

PERDIDA DE INVESTIDURA – Indebida destinación de dineros públicos

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. Como ya fue explicado y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, 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 Constitucional 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, pero en el presente caso, pese a existir una transferencia de recursos a una persona jurídica de derecho privado, la partida se destinó con un propósito o beneficio social definido, esto es, en favor del adulto mayor que se encuentra en estado de situación de pobreza, el cual encuadra dentro de las excepciones que se legitiman dentro del marco de un Estado Social de Derecho, protegidos por la Constitución Política.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 312 / LEY 136 DE 1994 - ARTICULO 55 / LEY 617 DE 2000 – ARTICULO 48

NOTA DE RELATORIA: Indebida destinación de dineros públicos, Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de 3 de octubre de 2000, Rad. AC-10529 y AC-10968, MP. Darío Quiñones Pinilla.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-37-000-2013-00008-01(PI)

Actor: LUIS ALFONSO BERMUDEZ CEDANO

Demandado: JHON JAMES BELTRAN BARRAGAN, JUAN CARLOS CASASBUENAS RODRIGUEZ, GIOVANNI RAMIREZ FULA, JOHANNA NIETO MURCIA, GILBERTO BELTRAN ZABALA, ROBINSON RAMOS CASTILLO, MARTHA LUCIA GARCIA MORENO Y JORGE AVELINO ROLDAN

Referencia: APELACION SENTENCIA – PERDIDA DE INVESTIDURA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 4 de marzo de 2013, que negó la pérdida de la investidura de los ciudadanos Jhon James Beltrán Barragán, Juan Carlos Casasbuenas Rodríguez, Giovanni Ramírez Fula, Johanna Nieto Murcia, Gilberto Beltrán Zabala, Robinson Ramos Castillo, Martha Lucía García Moreno y Jorge Avelino Roldan como Concejales del municipio de Guaduas, para el período 2008-2011.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El ciudadano Luís Alfonso Bermúdez Cedano solicitó el 16 de enero de 2013 la pérdida de investidura de los Concejales Jhon James Beltrán Barragán, Juan Carlos Casasbuenas Rodríguez, Giovanni Ramírez Fula, Johanna Nieto Murcia, Gilberto Beltrán Zabala, Robinson Ramos Castillo, Martha Lucía García Moreno y Jorge Avelino Roldan, con los siguientes fundamentos:

1.1. La causal invocada

Se imputa a los demandados la causal establecida en el numeral 4° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, que preceptúa:

“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.”.

1.2. Hechos

En los comicios de octubre de 2007, los ciudadanos Jhon James Beltrán Barragán, Juan Carlos Casasbuenas Rodríguez, Giovanni Ramírez Fula, Johanna Nieto Murcia, Gilberto Beltrán Zabala, Martha Lucía García Moreno, Jorge Avelino Roldan y Robinson Ramos Castillo, resultaron elegidos Concejales del municipio de Guaduas, para el período constitucional 2008-2011.

Mediante Acuerdo No 13 de 2011 (4 de diciembre), el Concejo municipal aprobó *“el presupuesto general de rentas y gastos del municipio de Guaduas Cundinamarca para la vigencia fiscal comprendida entre el primero de enero al treinta y uno de diciembre del año 2012”*, incluyendo dentro del presupuesto de inversión una partida presupuestal con código 140, por un valor de \$24.000.000.00 para la compra de terreno, diseños, construcción y dotación del hogar geriátrico para el adulto mayor ASOAMA de Puerto Bogotá.

El actor sostuvo que los demandados incurrieron en la causal de pérdida de investidura establecida en el numeral 4 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, por haber destinado indebidamente dineros públicos, al decretar la partida la partida presupuestal con código 140 del presupuesto general de rentas y gastos del municipio de Guaduas, a una persona jurídica sin ánimo de lucro como los es ASOAMA, violando lo establecido en el artículo 355 de la Constitución Política.

Al respecto, indicó que el artículo 355 de la Constitución Política prohíbe que cualquier órgano o autoridad estatal decrete auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de carácter privado.

Por lo tanto, reiteró que los concejales demandados no podían decretar una partida presupuestal a ASOAMA, por tratarse de una persona jurídica sin ánimo de lucro.

2. LA CONTESTACIÓN

El Concejal Robinson Ramos Castillo en nombre propio y actuando como apoderado de los Concejales Jhon James Beltrán Barragán, Juan Carlos Casasbuenas Rodríguez, Giovanni Ramírez Fula, Johanna Nieto Murcia, Gilberto Beltrán Zabala, Martha Lucía García Moreno y Jorge Avelino Roldan se opuso a las pretensiones de la demanda y manifestó que si bien es cierto, el 30 de noviembre de 2011 se aprobó el proyecto de Acuerdo No 13, *“por medio del cual se expide el presupuesto general de rentas y gastos del municipio de Guaduas Cundinamarca para la vigencia fiscal comprendida entre el primero de enero al treinta y uno de diciembre de 2012”*, en el cual se incluyó una partida presupuestal destinada a la *“compra de terreno, diseños, construcción y dotación Hogar Geriátrico Adulto Mayor ASOAMA de Puerto Bogotá”*, ésta última se incluyó en el presupuesto de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política.

Señaló que la partida presupuestal no se enmarca en los supuestos de indebida destinación de dineros públicos, pues se asignó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la Constitución Política y en el Plan de Desarrollo del municipio, cuyo objetivo general era elevar los niveles de educación, salud, vivienda digna y seguridad alimentaria para la población dando prioridad a los grupos en condiciones de vulnerabilidad entre ellos los adultos mayores.

Al respecto, indicó que la prohibición de transferir recursos públicos a favor de particulares o de entidades de naturaleza mixta no es absoluta, pues ésta es válida cuando su finalidad es desarrollar y aplicar principios constitucionales como el desarrollo de programas a favor de personas que se encuentren en situación de debilidad manifiesta.

Puso de presente que la mencionada partida presupuestal no se ha ejecutado, por lo tanto los dineros que señala el actor no han sido destinados indebidamente puesto que nunca han salido del erario.

3. LA AUDIENCIA

El 19 de febrero de 2013, se celebró la audiencia pública con la asistencia del Procurador 11 Judicial Administrativo ante el Tribunal y los apoderados de la parte demandada y del actor, respectivamente.

4.1. El actor y los demandados reiteraron los argumentos expuestos en la demanda y en la contestación de la demanda respectivamente.

4.2. El Procurador 11 Judicial Administrativo ante el Tribunal manifestó que la prohibición establecida en el artículo 355 de la Constitución Política no es absoluta, en tanto que la misma norma tiene previsto en el segundo inciso, que pueden otorgarse recursos a particulares mediante contratos que busquen impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan de Desarrollo correspondiente.

Señaló que el proyecto de presupuesto del municipio de Guaduas fue presentado por el Alcalde y no existe prueba que demuestre que los concejales demandados hayan incluido o modificado la partida presupuestal fundamento de la solicitud de pérdida de investidura. En ese sentido afirmó que los Concejales no son ordenadores del gasto y, por lo tanto, no podrían perder la investidura.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de 4 de marzo de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó la pérdida de investidura de los ciudadanos Jhon James Beltrán Barragán, Juan Carlos Casasbuenas Rodríguez, Giovanni Ramírez Fula, Johanna Nieto Murcia, Gilberto Beltrán Zabala, Robinson Ramos Castillo, Martha Lucía García Moreno y Jorge Avelino Roldan como concejales del municipio de Guaduas, por considerar que no se configuró la causal de pérdida de investidura establecida en el numeral 4° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

Sostuvo que si bien es cierto el artículo 355 de la Constitución Política prohíbe por regla general a los órganos del poder público decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, dicha norma permite expresamente al Gobierno en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal, celebrar contratos con entidades sin ánimo de lucro con la finalidad de impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo a lo previsto en el correspondiente Plan de Desarrollo.

Afirmó que conforme a los artículos 1°, 2°, 13, 46 y 313 de la Constitución Política, las Leyes 1251 de 2008 y 1276 de 2009, el Estado tiene la obligación de promover las condiciones para que exista una igualdad real y efectiva y se tomen las medidas necesarias a favor de grupos discriminados, marginados o en debilidad manifiesta, como es el caso de las personas de la tercera edad.

Indicó que la partida presupuestal destinada a la *“compra de terreno, diseños, construcción y dotación Hogar Geriátrico Adulto Mayor ASOAMA de Puerto Bogotá”* tiene sustento constitucional y legal, pues se dirige al sector vulnerable de los adultos mayores en estado de pobreza y tiene como objeto ayudarle a mejorar su calidad de vida y ayudarles a sobrellevar sus necesidades.

Señaló que si bien es cierto que la partida presupuestal está dirigida a una persona jurídica sin ánimo de lucro de derecho privado, como lo es la Asociación del Adulto Mayor – ASOAMA de Puerto Bogotá, su finalidad es cubrir las necesidades de los adultos mayores que son sujetos de especial protección por parte del Estado, por lo cual dicha asignación de dinero cumple con los requisitos establecidos en el artículo 355 de la Constitución Política.

Puso de presente que según lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 315 de la Constitución Política, el Alcalde presentó el proyecto de Acuerdo que contenía el presupuesto de ingresos y gastos del municipio de Guaduas para la buena marcha del mismo, en el que se incluyó la partida presupuestal destinada a ASOAMA, la cual no fue modificada por parte del Concejo.

Finalmente, afirmó que no existe prueba que demuestre que los concejales demandados actuaron de mala fe o tuvieron la intención de transgredir lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política.

III. LA IMPUGNACIÓN

El actor solicitó revocar la sentencia apelada y, en su lugar, acceder a las súplicas de la demanda.

Señaló que uno de los ejes estratégicos del Plan de Desarrollo 2008 – 2011 del municipio era la atención integral al adulto mayor, mediante acciones como la de construir, ampliar y dotar los hogares de paso de carácter oficial, sin incluir los hogares geriátricos de propiedad de personas jurídicas de derecho privado.

Indicó que los concejales demandados, al aprobar la correspondiente partida presupuestal, violaron lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política al otorgar un beneficio a una persona jurídica de derecho privado, pese a que dicha norma lo prohíbe.

Manifestó que los demandados pretenden revivir la figura del auxilio parlamentario mediante la relativización de la prohibición contenida en el artículo 355 de la Constitución Política, pues los Concejos tienen la competencia para decretar partidas de carácter genérico conforme a los programas del Plan de Desarrollo y no para decretar partidas del presupuesto que favorezcan a personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro.

Asimismo, afirmó que la excepción establecida en el artículo 355 de la Constitución Política aplica únicamente para los casos en que el Estado se asocia con particulares mediante la celebración de contratos o convenios; sin prever la

posibilidad de asignar partidas presupuestales a personas jurídicas de derecho privado.

Indicó que la no ejecución del rubro presupuestal no exime de responsabilidad a los demandados por indebida destinación de dineros públicos, pues éstos aprobaron la partida presupuestal y por lo tanto destinaron dineros públicos a favor de una fundación de naturaleza privada.

Adujo que la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos se configura independientemente de que la partida presupuestal no se haya ejecutado.

IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

4.1. El actor y el apoderado de los demandados reiteraron los argumentos expuestos en el recurso de apelación y en la contestación de la demanda, respectivamente.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa manifiesta que debe confirmarse la providencia recurrida, toda vez que los Concejales demandados no incurrieron en la causal de pérdida de investidura establecida en el numeral 4 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

Al respecto, señala que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado para que se configure la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos, los demandados en ejercicio de sus facultades deben destinar dineros a objetos, actividades o propósitos no autorizados; o otros autorizados, pero diferentes a aquellos para los cuales se encuentren asignados; o cuando se destinan recursos a materias expresamente prohibidas, no necesarias o injustificadas; o cuando la finalidad es obtener un incremento patrimonial para sí mismo o terceros, circunstancias que no se dan en el presente caso.

Respecto de la prohibición contenida en el artículo 355 de la Constitución Política, indica que conforme a lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-324 de 2009, la prohibición no es absoluta, pues es permitido realizar dichas erogaciones a título gratuito, si su finalidad es desarrollar los deberes y finalidades

sociales del Estado para lograr el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país.

Asimismo, sostiene que la asignación de recursos para las personas de la tercera edad tiene una finalidad constitucionalmente válida, pues es obligación del Estado Colombiano promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, adoptando medidas a favor de grupos marginados y discriminados.

Finalmente, afirma que no se viola el principio de igualdad, pues no obra prueba en el expediente que demuestre que existen otras personas jurídicas que desarrollen la misma actividad que ASOAMA y que puedan verse afectadas por la asignación de tales recursos a dicha sociedad sin ánimo de lucro.

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

[...]

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 Guaduas, ostentada por los ciudadanos Jhon James Beltrán Barragán, Juan Carlos Casasbuenas Rodríguez, Giovanni Ramírez Fula, Johanna Nieto Murcia, Gilberto Beltrán Zabala, Robinson Ramos Castillo, Martha Lucía García Moreno y Jorge Avelino Roldan, para el período 2008-2011 (folios 14- 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 ha definido. En efecto, en sentencia de 3 de octubre de 2000¹ 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

¹ C.P. Dr. Darío Quiñones Pinilla. Expediente AC-10529 y AC-10968. Actores Emilio Sánchez Alsina y Pablo Bustos Sánchez.

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 Jhon James Beltrán Barragán, Juan Carlos Casasbuenas Rodríguez, Giovanni Ramírez Fula, Johanna Nieto Murcia, Gilberto Beltrán Zabala, Robinson Ramos Castillo, Martha Lucía García Moreno y Jorge Avelino Roldan están incurso en esta causal, por haber expedido el Acuerdo No. 13 de 4 de diciembre de 2011, *“por medio del cual se expide el presupuesto general de rentas y gastos del municipio de Guaduas Cundinamarca para la vigencia fiscal comprendida entre el primero de enero al treinta y uno de diciembre del año 2012”* y haber aprobado una partida presupuestal de \$24'000.000,00 correspondiente al No. 140, cuyo concepto es *“compra de terreno, diseños, construcción y dotación hogar geriátrico adulto mayor ASOAMA de Puerto Bogotá.”*

Se afirma en la demanda que los concejales incurrieron en indebida destinación de dineros públicos, al aprobar esta partida a una persona jurídica sin ánimo de lucro, utilizando dineros públicos para fines o propósitos distintos a los pretendidos en el ordenamiento jurídico, pues el artículo 355 de la Constitución Política lo prohíbe.

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 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 linderó 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 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 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.”

La Sala comparte el espíritu de la voluntad explícita de la Constitución de 1991 al proscribir del sistema político los auxilios parlamentarios, precisamente por el grado de corrupción existente en la política del país; pero respetuosa del orden jurídico, la Sala acata la sentencia de la Corte Constitucional, la cual revive la figura de estos auxilios parlamentarios.

Obra en el expediente copia del Acuerdo No. 13 de 4 de diciembre de 2011 folio 40) “*por medio del cual se expide el presupuesto general de rentas y gastos del municipio de Guaduas Cundinamarca para la vigencia fiscal comprendida entre el primero de enero al treinta y uno de diciembre del año 2012*”. El artículo 2º del Acuerdo 13 señala:

“ARTÍCULO 1º.- Que el Concejo Municipal de Guaduas Cundinamarca a iniciativa del Alcalde Municipal debe expedir el Acuerdo de Presupuesto General de Rentas y Gastos, para la vigencia fiscal del año 2012.

ARTÍCULO 2º.- Que en efecto el Alcalde Municipal de Guaduas Cundinamarca de conformidad con el artículo 91 numeral 3 de la Ley 136 de 1994, artículo 266 del Decreto Ley 133 de 1986 y las normas previstas en el Decreto 111 de 1996 por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 Estatuto Orgánico de Presupuesto, presentó a consideración del Concejo Municipal el correspondiente Proyecto de Presupuesto.”

Dentro del presupuesto de inversión vigencia 2012 presentado por el Alcalde se encuentra la partida 140 cuyo concepto es “COMPRA DE TERRENO, DISEÑOS, CONSTRUCCIÓN Y DOTACIÓN HOGAR GERIATRICO ADULTO MAYOR ASOAMA DE PUERTO BOGOTA”, por un valor de veinticuatro millones de pesos (\$24'000.000,00).

También obra el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Honda (folio 91), mediante el cual certifica que la ASOCIACIÓN DEL ADULTO MAYOR “ASOAMA” es una entidad sin ánimo de lucro, domiciliada en Guaduas y cuyo objeto es el siguiente:

“A) Preparar a toda la comunidad para que participen en las actividades

que beneficien a los adultos mayores, con preferencia a los demás desprotegidos. B) Organizar en forma debida a todos los adultos mayores que sean pobres de solemnidad, para que tengan una mejor vida y así ayudarles a sobrellevar sus necesidades. **C) Asumir la vocería de todos los adultos mayores pobres, ante los organismos de orden municipal, departamental, nacional e internacional con el fin de obtener recursos, bienes y servicios que permitan el desarrollo productivo de los adultos.** D) Establecer planes y programas para el cumplimiento de los objetivos de la institución.” (negrilla fuera de texto)

En la parte segunda del Plan de Desarrollo Municipal de Guaduas (folio 115), denominado “Guaduas Renovado Una Administración con Sentido Social”, se encuentra el eje estructural desarrollo integral del ser humano, cuyo objetivo general es: *“garantizar la adopción de las condiciones necesarias, para que la comunidad tenga acceso efectivo a los derechos económicos, sociales y culturales, con el firme propósito de mejorar la calidad de vida, disminuir los índices de pobreza y hambre (ODM), reducir los niveles de necesidades básicas insatisfechas, apoyar el desarrollo autónomo y solidario, donde se tenga prioridad para las personas, grupos y comunidades en situación de pobreza y vulnerabilidad.”*

Asimismo, dentro de los componentes del eje estructural desarrollo integral del ser humano del Plan de Desarrollo del Municipio de Guaduas (folio 163), se encuentra el “ADULTO MAYOR” cuyos objetivos específicos son:

- “- Incentivar una cultura de respeto, solidaridad y apoyo mutuo entre generaciones, donde el envejecimiento y la vejez sean considerados como símbolo de experiencia y sabiduría para eliminar la discriminación por motivos de edad.
- Ofrecer protección y servicios de atención social integral mediante programas de integración y bienestar social a la población adulta mayor en el municipio.
- Incentivar el fortalecimiento de la estructura familiar.
- Desarrollar programas y proyectos productivos para el adulto mayor, por medio de los cuales puedan desarrollar sus habilidades y de enseñanza a las nuevas generaciones. (...)”

Está probado, entonces, que el Concejo Municipal de Guaduas expidió el presupuesto general de rentas y gastos del municipio para la vigencia fiscal comprendida entre el 1º de enero al 31 de diciembre de 2012 y dentro del presupuesto de inversión se encuentra la partida 140, cuyo concepto es

“COMPRA DE TERRENO, DISEÑOS, CONSTRUCCIÓN Y DOTACIÓN HOGAR GERIATRICO ADULTO MAYOR ASOAMA DE PUERTO BOGOTA”, por un valor de veinticuatro millones de pesos (\$24'000.000,00).

También está probado que dentro del objeto de ASOAMA como entidad sin ánimo de lucro, es asumir la vocería de todos los adultos mayores pobres, ante los organismos de orden municipal, con el fin de obtener recursos, bienes y servicios que permitan el desarrollo productivo de los adultos.

Como ya fue explicado y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, 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 Constitucional 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, pero en el presente caso, pese a existir una transferencia de recursos a una persona jurídica de derecho privado, la partida se destinó con un propósito o beneficio social definido, esto es, en favor del adulto mayor que se encuentra en estado de situación de pobreza, el cual encuadra dentro de las excepciones que se legitiman dentro del marco de un Estado Social de Derecho, protegidos por la Constitución Política.

Así las cosas, es evidente que no están demostrados los supuestos de hecho de la configuración de la indebida destinación de dineros públicos prevista en el artículo 48, numeral 4, de la Ley 617 de 2000, de donde las pretensiones de la demanda carecen de fundamento jurídico, debiéndose, entonces, confirmar la sentencia apelada.

Fuerza es, entonces confirmar la sentencia apelada.

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 :

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Tribunal de Cundinamarca el 4 de marzo de 2013.

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
Presidente
Con aclaración de voto

MARÍA ELIZABETH GARCÍA
GONZÁLEZ
Con aclaración de voto

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA
Con aclaración de voto

**ACLARACIÓN DE VOTO
DOCTA MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ**

**REF: Expediente núm. 2013-00008-01.
Actor: LUÍS ALFONSO BERMÚDEZ CEDANO.**

Si bien compartí la decisión mayoritaria que confirmó la sentencia de 4 de marzo de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó la pérdida de investidura de los Concejales del Municipio de Guaduas, elegidos para el período 2008-2011, estimo que se ha debido dejar consignado expresamente en la providencia objeto de aclaración, que resulta acertada la afirmación del actor al expresar, en el recurso de apelación, que se está reviviendo la figura del auxilio

parlamentario mediante la relativización de la prohibición contenida en el artículo 355 de la Constitución Política, por parte de la Corte Constitucional.

En efecto, la Corte Constitucional en el fallo C-324 de 13 de mayo de 2009, que sirvió de fundamento a la decisión confirmatoria, luego de hacer un recuento de la evolución jurisprudencial de dicha Corporación frente a la prohibición contenida en el artículo 355 de la Constitución Política, encontró que varias de las disposiciones de la Carta permitían la transferencia gratuita de bienes estatales a particulares, siempre y cuando no se tratara de un acto de mera liberalidad del Estado; y que no se contraría la norma cuando la donación **alberga una finalidad estrictamente altruista y benéfica dirigida a alentar una actividad de interés público a través de entidades sin ánimo de lucro.**

Significa lo precedente que para la Corte Constitucional, si hay de por medio un fin altruista, se permiten las donaciones, siendo que el texto del artículo 355 Constitucional es diáfano en prohibirlas, sin hacer excepción alguna.

Fecha ut supra,

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Consejera

ACLARACION DE VOTO
DOCTOR MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil trece (2013)

REF: Expediente núm. 2013-00008-01
Pérdida de Investidura de Concejal.
Actor: LUIS ALFONSO BERMÚDEZ CEDANO.

Mi respetuosa aclaración de voto se circunscribe a lo siguiente:

Ante todo, reconozco que comparto la decisión adoptada por la Sala consistente en la confirmación de la sentencia recurrida en apelación, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó la pérdida de investidura de los concejales demandados del Municipio de Guaduas.

Asimismo, comparto el planteamiento referente a que la partida presupuestal aprobada en el Acuerdo No. 13 de 4 de diciembre de 2011 a favor del hogar geriátrico ASOAMA de Puerto Boyacá, no constituyó una indebida destinación de dineros públicos en contravención del artículo 355 de la Constitución Política, y por ende, la misma no configuró la causal de pérdida de investidura de que trata el artículo 48 numeral 4º de la Ley 617 del 2000.

En concordancia con lo anotado, estimo, además, acertada la invocación a la jurisprudencia constitucional que expone los razonamientos referentes a que los auxilios o donaciones cuya prohibición se consagra en el artículo 355 de la C.P., no ha de estimarse absoluta, pues la misma debe admitir excepciones cuya legitimación se explica en la noción de Estado Social de Derecho, a fin de que

ellas sirvan para la destinación de recursos a favor de sectores especialmente protegidos por la Constitución Política, como en efecto, corresponde a la población adulta mayor en situación de pobreza.

Sin embargo, debo manifestar que la afirmación contenida en el pronunciamiento del cual aclaro mi voto, referente a que la Sentencia C-324 de 2009, revivió la figura de los auxilios parlamentarios, resulta, a mi juicio, apartada de los postulados que gobiernan el alcance que corresponde a los pronunciamientos de constitucionalidad proferidos por ese Tribunal, y principalmente, en lo que respecta a su función interpretativa de las normas constitucionales.

En efecto, es claro que en virtud de la condición de intérprete autorizado que atañe a la Corte Constitucional², compete a ella determinar las reglas jurisprudenciales referentes al ámbito de aplicación de las disposiciones constitucionales, a fin de facilitar al operador jurídico el acudir a ellas cuando quiera que, frente a diversas situaciones de hecho, resulte preciso su acatamiento práctico. Ahora, tal función responde al claro propósito referente a que la Constitución Política resulte aplicable con un sentido garantista de los derechos fundamentales de las personas y de su dignidad humana, por atender ello a las finalidades propias del Estado Social de Derecho inmersas en la Carta Política.

En este orden, no considero admisible que el ejercicio de la función interpretativa atribuida a la Corte Constitucional, comporte la factibilidad de revivir la existencia de figuras jurídicas proscritas expresamente por la Constitución Política, como son los auxilios de que trata el artículo 335 Superior.

Así las cosas, estimo que los mencionados auxilios se hallan vedados constitucionalmente en virtud de la norma en comento, no obstante haber sido tal prohibición morigerada por la Corte Constitucional, con evidente sentido proteccionista y garantista de los fines sociales del Estado, según manifiesta el Alto Tribunal en la Sentencia C-324 de 2009.

De este modo, la invocación a la sentencia constitucional referenciada en el fallo objeto de aclaración, sin duda se ajusta al caso decidido en la medida en que, con fundamento en ella, la Sala concluyó que la partida presupuestal aprobada por el Concejo de Guaduas obedece a propósitos sociales proteccionistas permitidos por la Constitución Política, en aplicación de una legítima moderación de la prohibición prevista en el artículo 335 de la C.P. Sin embargo, tal aceptación no implica el suponer que los auxilios parlamentarios se hallen permitidos a partir del entendimiento proporcionado a la Sentencia C-324 de 2009, pues ello equivaldría a admitir que un fallo interpretativo de la Corte Constitucional varíe lo dispuesto constitucionalmente en materia de conductas prohibitivas, como la referente a los auxilios o donaciones parlamentarias.

Por lo anotado, aclaro mi voto para precisar que aun cuando me adhiero a la decisión de la Sala, no comparto el planteamiento según el cual la Sentencia C-324 de 2009 revivió los auxilios parlamentarios pues este fallo, reitero, determinó el marco de aplicación del artículo 335 de la C.P. en función de los fines constitucionales asociados al bienestar social consagrados en la Carta Política, como resultado del ejercicio de la función interpretativa que corresponde a la Corte Constitucional, cuyo alcance se explicó anteriormente.

² Léase el Auto 256 de 2009, proferido por la Corte Constitucional, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Cordialmente,

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Consejero

ACLARACION DE VOTO
DOCTOR GUILLERMO VARGAS AYALA

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA
Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso.

Radicación: **2013 - 00008**

Actor: Luis Alfonso Bermúdez Cedano.

Si bien comparto la decisión adoptada por la Sala dentro del proceso de la referencia, estimo necesario hacer claridad frente algunos de sus argumentos.

En efecto, resulta acertado sostener, tal y como lo hace la Sala, que el artículo 355 de la Constitución Política contiene una clara prohibición para que los órganos del Estado destinen recursos en favor de particulares como un acto de mera liberalidad.

Sin embargo, se debe precisar que la que las autoridades a cuyo cargo están las actuaciones para el cumplimiento de los fines del Estado, pueden y deben asignar recursos y bienes a sectores especialmente protegidos por la Constitución Política, todo esto como materialización de los objetivos fijados al Estado Social de Derecho.

En ese contexto, la transferencia gratuita de bienes estatales es posible siempre que obedezca al cumplimiento de los expresos deberes constitucionales que aseguran la igualdad material y el cumplimiento de los anhelos de la Constitución Política de 1991.

Bajo estas premisas, la decisión adoptada por el Concejo Municipal de Guaduas se destaca como una medida dirigida a favorecer un sector especialmente protegido, tal y como lo es el formado por personas de la terceras edad.

Con todo respeto,

GUILLERMO VARGAS AYALA

Fecha *ut supra*.