de la Constitución Política resultaba aplicable en la distribución de recursos que fueron adicionados mediante el Acuerdo nro. 09 del 9 de diciembre de 2016, y el segundo, si resultaba aplicable la distribución porcentual de los recursos prevista en la Ley 715 de 2001 (artículos 3, 4), modificados por Ley 1176 de 2007.

Frente al primer aspecto indicó que la Sección Primera de esta Corporación, en sentencia del 6 de septiembre de 2018,<sup>20</sup> explicó que la distribución porcentual establecida por el artículo 361 de la Constitución Política se refería a la proporción que se le asigna a los fondos creados para cubrir los objetivos y fines del Sistema Nacional de Regalías, como los ingresos generados por la explotación de los recursos naturales no renovables, así: Fondo de Ciencia y Tecnología (10%); para el ahorro pensional territorial (10%); para el Fondo de Ahorro y Estabilización hasta un 30%.

En relación con el segundo aspecto manifestó que en la misma providencia citada se había precisado, en lo concerniente a la aplicación de la distribución porcentual de los recursos provenientes del FONPET de

<sup>18</sup> Folios 66 a 73 cuaderno apelación.

<sup>19</sup> Auto del 2 de febrero de 2018 proferido por el magistrado ponente del Tribunal Administrativo de Bolívar obrante a folios 202 y 203 del cuaderno 2 expediente pérdida de investidura.

<sup>20</sup> Número de Radicado: 70001 2333 000 2018 00019 00, actor: Gustavo Tafur Márquez, demandados: concejales del municipio de Sampués, Magistrada Ponente: Doctora María Elizabeth García González.



que tratan los artículos 3 y 4 de la Ley 715 de 2001, que dichos porcentajes hacen referencia a la conformación del Sistema General de Participaciones y no a una distribución que deben aplicar los municipios al momento de incorporar los recursos al presupuesto de ingresos y rentas.

Explicó que en este caso se demostró que mediante la Resolución nro. 4009 del 11 de noviembre de 2016 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público autorizó el retiro de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales por cuanto el Municipio de Talaigua Nuevo del Departamento de Bolívar presentó un excedente del cubrimiento del pasivo pensional por la suma de \$6.955.831.417.68, en el sector Propósito General.

Por último, que también quedó probado que a través del Acuerdo nro. 09 del 9 de diciembre de 2016 se modificó el Presupuesto del municipio para la vigencia 2016, adicionándose tanto el presupuesto de ingresos para la vigencia fiscal 2016 como el de gastos.

Por lo tanto, los excedentes del sector Propósito General fueron destinados a los fines de la fuente de financiación, respetando la distribución porcentual prevista por el artículo 78 de la Ley 715 de 2001, modificado por el artículo 21 de la Ley 1176 de 2007, por lo que no existía duda sobre la falta de configuración por de la indebida destinación de dineros públicos por la aprobación del Acuerdo 09 de 2016.

Por las razones anotadas solicitó que la sentencia de primera instancia fuera confirmada.



## II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1.- Competencia de la Sección

Esta Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias proferidas en procesos de pérdida de investidura de concejales y diputados, en virtud de lo previsto por el artículo 48 parágrafo 2º de la Ley 617 de 2000<sup>21</sup>, y con base en lo establecido por el numeral 5 artículo 13 del Acuerdo nro. 080 del 12 de marzo 2019<sup>22</sup>, proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado, que regula la distribución de negocios entre las secciones<sup>23</sup>.

### 2.- Procedibilidad de la acción de pérdida de investidura

Para acreditar que los señores José Félix Caballero Matute, Apolonides Charris Urbina, Segundo Benigno de la Peña Bastidas, Freth María de la Peña Nuñez, Helio Martínez Mancera, Armando José Pedrozo Arce, Jaison Pedrozo Castrillo, Jairo Ramos Perruelo, Alexander José Ribón Rodríguez y Jesús David Zamora Arrieta, Concejales del Municipio de Talaigua Nuevo – Bolívar, para el periodo constitucional 2016 – 2019, la parte actora aportó copia del formulario E 26 CON, donde consta que éstos resultaron electos como concejales del Municipio de Talaigua

<sup>21</sup> "Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional". El parágrafo 2º del artículo 48, establece que corresponde al Consejo de Estado conocer en segunda instancia de las pérdidas de investidura que conozcan en primera instancia los Tribunales Administrativos.

<sup>22</sup> Por medio del cual se compila y actualiza el reglamento interno del Consejo de Estado, publicado el 1º de abril de 2019 en el Diario Oficial número 50913.

<sup>23</sup> "Artículo 13. Distribución de los procesos entre las Secciones. Para efectos de repartimiento, los asuntos de que conoce la sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así: Sección Primera: (...)5. El recurso de apelación contra las sentencias de los Tribunales sobre pérdida de investidura (...)"



Nuevo, Departamento de Bolívar<sup>24</sup>, y aunque no se allegó el correspondiente acto que acredite que tomaron posesión de sus cargos, no se trata de un hecho que cuestionen las partes.

En consecuencia, los demandados son sujetos pasivos de la presente acción de pérdida de investidura.

### 3.- Análisis de la Sala:

Se les atribuyó a los concejales acusados la causal señalada en el numeral 4 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000<sup>25</sup>, que establece:

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

(...)

4. Por indebida destinación de dineros públicos.  
[...]"

De esta manera, el problema que deberá resolverse en sede de apelación es el siguiente:

¿Es cierto que al aprobar el Acuerdo nro. 09 de 2016, los concejales acusados destinaron y distribuyeron indebidamente los recursos del Sistema General de Regalías devueltos al Municipio de Talaigua Nuevo, Bolívar, por parte del Ministerio de Hacienda?

¿Es cierto que al aprobar el Acuerdo nro. 09 de 2016, los concejales acusados destinaron indebidamente los recursos de propósito general

<sup>24</sup> Folios 15 y 16 cuaderno principal.

<sup>25</sup> "Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional".



del Sistema General de Participaciones devueltos al Municipio de Talaigua Nuevo, Bolívar, por parte del Ministerio de Hacienda?

Para responder los anteriores planteamientos, la Sala se pronunciará sobre: **i)** los elementos para la configuración de la causa de pérdida de investidura invocada; **ii)** marco normativo aplicable **iii)** lo probado en el proceso, y **iv)** el análisis del caso concreto.

### **3.1. Elementos para que se estructure la causal:**

Como la Sala ha sostenido en otras oportunidades deben estar reunidos los siguientes requisitos:<sup>26</sup>

- (i) Que se ostente la condición de concejal,
- (ii) Se esté frente a dineros públicos, es decir, que provengan de una actividad económica del Estado,
- (iii) Que estos dineros sean indebidamente destinados; al respecto la Sala ha dicho:<sup>27</sup>

*"[...] 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 ha dado. En efecto, en sentencia de 3 de octubre de 2000<sup>28</sup> la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a este respecto precisó:*

<sup>26</sup> Los cuales se pueden extraer de la sentencia del 22 de febrero de 2018. C.P. María Elizabeth García González. Expediente radicación número: 25000-23-42-000-2017-04038-01(PI); para ello se cita la sentencia del 28 de marzo de 2017. C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, expediente radicación 11001 03 15 000 2015 00111 00, donde fueron enlistados tales requisitos; explicando que aunque allí se referían a los Congresistas son perfectamente aplicables a los restantes miembros de Corporaciones públicas de elección popular, como los concejales. Posición reiterada por la Sala en sentencia del 15 de marzo de 2018. M.P. Hernando Sánchez Sánchez. Expediente radicación nro. 13001-23-33-000-2016-01107-01(PI).

<sup>27</sup> Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera. Sentencia del 14 de abril de 2016. C.P. María Claudia Rojas Lasso. Expediente radicación nro. 85001-23-33-000-2015-00001-01(PI).

<sup>28</sup> C.P. Dr. Darío Quiñones Pinilla. Expediente AC-10529 y AC-10968. Actores Emilio Sánchez Alsina y Pablo Bustos Sánchez.



«[...]

*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.*
- 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. [...]*»

### **3.2. Marco normativo aplicable:**

La Constitución Política, en el artículo 313-5 establece:

**"Artículo 313.-** *Corresponde a los concejos:*

*(...)*

*5. Dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos.*

*(...)"*

Respecto del Sistema General de Participaciones y su destinación, el artículo 356 *ejusdem*, previó:

**"ARTICULO 356.** *<Artículo modificado por el artículo 2o. del Acto Legislativo No. 1 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de los Departamentos, Distritos,*



y Municipios. Para efecto de atender los servicios a cargo de éstos y a proveer los recursos para financiar adecuadamente su prestación, se crea el Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios.

(...)

*Inciso modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 4 de 2007. El nuevo texto es el siguiente: Los recursos del Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios se destinarán a la financiación de los servicios a su cargo, dándoles prioridad al servicio de salud, los servicios de educación, preescolar, primaria, secundaria y media, y servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, garantizando la prestación y la ampliación de coberturas con énfasis en la población pobre.*

*Teniendo en cuenta los principios de solidaridad, complementariedad y subsidiariedad, la ley señalará los casos en los cuales la Nación podrá concurrir a la financiación de los gastos en los servicios que sean señalados por la ley como de competencia de los departamentos, distritos y municipios.*

*La ley reglamentará los criterios de distribución del Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos, y Municipios, de acuerdo con las competencias que le asigne a cada una de estas entidades; y contendrá las disposiciones necesarias para poner en operación el Sistema General de Participaciones de éstas, incorporando principios sobre distribución que tengan en cuenta los siguientes criterios:*

*a) <Literal modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 4 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Para educación, salud y agua potable y saneamiento básico: población atendida y por atender, reparto entre población urbana y rural, eficiencia administrativa y fiscal, y equidad. En la distribución por entidad territorial de cada uno de los componentes del Sistema General de Participaciones, se dará prioridad a factores que favorezcan a la población pobre, en los términos que establezca la ley.*

*b) Para otros sectores: población, reparto entre población y urbana y rural, eficiencia administrativa y fiscal, y pobreza relativa.*

*No se podrá descentralizar competencias sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas.*

*Los recursos del Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos, y Municipios se distribuirán por sectores que defina la ley. (...)"*



A su turno, la Ley 1176 de 2007 "por la cual se desarrollan los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones", en los artículos 1 y 2 señaló:

**"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 parágrafos 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".

En cuanto al Sistema General de Regalías, los artículos 360 y 361 constitucionales dispusieron:

**"ARTICULO 360.** <Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 5 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> La explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. La



ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables.

Mediante otra ley, a iniciativa del Gobierno, la ley determinará la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios. Este conjunto de ingresos, asignaciones, órganos, procedimientos y regulaciones constituye el Sistema General de Regalías.

**ARTICULO 361.** <Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 5 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Los ingresos del Sistema General de Regalías se destinarán al financiamiento de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales; al ahorro para su pasivo pensional; para inversiones físicas en educación, para inversiones en ciencia, tecnología e innovación; para la generación de ahorro público; para la fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos y conocimiento y cartografía geológica del subsuelo; y para aumentar la competitividad general de la economía buscando mejorar las condiciones sociales de la población.

Los departamentos, municipios y distritos en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los municipios y distritos con puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones, así como a ejecutar directamente estos recursos.

Para efectos de cumplir con los objetivos y fines del Sistema General de Regalías, créanse los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación; de Desarrollo Regional; de Compensación Regional; y de Ahorro y Estabilización.

Los ingresos del Sistema General de Regalías se distribuirán así: un porcentaje equivalente al 10% para el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación; un 10% para ahorro pensional territorial, y hasta un 30% para el Fondo de Ahorro y Estabilización. Los recursos restantes se distribuirán en un porcentaje equivalente al 20% para las asignaciones directas de que trata el inciso 2o del presente artículo, y un 80% para los Fondos de Compensación Regional, y de Desarrollo Regional. Del total de los recursos destinados a estos dos últimos Fondos, se destinará un porcentaje equivalente al 60% para el Fondo de Compensación Regional y un 40% para el Fondo de Desarrollo Regional.

De los ingresos del Sistema General de Regalías, se destinará un porcentaje del 2% para fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos, y el conocimiento y cartografía geológica del subsuelo. Este porcentaje se descontará en forma proporcional del total de los ingresos del Sistema General de Regalías distribuidos en



*el inciso anterior. Las funciones aquí establecidas serán realizadas por el Ministerio de Minas y Energía o por la entidad a quien este delegue. (...)*

Por su parte, la Ley 1530 del 17 de mayo de 2012, "Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías", determina la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios, definiendo que este conjunto de ingresos, asignaciones, órganos, procedimientos y regulaciones constituye el Sistema General de Regalías.

Por último, valga indicar que la Ley 549 del 28 de diciembre de 1999, "por la cual se dictan normas tendientes a financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales, se crea el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones en materia prestacional", creó el Fondo Nacional de Pensiones de las entidades territoriales- FONPET, disponiendo en su artículo 3:

**"ARTICULO 3o.** FONDO NACIONAL DE PENSIONES DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES, FONPET. Para efectos de administrar los recursos que se destinan a garantizar el pago de los pasivos pensionales en los términos de esta ley, créase el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet, como un fondo sin personería jurídica administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual tiene como objeto recaudar y asignar los recursos a las cuentas de los entes territoriales y administrar los recursos a través de los patrimonios autónomos que se constituyan exclusivamente en las administradoras de fondos de pensiones y cesantías privadas o públicas, en sociedades fiduciarias privadas o públicas o en compañías de seguros de vida privadas o públicas que estén facultadas para administrar los recursos del Sistema General de Pensiones y de los regímenes pensionales excepcionados del Sistema por ley.

*En todo caso la responsabilidad por los pasivos pensionales territoriales corresponderá a la respectiva entidad territorial. Por consiguiente, el hecho de la creación del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, de la destinación de recursos nacionales para coadyuvar a la financiación de tales pasivos*



o de que por disposición legal la Nación deba realizar aportes para contribuir al pago de los pasivos pensionales de las entidades del nivel territorial, no implica que esta asuma la responsabilidad por los mismos.

En dicho Fondo cada una de las entidades territoriales poseerá una cuenta destinada al pago de sus pasivos pensionales. Los valores registrados en las cuentas pertenecerán a las entidades territoriales y serán complementarios de los recursos que destinen las entidades territoriales a la creación de Fondos de Pensiones Territoriales y Patrimonios Autónomos destinados a garantizar pasivos pensionales de conformidad con las normas vigentes.”

### 3.3. Lo probado en el proceso:

De las pruebas aportadas al expediente, se desprende:

3.3.1. El Director General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por medio de la Resolución nro. 4009 del 11 de noviembre de 2016, autorizó el giro de recursos por concepto de excedentes del Sector Propósito General al Municipio de Talaigua Nuevo del Departamento de Bolívar, por la suma de \$6.955.831.417,68, y allí se indicó que se debitarían de la cuenta de la entidad territorial de las siguientes fuentes del recurso del FONPET y serían girados a cuentas que para el efecto debía certificar la entidad territorial<sup>29</sup>:

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

<sup>29</sup> Folios 24 a 27 cuaderno principal.



3.3.2. Mediante el Acuerdo nro. 09 del 9 de diciembre de 2016, expedido por el Concejo Municipal de Talaigua Nuevo del Departamento de Bolívar, se modificó el Presupuesto del mismo municipio para la vigencia fiscal del año 2016, por adición por desahorro de recursos del FONPET<sup>30</sup>.

3.3.3. A través del Decreto Municipal nro. PM 015 del 15 de diciembre de 2016, el Alcalde de Talaigua Nuevo, Bolívar, hizo unas incorporaciones al Presupuesto de Rentas e Ingresos y Apropriaciones para gastos en la vigencia fiscal 2016, por la suma de \$ 8.475.141.976<sup>31</sup>.

#### **3.4. Análisis del caso concreto:**

Tal como se indicó líneas atrás, para que se edifique la causal de indebida destinación de dineros públicos debe acreditarse que al ejercer las competencias propias de la corporación para la que fueron elegidos, los concejales acusados hayan cambiado o distorsionado los cometidos estatales o los hubiesen utilizado para fines distintos a los establecidos en la Constitución o la ley.

Descendiendo al análisis de los juicios que aquí se plantean, se observa:

La Resolución nro. 4009 del 11 de noviembre de 2016, expedida por el Director General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que ordenó a la Unidad de Gestión – Consorcio Comercial FONPET 2017, hacer el giro por concepto de excedentes del Sector Propósito General al Municipio de Talaigua Nuevo, por la suma de \$6.955.831.417,68 M/cte, adoptó dicha decisión

<sup>30</sup> Folios 18 a 23 cuaderno principal.

<sup>31</sup> Folios 28 a 32 cuaderno principal.



con fundamento en la siguiente motivación, según se desprende del mismo acto<sup>32</sup>:

(i) El Municipio de Talaigua Nuevo - Departamento de Bolívar, presentó en línea el 28 de octubre de 2016 la solicitud de retiro de excedentes del FONPET para la devolución de los recursos que excedieran el 125% del cubrimiento del pasivo pensional que tenía acumulados en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales – FONPET, conforme con lo establecido por el Decreto 055 de 2008, que dispuso: “(...) Para el retiro de los recursos de la cuenta en FONPET de la entidad territorial, que excedan los montos señalados en el presente artículo, se aplicará el procedimiento previsto en el Decreto 4105 de 2004, así como la destinación señalada para los mismos en dicho decreto.(...)”

(ii) Atendiendo lo previsto por el Decreto 630 del 18 de abril de 2016, que reglamentó el artículo 147 de la Ley 1753 de 2015, los pasivos pensionales de las entidades territoriales correspondientes a los sectores Salud, Educación y Propósito General con corte a 31 de diciembre de la vigencia anterior debían ser registrados en el Sistema de Información del FONPET a más tardar el 31 de mayo de cada vigencia, y se entenderá cubierto el pasivo pensional de la entidad territorial cuando para cada sector se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 3° del Decreto 055 de 2009<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Folios 24 a 27 cuaderno principal.

<sup>33</sup> “por medio del cual se expiden disposiciones en relación con el Fondo de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet”. El artículo 3 dispone: “**Artículo 3°. Cubrimiento del pasivo pensional.** Para los efectos del presente decreto se entenderá que una entidad tiene cubierto su pasivo pensional cuando (i) la suma de las reservas constituidas en el Fonpet y las reservas líquidas constituidas en el Fondo Territorial de Pensiones y los demás patrimonios autónomos de la entidad territorial que tengan por finalidad el pago de pasivos pensionales, sean equivalentes al valor del pasivo pensional, en los términos del inciso 4° del presente artículo, y (ii) cuando sus entidades descentralizadas hayan cubierto su pasivo pensional en los términos del inciso 5° del presente artículo. // Las reservas constituidas en el Fonpet para cada entidad territorial se obtendrán de la cuenta en Fonpet de la entidad, de acuerdo con el Sistema de Información del Fonpet previsto en el Decreto 4105 de 2004. // Las reservas líquidas constituidas en el Fondo Territorial de Pensiones y en los patrimonios autónomos serán certificadas por los administradores del Fondo Territorial de Pensiones o del patrimonio autónomo respectivo. Las reservas líquidas deberán corresponder a inversiones admisibles de los Fondos de Pensiones Obligatorias y serán



(iii) El representante legal de la entidad territorial autorizó a la Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social realizar el traslado de recursos excedentes del Sector Propósito General a los Sectores Salud y Educación del FONPET, en caso de que estos Sectores no contaran con las reservas suficientes para financiar el cubrimiento de sus pasivos pensionales, según lo previsto por el artículo 8° del Decreto 630 de 2016.

(iv) La Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público verificó que el Municipio de Talaigua Nuevo del Departamento de Bolívar, cumpliera los requisitos establecidos en los artículos 2 y 3 del Decreto 1308 de 2003 modificados por el Decreto 2029 de 2012 y sus normas complementarias.

(v) Una vez verificada la condición de cobertura del pasivo pensional por Sectores del Municipio de Talaigua Nuevo Departamento de Bolívar, se evidenció:

Sector	Pasivo Pensional 31/12/2015	Saldo en cuenta 31/12/2015	% de cobertura
Salud	0.00	1.493.150.002.67	
Educación	1.620.517.145.00	26.160.555.91	1.6%
Propósito General	2.509.716.112.00	12.217.462.433.02	468.2%

certificadas a precios de mercado. // El valor del pasivo pensional será igual a la suma de los cálculos actuariales de las entidades territoriales registradas en el Fonpet, adicionados en una provisión del cinco por ciento (5%) para gastos de administración y un veinte por ciento (20%) para desviaciones del cálculo actuarial y contingencias. // En relación con las entidades descentralizadas de las entidades territoriales, se entenderá que estas tienen cubierto el pasivo pensional cuando hayan adoptado un mecanismo de normalización de pasivos pensionales, de conformidad con las reglas contenidas en el artículo 39 de la Ley 1151 de 2007 y las demás normas legales y reglamentarias previstas en dicha disposición. La entidad territorial deberá acreditar la normalización del pasivo pensional de sus entidades descentralizadas. // Para el retiro de los recursos de la cuenta en Fonpet de la entidad territorial, que excedan los montos señalados en el presente artículo, se aplicará el procedimiento previsto en el Decreto 4105 de 2004, así como la destinación señalada para los mismos en dicho decreto".



148

(vi) Por lo tanto, los excedentes del sector salud antes mencionados se trasladarían al régimen subsidiado<sup>34</sup> y, acorde con lo dispuesto por el artículo 10 del Decreto 630 de 2016, previo al retiro de los recursos excedentes de las entidades territoriales en el Sector Educación del FONPET, se debía hacer el pago del pasivo pensional de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-.

(vii) Por último, la misma resolución aclaró "(...) *no procede la devolución de recursos de las fuentes del FONPET: Sistema General de Regalías, Código 28 e impuesto de Timbre Nacional, Código 19, dado que estas fuentes tienen destinación exclusiva para el pago de pasivos pensionales de las entidades territoriales, y para su retiro se aplicarán los procedimientos establecidos por las correspondientes cartas circulares*".

(viii) Dicho acto concluyó: "*teniendo en cuenta las consideraciones previas (...) para el caso del municipio de Talaigua- Nuevo, Departamento de Bolívar, la entidad territorial presenta excedente del cubrimiento del pasivo pensional en los siguientes sectores*":

Sector	Excedente neto disponible para retiro
Propósito general	6.955.831.417,68

<sup>34</sup> "*Teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 9 del Decreto 630 de 2016, aplicando el procedimiento previsto por la ley, siguiendo las instrucciones operativas definidas por la Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual procederá a efectuar el giro 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, para que sean aplicados a la respectiva entidad, territorial*".



Con fundamento en el acto proferido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Concejo Municipal de Talaigua Nuevo, expidió el Acuerdo nro. 9, cuya motivación fue la siguiente:

(i) Que el municipio presentó una solicitud de retiro de excedentes del FONPET, para la devolución de los recursos que excedieran el 125% del cubrimiento del pasivo pensional que la entidad tenía acumulados en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales – FONPET.

(ii) En la petición de retiro de recursos de excedentes del FONPET, el representante legal de la entidad territorial autorizó a la Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda hacer el traslado de los recursos excedentes del sector Propósito General a los sectores salud o educación del FONPET en caso que éstos sectores no contaran con las reservas suficientes para financiar el cubrimiento de sus pasivos pensionales, según lo previsto por el artículo 8 del Decreto 630 de 2016.

(iii) La Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público verificó que el Municipio de Talaigua Nuevo del Departamento de Bolívar dio cumplimiento a los requisitos establecidos en los artículos 2 y 3 del Decreto 1308 de 2003, modificados por el Decreto 2029 de 2012 y sus normas complementarias, de conformidad con lo señalado en el párrafo del artículo 13º del Decreto 4105 de 2004, adicionado por el artículo 4o del Decreto 2948 de 2010.

(iv) Una vez verificada la condición de cobertura del pasivo pensional de los sectores del Municipio de Talaigua Nuevo, Departamento de Bolívar, se evidenció:



145

<b>Sector</b>	<b>Pasivo Pensional</b>	<b>Saldo en Cuenta</b>	<b>% de Cobertura</b>
Salud	0,00	1.493.150.006,67	
Educación	1.620.517.145,00	26.160.555,91	1,6%
Propósito General	2.609.716.112,00	12.217.462433,02	468,2%

Acorde con lo anterior, la Sala puede llegar a las siguientes conclusiones:

1. La utilización de los recursos desahorrados del Fondo Nacional de Pensiones Territoriales - FONPET se hizo con fundamento en lo previsto por el artículo 147 de la Ley 1753 de 2015 y el Decreto 630 de 2016<sup>35</sup>; el primero dispuso:

*"ARTÍCULO 147. FINANCIACIÓN DEL PASIVO PENSIONAL DEL SECTOR SALUD CON RECURSOS DEL FONPET Y DESTINACIÓN DE EXCEDENTES. 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 las 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*

<sup>35</sup> "Por el cual se reglamenta el art. 147 de la Ley 1753 de 2015, se adiciona un párrafo al artículo 3 del Decreto N3055 de 2009 y se dictan otras disposiciones".



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.

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 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 para la operación administrativa y financiera del fondo". (Se destaca)

2. El Acuerdo nro. 09 de 2016, ordenó la modificación del presupuesto de ingresos para la vigencia fiscal de 2016, estableciendo en su parte resolutive:

"[...]

ARTÍCULO PRIMERO. Modifíquese el Presupuesto de Ingresos para la vigencia fiscal de 2016, adicionando recursos 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), de acuerdo con las siguientes especificaciones:

CODIGO	DESCRIPCIÓN	VALOR
TIB	INGRESOS DE CAPITAL	8.475.141.976,26
TIB.10 .5	Desahorro y Retiro del FONPET	8.475.141.976,26
TIB. 10.5	Para pago pasivo fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio - FNPSM (FOMAG) SSF	26.160.555,91
<b>TIB.1</b>	<b>Retiro excedente del cubrimiento del</b>	<b>8,448.981.420,35</b>



<b>0.6 Pasivo Pensional</b>		
TÍ.B.I Ó.6.3	Retiro excedente del cubrimiento del Pasivo Pensional (otros recursos diferentes a Loto en Línea) SSF	1.493.150.002,67
TIB. 10.6.7	Reintegro excedente del cubrimiento del 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 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), de acuerdo con las siguientes especificaciones:*

<b>CODIGO</b>	<b>DESCRIPCIÓN</b>	<b>VALOR</b>
TI.B	INGRESOS DE CAPITAL	6.955.831.417,68
TI.B.10	Desahorro y Retiro del FONPET	6.955.831.417,68
TI.B.10.6	Retiro de excedente de cubrimiento de pasivo pensional	6.955.831.417,68

*ARTÍCULO TERCERO: Modifíquese el presupuesto de Gastos para la vigencia fiscal 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:*

<b>CODIGO</b>	<b>DESCRIPCIÓN</b>	<b>VALOR</b>
	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 PÚBLICA	1.493.150.002,67
SUBPROGRAMA 1	REGIMEN SUBSIDIADO	1.493.150.002,67
A.2.1.	Afiliación régimen subsidiado (SSF)	1.493.150.002,67
SECTOR 1:	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:	ALIMENTACIÓN ESCOLAR	100.000.000,00
PROGRAMA 8	MUNICIPIO RIBEREÑO	400.000.000,00
SECTOR 02:	OTRAS INVERSIONES	3.683.196.506,47
PROGRAMA 1:	SISTEMA GENERAL DE REGALÍAS	3.683.196.506,47



*ARTÍCULO CUARTO: El Alcalde Municipal de Talaigua Nuevo Bolívar, cada vez que vaya a realizar por decreto adiciones presupuestales del FONPET deberá pedir autorización al concejo municipal para incorporar recurso al presupuesto municipal vigencia 2016.*

[...]”.

Cabe reiterar por la Sala que atendiendo el inciso final del artículo 147 de la Ley 1753 de 2015, 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.

Adicionalmente, al tenor de lo dispuesto por el 78 de la Ley 715 de 2001<sup>36</sup>, modificado por el artículo 21 de la Ley 1176 de 2007, que se refiere al destino de los recursos de 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*”<sup>37</sup> y el Municipio de Talaigua Nuevo está en la categoría 6, según la clasificación prevista por el artículo 2 de la Ley 617 del 6 de octubre de 2000<sup>38, 39</sup>.

<sup>36</sup> “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”.

<sup>37</sup> Los recursos de propósito general se destinan a financiar la prestación de los servicios públicos que demande la entidad territorial según las competencias asignadas en los diferentes sectores de inversión. Fuente: Departamento Nacional de Planeación. Dirección de Inversiones y Finanzas Públicas. Consulta realizada el 22 de julio de 2019 en la página <https://colaboración.dnp.gov.co/CDT/Inversiones%20y%20finanzas%20pblicas/1%20Distribución%20Sistema%20General%20de%20Participaciones%20-SGP.pdf>.

<sup>38</sup> Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional.

<sup>39</sup> Acorde con la certificación que hizo la Unidad Administrativa Especial Contaduría General de la Nación mediante Resolución, nro. 556 del 28 de noviembre de 2018, “Por la cual se expide la certificación de categorización de las entidades territoriales



197

Radicado: 13001-23-33-000-2017-00883-01  
Solicitante: Eriberto Ospino Quevedo

En consecuencia, la distribución no debía atender lo señalado por el artículo 361 de la Constitución Política como lo indicó la parte actora.

3. Por lo tanto, contrario a lo que afirma el solicitante, comparado el acto expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente a lo que ordenó el Acuerdo nro. 009 de 2016, no se observa que éste haya incumplido las exigencias legales, puesto que el procedimiento aplicable era el señalado por el Decreto 630 de 2016, "por el cual se reglamenta el artículo 147 de la Ley 1753 de 2015, se adiciona un párrafo al artículo 3° del Decreto número 055 de 2009 y se dictan otras disposiciones", el cual dispuso:

"[...]

**Artículo 8°.** *Traslado de recursos del Sector Propósito General para financiar el pasivo pensional de los Sectores Salud y/o Educación del Fonpet. Una vez registrado el pasivo pensional por sector en el Sistema de Información del Fonpet, las entidades territoriales podrán autorizar el traslado de los recursos del Sector Propósito General a los Sectores Salud y/o Educación del Fonpet, cuando estos últimos no cuenten con los recursos suficientes para atender sus pasivos pensionales.*

*El traslado de los recursos del Sector Propósito General aplicará únicamente para las entidades territoriales que hayan alcanzado el cubrimiento del pasivo pensional de dicho sector, el cual se realizará con base en el monto de recursos registrados en el Sistema de Información del Fonpet a 31 de diciembre de la vigencia inmediatamente anterior.*

*Los recursos trasladados podrán ser utilizados por las entidades territoriales durante la misma vigencia en la cual se efectúe el traslado, para el cumplimiento de las obligaciones por concepto del saldo de la deuda establecido en el artículo 18 de la Ley 715 de 2001, en el caso del Sector Educación, y para el pago del pasivo pensional del Sector Salud, en los términos del presente decreto.*

*Parágrafo. Si una vez cubierto el pasivo pensional de los Sectores Salud y Educación, llegaran a presentarse saldos no requeridos de los recursos trasladados provenientes del Sector Propósito General, la Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, realizará por cada*

*(Departamentos, Distritos y Municipios) conforme a lo dispuesto en las Leyes 136 de 1994, 617 de 2000 y 1551 de 2012".*

Calle 12 No. 7-65 - Tel: (57-1) 350-6700 - Bogotá D.C. - Colombia  
[www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co)



entidad territorial el traslado de estos recursos al Sector Propósito General en el Fonpet.

**Artículo 9º.** Procedimiento para realizar el giro de los recursos excedentes acumulados en el Sector Salud del Fonpet, diferentes a los de Lotto en Línea. Las entidades territoriales que no tengan obligaciones pensionales con el Sector Salud o que las tengan plenamente financiadas, destinarán los recursos excedentes acumulados en el Sector Salud del Fonpet, diferentes a los de Lotto en Línea, exclusivamente para el financiamiento del Régimen Subsidiado.

Para estos efectos, se aplicará el procedimiento previsto por la ley, siguiendo las instrucciones operativas definidas por la Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual procederá a efectuar el giro 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, para que sean aplicados a la respectiva entidad territorial.

A su vez, cuando las entidades territoriales tienen pasivo pensional con el Sector Salud, pero se encuentra plenamente financiado, la entidad territorial presentará solicitud de retiro de los recursos excedentes acumulados en el Sector Salud del Fonpet, diferentes a los de Lotto en Línea, a la Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien la revisará, y si la encuentra conforme a las normas vigentes, autorizará el giro de estos recursos excedentes 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, con base en el monto de recursos acumulados en el Sistema de Información del Fonpet a 31 de diciembre de la vigencia anterior.

**Artículo 10.** Retiro de los recursos excedentes acumulados en el Sector Educación del Fonpet. Las entidades territoriales que no tengan obligaciones pensionales con el Sector Educación o que las tengan plenamente financiadas, en los términos del artículo 17 del Decreto número 4105 de 2004, una vez trasladados los recursos al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag), destinarán los recursos excedentes acumulados en el Sector Educación del Fonpet para la financiación de proyectos de inversión y atenderá la destinación específica de la fuente de que provengan estos recursos.

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



**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. [...]" (se destaca)*

4. Ahora bien, tampoco puede perderse de vista que fue el mismo Ministerio de Hacienda y Crédito Público el que autorizó el retiro de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales-FONPET al citado municipio, por lo que el acuerdo aprobado por los concejales acusados lo que hizo fue proceder conforme a las autorizaciones dadas por la autoridad competente.

5. De otra parte, en lo atinente al Decreto Municipal nro. PM 015 del 15 de diciembre de 2016, por medio del cual el Alcalde de Talaigua Nuevo, Bolívar, hizo unas incorporaciones al Presupuesto de Rentas e Ingresos y Apropriaciones para gastos en la vigencia fiscal 2016 por la suma de \$ 8.475.141.976<sup>40</sup>; téngase en cuenta que el artículo 315 de la Constitución Política prevé que son funciones del alcalde, entre otras:

*"Artículo 315.- Son atribuciones del alcalde:*

*(...)*

*3. Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo.*

*(...)*

*5. Presentar oportunamente al Concejo los proyectos de acuerdo sobre planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas, presupuesto anual de rentas y gastos y los demás que estime convenientes para la buena marcha del municipio.*

*(...)"*

<sup>40</sup> Folios 28 a 32 cuaderno principal.



En consecuencia, la Sala precisa que el hecho de que el Acuerdo Municipal nro. 009 de 2016 haya indicado que cada vez que el Alcalde Municipal de Taliagua Nuevo hiciera por decreto adiciones presupuestales del FONPET debía pedir autorización al concejo municipal para incorporar recursos al presupuesto municipal de la vigencia 2016, y que el Alcalde haya hecho unas incorporaciones al presupuesto de rentas, ingresos y apropiaciones para gastos en dicha vigencia, por la suma de \$ 8.475.141.976<sup>41</sup>, no puede comprometer la responsabilidad de los miembros del concejo.

Por lo anotado, es dable concluir que no es cierto que al aprobar el Acuerdo nro. 09 de 2016 los concejales acusados hayan destinado y distribuido indebidamente los recursos: (i) del Sistema General de Regalías devueltos al Municipio de Taliagua Nuevo, Bolívar, por parte del Ministerio de Hacienda, (ii) ni los recursos de propósito general del Sistema General de Participaciones devueltos por el citado Ministerio.

En conclusión, habida cuenta que no se probó una injustificada destinación de dineros públicos, es dable concluir que el elemento objetivo no se configura y ello releva a la Sala de analizar el aspecto subjetivo de la conducta.

Por las razones explicadas, la Sala confirmará la decisión proferida por el Tribunal de instancia, que denegó las pretensiones de la demanda.

Por último, se advierte que el memorial radicado el 6 de febrero del año en curso por el profesional del derecho Vinicio de Jesús Tafur Díaz<sup>42</sup>, quien actúa como apoderado de los concejales Helio Martínez Mancera, José Pedrozo Castillo, Segundo Benigno de la Peña Bastidas, Jairo Ramos Perruelo, Jesús David Zamora Arrieta y Apolonides Charris

<sup>41</sup> Folios 28 a 32 cuaderno principal.

<sup>42</sup> Folio 116 cuaderno apelación.



Urbina, mediante el cual manifiesta "renuncio al poder dado por los señores concejales relacionados anteriormente debido a compromisos de carácter personales (sic)", no cumple con los requisitos señalados por el artículo 76 del Código General del Proceso<sup>43</sup>, por no estar acompañada de la comunicación enviada a los poderdantes.

**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,**

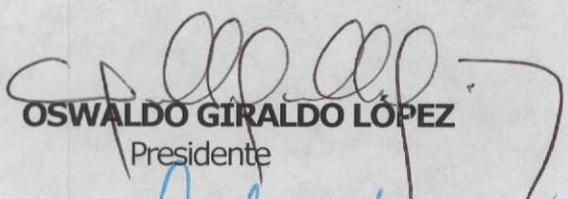
**FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 7 de marzo de 2018, por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

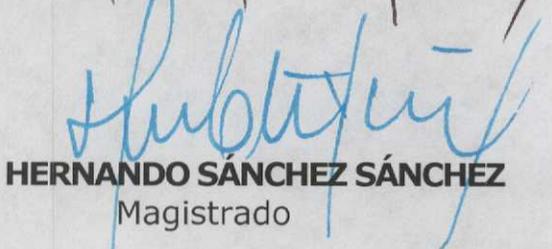
**SEGUNDO:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,**

  
**OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**  
Presidente

  
**NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN**  
Magistrada

  
**HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**  
Magistrado

  
**ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**  
Magistrado

<sup>43</sup> "ARTÍCULO 76. TERMINACIÓN DEL PODER. El poder termina con la radicación en secretaría del escrito en virtud del cual se revoque o se designe otro apoderado, a menos que el nuevo poder se hubiese otorgado para recursos o gestiones determinadas dentro del proceso. (...) La renuncia no pone término al poder sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia en el juzgado, acompañado de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido. (...)" (se destaca).