

PERDIDA DE INVESTIDURA – Noción – Indebida destinación de dineros públicos

En este orden, la competencia que el Estatuto de Contratación le atribuye a los alcaldes como jefes de las entidades territoriales para contratar, en armonía con el reparto de competencias entre concejos y alcaldes, prevé la existencia de una autorización para contratar por parte de los concejos municipales. Entonces, la facultad que tienen los Concejos Municipales consistente en autorizar la celebración de contratos por parte de los alcaldes, constituye una excepción toda vez que dicha atribución no comprende todos los contratos que deba suscribir el alcalde, sino los que tal corporación disponga en forma razonable, mediante un reglamento y de conformidad con la Constitución Política. Los Concejos no pueden entrar a establecer procedimientos de selección, normas generales aplicables a los contratos, entre otros, puesto que ello forma parte del núcleo propio del Estatuto de Contratación. Para la Sala, el hecho de que el Concejo Municipal de Sampedra hubiera autorizado al Alcalde mediante los Acuerdos No. 001 de 15 de marzo y 006 de 30 de mayo de 2011, para la celebración de los contratos estatales y/o convenios interadministrativos con entidades públicas o privadas del orden nacional, departamental, local e internacional, para cumplir con los planes, programas y proyectos identificados en el Plan Desarrollo Municipal 2008-2011; no es una conducta que constituya por sí sola el supuesto fáctico de la causal de indebida destinación de dineros públicos, pues no implica distorsión de las finalidades del gasto. Los Concejales demandados no incurrieron en indebida destinación de dineros públicos, pues sus actuaciones se limitaron a autorizar al Alcalde para que celebrara contratos o convenios interadministrativos, sin precisar el objeto o finalidad, lo cual escapa al arbitrio de sus competencias.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de dos mil trece (2013)

Radicación número: 70001-23-31-000-2012-00006-01(PI)

Actor: DAGOBERTO EMILIANI VERGARA

Demandado: MARITZA MADRID DE MONTES Y OTROS

Referencia: APELACION SENTENCIA – PERDIDA DE INVESTIDURA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del actor contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Sucre, el 28 de junio de 2012, que negó la pérdida de investidura de los ciudadanos Maritza Madrid de Montes, Vilma Álvarez Reyes, Sayra Vergara Pérez, Alberto Álvarez, Luis Almanza Amanza, Diana Pinzón Fonseca, Víctor Alonso Vergara Romero, Rosalba Cury Rivero, Roberto Carlos Hernández Acuña y Alejandro Sierra Marzán, como Concejales del municipio de Sampedra, para el período 2008-2011.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

El ciudadano DAGOBERTO EMILIANO VERGARA, solicitó el 11 de enero de 2012 la pérdida de investidura de los señores Maritza Madrid de Montes, Vilma Álvarez Reyes, Sayra Vergara Pérez, Alberto Álvarez, Luis Almanza Amanza, Diana Pinzón Fonseca, Víctor Alonso Vergara Romero, Rosalba Cury Rivero, Roberto Carlos Hernández Acuña y Alejandro Sierra Marzán, como Concejales del municipio de Sampués, con los siguientes fundamentos:

1.1. Las causales invocadas

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

«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».

1.2. Hechos

En los comicios del 26 de octubre de 2007, los ciudadanos Maritza Madrid de Montes, Vilma Álvarez Reyes, Sayra Vergara Pérez, Alberto Álvarez, Luis Almanza Amanza, Diana Pinzón Fonseca, Víctor Alonso Vergara Romero, Rosalba Cury Rivero, Roberto Carlos Hernández Acuña y Alejandro Sierra Marzán, resultaron elegidos Concejales del municipio de Sampués, para el período constitucional 2008-2011.

En ejercicio de sus funciones, los concejales demandados aprobaron los Acuerdos 001 (15 de marzo) y 006 (30 de mayo) de 2011, mediante los cuales se (i) autorizó al Alcalde de Sampués a celebrar contratos estatales y/o convenios interadministrativos con entidades públicas o privadas del orden nacional, departamental, local e internacional para cumplir con los planes y proyectos identificados en el Plan de Desarrollo Municipal 2008 - 2011, que debieran

ejecutarse en la vigencia fiscal 2011 y, (ii) prorrogó el Acuerdo 01 de 2011. A juicio del actor, éstos actos fueron aprobados sin precisar límites, condiciones y sujeciones de la modalidad de selección de los procesos de contratación pública.

Sostuvo que en virtud de las anteriores facultades, el Alcalde de Sampués, mediante contrato interadministrativo de obra pública N° 001-2011 de 2011 (26 de abril), contrató en forma directa con la Asociación de Municipios del Alto Sinú y San Jorge –TVP MUNICIPIOS, “la ejecución de obras de infraestructura vial, infraestructura educativa, construcción de aulas, infraestructura de agua potable, saneamiento básico, infraestructura recreativa”, por valor de cuatro mil setecientos millones de pesos (\$4.700'000.000.oo), sin agotar el trámite de la licitación pública prevista en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007.

Consideró que los concejales demandados incurrieron en la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos e incompatibilidad, por aprobar los Acuerdos referidos y facilitarle al Alcalde de Sampués la celebración de los contratos. (fl. 1).

2. LA ACTUACIÓN

Por auto de 25 de marzo de 2012, se admitió la acción y se dispuso notificar a los demandados y al Procurador Delegado ante el Tribunal Administrativo de Sucre (fl. 50).

El 25 de enero de 2012, el actor adicionó la demanda, en el sentido de aportar y solicitar pruebas documentales (fl. 51)¹.

¹ (...) de cara a que no se ha notificado el auto admisorio de la demanda, con arreglo al Art. 88 del C., de P. C., vengo a adicionarla en el siguiente sentido:

1.- MEDIOS PROBATORIOS QUE APORTO:

Acompañó también los siguientes:

1.) Copias simples de las actas número 006 y 025 de fechas 20 y 23 de Abril de 2010 respectivamente, que contiene la discusión y aprobación del mas tarde numerado como Acuerdo 008 de 23 de Abril de 2010, por el cual se autorizó al Alcalde para celebrar contratos de empréstito.

2.) Suministro de copias simples de dos contratos de empréstito interno y de pignoración de rentas, de fechas 20 de Octubre y 1ro de Diciembre de 2010, celebrado el primero entre el municipio de Sampués y el banco BBVA-Colombia y el segundo con el banco de Occidente, el primero por quinientos millones de pesos y el último por dos mil millones.

2.- SOLICITUD DE PRUEBAS:

En la diligencia de inspección judicial solicitada a la Sede del Concejo Municipal de Sampués, pido que también se alleguen las actas de discusión y aprobación de comisión y plenarias con el registro de asistencia respecto de los Acuerdos 014 y 015 de diciembre de 2010 respectivamente. El objeto

3. LAS CONTESTACIONES

3.1. El demandado Alejandro José Sierra Marzan

El demandado actuando por intermedio de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso la excepción de inepta demanda.

Sostuvo que las normas citadas por el actor no le son aplicables al presente caso, pues con la autorización que le hizo el Concejo Municipal al Alcalde mediante los Acuerdos No. 001 y 006 de 2011, para celebrar contratos estatales y convenios interadministrativos, no se permitió la indebida destinación de dineros públicos porque no se evidencia que existió un interés directo y particular al momento de firmar los mencionados acuerdos, que conlleve a la pérdida de investidura.

Al efecto, indicó que en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales como concejal, discutió y aprobó los Acuerdos Nos. 001 y 006 de 2011, mediante los cuales se autorizó al Alcalde de Sampedano a celebrar contratos estatales y convenios interadministrativos hasta el 31 de diciembre de 2011, actos que no facilitaron la indebida destinación de recursos públicos del municipio de Sampedano, porque limitaron el tiempo en que debía celebrarse la contratación.

Asimismo, señaló que no era necesario indicar la modalidad por la cual la entidad territorial adelantaría los procesos de contratación, pues las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, contemplan dichos procesos y, es la administración territorial la que debe determinar la modalidad de contratación que aplicará en el caso respectivo.

En virtud de lo anterior, precisó que la ley es la que señala cuáles son las modalidades de selección del contratista en la contratación administrativa y mal haría el concejo municipal, en entrar a limitar las modalidades de contratación mediante acuerdos, razón por la cual la causal invocada no se tipifica.

En lo que tiene que ver con la contratación electrónica, expuso que el artículo 27 del Decreto 2474 de 2008 (7 de julio)² señala el procedimiento de la subasta,

de esta prueba consiste en probar que los concejales demandados participaron en la deliberación y aprobación de esos acuerdos tanto en camiones como en plenarios.

² **Por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones.**

(...)

Artículo 27. *Procedimiento de la subasta inversa electrónica.* La subasta dará inicio en la fecha y hora señalada en los pliegos de condiciones, previa autorización de la entidad para la cual se

donde la entidad territorial debe tener los medios electrónicos y de seguridad idóneos para garantizar a los proponentes la posibilidad de participar en el procedimiento.

Citó varias sentencias proferidas por el Consejo de Estado, en las que desarrolló la noción de "*indebida destinación de dineros públicos*" (fl. 97).

3.2. Contestación de los demandados MARILSA MADRID DE MONTES, VILMA ÁLVAREZ REYES, SAYRA VERGARA PÉREZ, ALBERTO ÁLVAREZ, LUIS ALMANZA ALMANZA, DIANA PINZÓN FONSECA, VÍCTOR ALONSO VERGARA ROMERO, ROBERTO CARLOS HERNÁNDEZ ACUÑA y ROSALBA CURY RIVERO.

El apoderado de los demandados respondió que no es cierto que sus representados hayan facilitado la indebida destinación de dineros públicos del municipio de Sampués, toda vez que actuaron dentro de las competencias asignadas por la Constitución Política.

Señaló que es la Ley 80 de 1993, en su artículo 11, la que determinó que la competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitación y para escoger contratista, recae en el representante legal de las entidades territoriales.

Solicitó desestimar las pretensiones de la demanda, en razón a que la taxatividad de las causales de pérdida de investidura no permite a los demandantes, invocar

utilizarán los mecanismos de seguridad definidos en los pliegos de condiciones para el intercambio de mensaje de datos.

El precio de arranque de la subasta inversa electrónica será el menor de las propuestas iniciales de precio a que se refiere el artículo 21 del presente decreto.

Los proponentes que resultaren habilitados para participar en la subasta presentarán sus lances de precio electrónicamente, usando para el efecto las herramientas y medios tecnológicos y de seguridad definidos en los pliegos de condiciones.

Si en el curso de una subasta dos (2) o más proponentes presentan una postura del mismo valor, se registrará únicamente la que haya sido enviada cronológicamente en primer lugar, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999.

Adjudicado el contrato la entidad hará público el desarrollo y resultado de la subasta incluyendo la identidad de los proponentes.

Para la suscripción del contrato por medios electrónicos, el representante legal o apoderado del proponente ganador podrá firmar el contrato y sus anexos y los enviará al Secop y a la entidad, utilizando los medios de autenticación e identificación señalados en los pliegos de condiciones. En este caso, la remisión del contrato firmado electrónicamente se hará al correo electrónico que la entidad haya señalado en los pliegos de condiciones.

Parágrafo. La entidad deberá asegurar que el registro de los lances válidos de precios se produzca automáticamente sin que haya lugar a una intervención directa de su parte.

Conforme avanza la subasta el proponente será informado por parte del Sistema o del operador tecnológico que brinda servicios de subasta, únicamente de la recepción de su lance y de la confirmación de su valor, así como del orden en que se ubica su propuesta, sin perjuicio de la confidencialidad que se mantendrá sobre la identidad de los proponentes. En ningún caso se hará público el valor de las ofertas durante el desarrollo de la subasta.

a su arbitrio cualquier hecho o conducta contra los congresistas, diputados o concejales.

4. LA AUDIENCIA

El 20 de junio de 2012 se celebró la audiencia pública, con la asistencia del Procurador 44 Judicial Administrativos, las partes y sus apoderados³.

4.1. El apoderado del demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda y agregó que los concejales demandados concertaron con el ex Alcalde de Sampués para eludir los requisitos de la licitación pública en la contratación de *“la construcción de infraestructura educativa, vial, eléctrica, recreativa, de agua potable y saneamiento básico en el municipio de Sampués, por un valor de cuatro mil setecientos millones de pesos”*, porque el municipio convocó mediante Resolución 035 de 2001 (21 de enero), a la licitación pública, pese a que el programa presidencial de modernización, eficiencia, transparencia y lucha contra la corrupción, encontró que el pliego de condiciones del proceso de selección del contratista ***“no resultaba confiable e impedía la presentación de más (sic) oferentes al mismo”***.

Insistió que los concejales demandados tenían la obligación de delimitarle al Alcalde de Samués en los Acuerdos 001 y 006 de 2011, el ámbito material al que se ceñirían las facultades entregadas para celebrar contratos interadministrativos y delimitar y precisar, el objeto y las materias que se contratarían a través de la modalidad de contratación (fl.152).

4.2. El Procurador Judicial 160 de Asuntos Administrativos precisó que la causal alegada por el actor no encuadra en el supuesto normativo, toda vez que los demandados no tienen a su cargo el manejo del presupuesto, ni facultades para manejar dineros públicos.

Señaló que para que se configure la causal alegada, se requiere que el servidor público haya asignado mediante ley, decreto o reglamento, la función de disposición y manejo de dineros públicos y que, en ejercicio de la misma, cambie o modifique los fines y cometidos estatales preestablecidos, es decir, destine los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados, o a otros sí

³ Folio 131 del expediente.

autorizados pero diferentes a aquellos para los cuales se encuentran asignados o que aplique tales recursos a materias expresamente prohibidas.

Afirmó que de conformidad con la Constitución y la Ley corresponde a los concejos municipales, otorgar a los Alcaldes facultades pro-tempore para celebrar contratos o convenios interadministrativos.

Agregó que el actor sustentó hechos nuevos de los cuales no allegó ninguna prueba, razón por la cual los considera extemporáneos (fl. 135).

4.3. El apoderado de los demandados Maritza Madrid de Montes, Vilma Álvarez Reyes, Sayra Vergara Pérez, Alberto Álvarez, Luis Almanza Amanza, Diana Pinzón Fonseca, Víctor Alonso Vergara Romero, Rosalba Cury Rivero, Roberto Carlos Hernández Acuña y Alejandro Sierra Marzán, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y señaló que las facultades conferidas al Alcalde de Sampedo no son irregulares, ni son la causa para que haya celebrado el contrato interadministrativo censurado por el actor, pues dicha autorización es un requisito previo a la celebración de todo contrato estatal.

Indicó que la discrepancia alegada por el actor se circunscribe a las actuaciones desplegadas por el Alcalde de Sampedo, inconformidad que no puede ser atribuida arbitrariamente a los demandados.

4.4. El apoderado del demandado ALEJANDRO JOSÉ SIERRA MARZAN, reiteró que dentro de las facultades de los concejales se encuentra la de autorizar a los alcaldes para realizar contratos estatales o convenios interadministrativos, conforme las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios (fl. 145).

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de 28 de junio de 2012, el Tribunal Administrativo Sucre, negó la pérdida de investidura de los ciudadanos MARITZA MADRID DE MONTES, VILMA ÁLVAREZ REYES, SAYRA VERGARA PÉREZ, ALBERTO ÁLVAREZ, LUIS ALMANZA AMANZA, DIANA PINZÓN FONSECA, VÍCTOR ALONSO VERGARA ROMERO, ROSALBA CURY RIVERO, ROBERTO CARLOS

HERNÁNDEZ ACUÑA y ALEJANDRO SIERRA MARZÁN como concejales del municipio de Sampués, por considerar que no se configuró la causal de indebida destinación de dineros públicos aludida por el actor, prevista en el numeral 4° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

Consideró que el actor no demostró la forma en que los concejales demandados destinaron o manejaron indebidamente dineros públicos, pues dicho manejo recae en cabeza del Alcalde de Sampués, razón por la cual los demandados no podían interferir en la contratación y/o ejecución de ningún contrato o convenio interadministrativo (fl. 204).

III. LA IMPUGNACIÓN

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

Para tal efecto, señaló que si bien los concejales demandados no participaron en el proceso de selección directa del contratista, sí proveyeron al Alcalde de Sampués de las herramientas jurídicas para consumar la manipulación del contrato y de esa manera violar los principios de la contratación y el deber de la selección objetiva.

Manifestó que la celebración del contrato interadministrativo de obra pública constituye el cambio de los fines y cometidos estatales, puesto que el Alcalde de Sampués suprimió trámites contractuales y seleccionó a “dedo” al contratista (fl. 221).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.

4.1. El apoderado del actor reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación⁴.

4.2. Los demandados guardaron silencio.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

⁴ Folio 8 del cuaderno N° 2.

El Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, solicitó confirmar el fallo impugnado porque no se acreditó la causal de pérdida investidura por indebida destinación de dineros públicos, toda vez que los demandados en ningún momento dieron destino alguno, en forma directa, a dineros del ente territorial, pues los actos expedidos en ejercicio de sus funciones se limitaron a otorgar al Alcalde de Sampués, facultades para la celebración de contratos estatales e interadministrativos con entidades públicas o privadas de distinto orden.

Precisó que no puede entenderse que las facultades otorgadas por el Concejo Municipal al Alcalde, se constituyan en una autorización para que dicho funcionario desatienda los principios, trámites y procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico para la selección objetiva de los contratistas del municipio.

Agregó que si el actor considera que el Alcalde de Sampués incumplió las normas que regulan la contratación administrativa en los contratos y convenios que suscribió al amparo de las facultades que le fueron otorgadas por el Concejo Municipal, debió poner en conocimiento de las autoridades competentes para que fueran ellas quienes investigaran la posible comisión de delitos y faltas disciplinarias. (fl. 22 cuaderno 2)

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Competencia.

Como lo ha advertido la Sala en otras oportunidades, esta Sección es competente para conocer de la apelación de las sentencias proferidas en procesos de pérdida de investidura de Concejales, de una parte, en virtud del artículo 48, parágrafo 2, de la Ley 617 de 2000, que establece la segunda instancia para tales procesos y, de la otra, atendiendo el pronunciamiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 25 de enero de 1995, según el cual las impugnaciones contra las sentencias de pérdida de investidura, proferidas por los Tribunales Administrativos, son de conocimiento de la Sección Primera del Consejo de Estado.

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 Sampués, ostentada por los ciudadanos Maritza Madrid de Montes, Vilma Álvarez Reyes, Sayra Vergara Pérez, Alberto Álvarez, Luis Almanza Amanza, Diana Pinzón Fonseca, Víctor Alonso Vergara Romero, Rosalba Cury Rivero, Roberto Carlos Hernández Acuña y Alejandro Sierra Marzán, para el período 2008-2011. (folio 9)

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

«LEY 617 DE 2000

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.
(...)».

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 que esta Corporación le ha dado en JURISPRUDENCIA de la Sala Plena. En efecto, en sentencia de 3 de octubre de 2000⁵, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a este respecto precisó:

«[...]

La causal de indebida destinación de dineros públicos se configura cuando el congresista destina los dineros públicos a unas finalidades y cometidos estatales distintos a los establecidos en la Constitución, en la ley o en los reglamentos, como ocurre en los siguientes casos:

- a) Cuando destina los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados;
- b) Cuando los destina a objetos, actividades o propósitos autorizados pero diferentes a los cuales esos dineros se encuentran asignados;
- c) Cuando aplica los dineros a objetos, actividades o propósitos expresamente prohibidos por la Constitución, la ley o el reglamento.
- 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.

[...]»

Esta postura ha sido objeto de múltiples reiteraciones por la misma Sala Plena de lo Contencioso Administrativo⁶ y también por la Sección Primera del Consejo de Estado⁷.

La demanda plantea que los concejales Maritza Madrid de Montes, Vilma Álvarez Reyes, Sayra Vergara Pérez, Alberto Álvarez, Luis Almanza Amanza, Diana

⁵ C.P. Dr. Darío Quiñones Pinilla. Expediente AC-10529 y AC-10968. Actores Emilio Sánchez Alsina y Pablo Bustos Sánchez.

⁶ Sentencia de 20 de junio de 2000, Expediente: 9876; Sentencia de 6 de marzo de 2001, Expediente: AC-11854; Sentencia de 17 de julio de 2001, Expediente: 00063-01

Pinzón Fonseca, Víctor Alonso Vergara Romero, Rosalba Cury Rivero, Roberto Carlos Hernández Acuña y Alejandro Sierra Marzán están incurso en la causal de indebida destinación de dineros públicos, por haber autorizado al Alcalde de Sampués, mediante los Acuerdos 001 de 15 de marzo y 006 de 30 de mayo de 2011, para celebrar contratos estatales y/o convenios interadministrativos sin precisar límites, condiciones y sujeciones de la modalidad de selección de los procesos de contratación pública.

Afirma que si bien los concejales demandados no participaron en el proceso de selección directa del contratista, sí proveyeron al Alcalde de Sampués de las herramientas jurídicas para consumir la manipulación del contrato y de esa manera violar los principios de la contratación y el deber de la selección objetiva.

El actor para demostrar lo anterior allegó los siguientes documentos:

- Copia del Acuerdo No. 001 de 15 de marzo de 2011 (folio 27), por el cual el Concejo Municipal de Sampués autoriza al Alcalde Municipal para celebrar *“contratos estatales y/o convenios interadministrativos con entidades públicas o privadas del orden nacional, departamental, local e internacional, para cumplir con los planes, programas y proyectos identificados en el Plan Desarrollo Municipal 2008-2011, que correspondan ejecutarse en la vigencia fiscal 2011”*.
- Copia del Acuerdo No. 006 de 30 de mayo de 2011 (folio 33), por el cual el Concejo Municipal de Sampués –Sucre *“prorroga los términos del Acuerdo 001 de 2011, hasta el 31 de diciembre de 2011”*.
- Copia del contrato interadministrativo de obra pública No. 001-2011 suscrito entre el municipio de Sampués y la Asociación de Municipios del Alto Sinú y San Jorge *“TVP MUNICIPIOS”*. (folio 38-46)

Las pruebas allegadas demuestran que el Concejo Municipal de Sampués autorizó al Alcalde para celebrar contratos estatales y/o convenios interadministrativos con entidades públicas o privadas del orden nacional, departamental, local e internacional, para cumplir con los planes, programas y proyectos identificados en el Plan Desarrollo Municipal 2008-2011.

⁷ Sentencias de 1º de julio de 2004, Expediente: 2003-00194; 9 de noviembre de 2006, Expediente: 2005-01133; 16 de julio de 2009, Expediente: 2008-00700; 15 de diciembre de 2009, Expediente: 2009-00012; entre otras.

Los artículos 313, 314 y 315 de la Constitución Política señalan las competencias para la contratación de los municipios. El tenor de estos artículos es el siguiente:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA

“Artículo 313.- Corresponde a los concejos:

(...)

3. Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones de las que corresponden al Concejo. (...)”

“Artículo 314.- En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio. (...)”

“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. (...)

9. Ordenar los gastos municipales de acuerdo con el plan de inversión y el presupuesto. (...).”

En relación con la autorización para contratar, el artículo 32, numeral 3º, de la Ley 136 de 1994, estableció que los concejos deben reglamentar dicha facultad. Así, el numeral 3º, del artículo 32 señala:

“Artículo 32.- Atribuciones. Además de las funciones que se le señalan en la Constitución y la ley, son atribuciones de los Concejos las siguientes:

(...)

3. Reglamentar la autorización al Alcalde para contratar, señalando los casos en que requiere autorización previa del Concejo.” (negrilla fuera de texto)

Por su parte, la Ley 80 de 1993 o Estatuto de Contratación, expedido con base en el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política⁸, en relación con la capacidad de contratación de las entidades territoriales, señala:

Ley 80 de 1993

“Artículo 11.- De la competencia para dirigir licitaciones y para celebrar contratos estatales. En las entidades estatales a que se refiere el artículo 2, tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva: (...) b) A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capital y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, **en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la**

⁸“(...) Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.”

organización y el funcionamiento de dichas entidades.” (negrilla fuera de texto)

Adicionalmente, el artículo 25 de la misma Ley 80 de 1993 señala expresamente:

“Artículo 25.- Principio de Economía: En virtud de este principio:

(...)

11. Las corporaciones de elección popular y los organismos de control y vigilancia no intervendrán en los procesos de contratación, salvo en lo relacionado con la solicitud de audiencia pública para la adjudicación en caso de licitación._

De conformidad con lo previsto en los artículos 300, numeral 9º y 313, numeral 3º, de la Constitución Política, las asambleas departamentales y los concejos municipales autorizarán a los gobernadores y alcaldes, respectivamente, para la celebración de contratos.” (negrilla fuera de texto)

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

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

“(...)

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

2º. Frente a la *autorización*, señala la Corte Constitucional, corresponde a la facultad del concejo municipal de establecer qué contratos de los que debe celebrar el alcalde como representante de la entidad territorial, deben ser autorizados por esa corporación. Aclara esa Corporación Judicial de manera categórica que dicha atribución **no puede comprender todos los contratos** que deba suscribir el alcalde, sino únicamente y de manera excepcional “*los que tal corporación disponga, en forma razonable, mediante un reglamento que se atenga a la Constitución Política*”.

A contrario de lo anterior, sería viable otorgar por parte de los concejos una autorización general para contratar de acuerdo con el presupuesto aprobado y los planes de desarrollo, como es práctica usual. En este caso, el concejo puede reservarse o no la facultad de autorizar algunos contratos en particular, siempre que, como ya se señaló, no comprenda la totalidad de los contratos que debe celebrar el alcalde. (negrilla fuera de texto)

Ahora, como función típicamente administrativa y por tanto subordinada a la ley, deberá ser ejercida de forma razonable y ajustarse a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, pues como dice la Corte, “*sólo podrá ser ejercida por los Concejos con el alcance y las limitaciones propias de su naturaleza*”.

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

Advierte además ese Tribunal que se trata de una función de naturaleza administrativa y, por tanto, que no comporta facultades legislativas en materia de contratación; en consecuencia, a través de ella no pueden modificarse o regularse materias propias del legislador, en especial las relativas a los procedimientos de contratación previstos en el Estatuto General de Contratación, por lo que el concejo “*no puede entrar a establecer procedimientos de selección, normas generales aplicables a los contratos, etc., puesto que ello forma parte del núcleo propio del Estatuto de Contratación*”.

Se precisa entonces que la reglamentación a que se refiere el numeral 3º de la Ley 136 de 1994 únicamente comprende tres aspectos :“el procedimiento interno que se deberá seguir ante los Concejos para obtener la autorización respectiva, los criterios que debe seguir para otorgarla, así como los casos en los cuales tal autorización es necesaria. Así, la competencia del concejo habrá de estar referida únicamente “*a las hipótesis en que tal autorización es necesaria, a los criterios que se deberán aplicar al momento de decidir sobre si se otorga o no dicha autorización, y a las etapas del trámite a seguir en cada caso. Estas normas no serán de tipo legal, sino de tipo administrativo, sin que sea necesario contar con una regulación previa del tema por parte del Legislador*”.

De acuerdo con lo anterior, **es fácil concluir que obligar a un alcalde municipal a obtener autorización permanente del concejo municipal para todos los contratos que debe celebrar en cumplimiento de sus funciones, comporta claramente, a la vez que una omisión en el cumplimiento de un deber legal por parte de los concejos (en el sentido de conceder las autorizaciones que se requieren para contratar y de establecer un reglamento general para el efecto), un desbordamiento de las facultades que le han sido asignadas a dichas**

corporaciones municipales, pues termina trasladando a ellas la dirección y control de la actividad contractual del ente territorial, lo cual corresponde a una función constitucional y legal propia de los alcaldes que los concejos no pueden desconocer al amparo del artículo 313-3 de la Constitución. El hecho de convertir en regla lo que es excepción, invierte el reparto constitucional de funciones entre dichos servidores y hace que los concejos municipales se conviertan en coadministradores de la gestión contractual municipal, lo que se encuentra por fuera del marco fijado en los artículos 313 de la Constitución y 32 de la Ley 136 de 1994. (negrilla fuera de texto)

Cabe aclarar que contrario a lo señalado en la Consulta, en la Sentencia C-738 de 2001 que se acaba de citar, no se señala que los alcaldes puedan contratar sin la autorización del concejo municipal prevista en el artículo 313 de la Constitución, de manera que en ello no existe contradicción alguna con el Concepto 1371 de 2001 también citado en precedencia; advierte sí la Corte, como se dijo, que los concejos deben cumplir esa función de manera razonable, de forma que a través de ella no podrán entorpecer el normal funcionamiento de la actividad contractual municipal ni inmiscuirse en las funciones propias de los alcaldes.

Al respecto, es pertinente también citar apartes de la sentencia C-086-95^[19], que declaró inexecutable el primer inciso del numeral 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, según el cual *las entidades estatales sólo podían celebrar contratos de fiducia pública cuando las autorizara la ley, la asamblea departamental o el concejo municipal, según el caso*”, en la medida que la Constitución no prevé que se pueda reservar para las asambleas departamentales ni para los concejos municipales la autorización de todos los contratos que se celebren en el nivel territorial. Señaló la Corte:

“Para efectos de esta providencia, conviene señalar que esta Corte ha establecido que el inciso final del artículo 150 superior “contiene una autorización general, impersonal, no individualizada para la celebración de un contrato cuyo objeto sea la satisfacción del funcionamiento del servicio bajo ciertas condiciones.”^[20] En otras palabras, la autorización general para contratar por parte de las entidades públicas estatales, que se encuentra en la ley 80 de 1993, permite que no sea necesario contar con una norma especial expedida por una corporación pública cada vez que se pretenda celebrar un contrato por parte de alguna de las entidades u organismos a que hace referencia la citada ley... Adicionalmente se observa que no se puede convertir en regla general las autorizaciones expresas contenidas en los artículos 150-9, 300-9 y 313-3 de la Carta Política, como pretende hacerlo la norma acusada respecto del contrato de fiducia.”

Así, la exigencia de los concejos municipales de obtener su autorización para contratar por el alcalde debe ser **excepcional** y para ello debe mediar un reglamento en el que esas corporaciones establezcan las hipótesis en que ello debe ocurrir, junto con el procedimiento para su operatividad, sin modificar los aspectos ya regulados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y sin interferir en el normal funcionamiento de la gestión contratación, como lo ordena la Ley 80 de 1993. (...)

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

Cabe resaltar que la reglamentación de la autorización a que se refiere el artículo 32, numeral 3, de la Ley 136 de 1994 comprende: (i) el procedimiento interno que se deberá seguir ante los concejos para obtener las autorizaciones respectivas, (ii) los criterios que debe seguir para otorgarla y (iii), los casos en los cuales tal autorización es necesaria.

Contrario a lo afirmado por el actor, el Concejo Municipal no tenía que precisar los límites, condiciones y sujeciones de la modalidad de selección de los procesos de contratación pública, respecto de la autorización que en el caso presente le hizo al Alcalde.

Para la Sala, el hecho de que el Concejo Municipal de Sampedra hubiera autorizado al Alcalde mediante los Acuerdos No. 001 de 15 de marzo y 006 de 30 de mayo de 2011, para la celebración de los contratos estatales y/o convenios interadministrativos con entidades públicas o privadas del orden nacional, departamental, local e internacional, para cumplir con los planes, programas y proyectos identificados en el Plan Desarrollo Municipal 2008-2011; no es una conducta que constituya por sí sola el supuesto fáctico de la causal de indebida destinación de dineros públicos, pues no implica distorsión de las finalidades del gasto.

La Sala en sentencia de 1º de agosto de 2002⁹, precisó que el ejercicio de una función constitucional no puede implicar, *per se*, indebida destinación de dineros públicos. Cosa distinta es que si al ejercerla se incurre en violación de la Constitución Política o de la Ley, los actos respectivos sean susceptibles de la acción de nulidad y acarreen responsabilidad disciplinaria o fiscal.

⁹ Expediente: 2001-0278. Actor: PEDRO VICENTE CUBILLOS CAICEDO. C.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade.

En esa oportunidad sostuvo la Sala:

«Análogos razonamientos caben respecto de los concejales cuando fijan la escala salarial del alcalde, pues como quedó visto, los preceptos constitucionales y legales antes citados, atribuyen privativamente al concejo esa función. Si se acogiese el entendimiento que a esta causal le da el actor, ocurriría que el concejo nunca podría fijar la remuneración del alcalde, pues todos sus miembros estarían inhabilitados y, por ende, en imposibilidad de cumplir con sus funciones constitucionales y legales. Ello explica porqué **el ejercicio de esta función constitucional no implica conflicto de intereses o indebida destinación de dineros públicos. Cosa diferente es que si al ejercerla se incurre en violación de la Constitución Política o de la Ley los actos respectivos sean susceptibles de la acción de nulidad y acarreen responsabilidad disciplinaria y fiscal.** Por ello, se ordenará compulsar copias de esta providencia a la Procuraduría Regional y a la Contraloría del Meta para lo de su competencia.» (negrilla fuera de texto)

Del anterior pronunciamiento, se sigue que el Concejo Municipal al autorizar al alcalde para la celebración de contratos, estaba cumpliendo un deber constitucional y legal.

Los Concejales demandados no incurrieron en indebida destinación de dineros públicos, pues sus actuaciones se limitaron a autorizar al Alcalde para que celebrara contratos o convenios interadministrativos, sin precisar el objeto o finalidad, lo cual escapa al arbitrio de sus competencias.

Por las anteriores razones procede 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 :

Primero.- CONFÍRMASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre el 28 de junio de 2012.

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 MARÍA ELIZABETH GARCÍA
GONZÁLEZ

Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA