



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá D.C., (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

CONSEJERO PONENTE: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Referencia: PÉRDIDA DE INVESTIDURA
Radicación: 47001 2333 000 2021 00310 01
Solicitante: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO VARGAS
Accionado: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA
Tema: CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el accionante en contra de la sentencia de 22 de septiembre de 2021, proferida por la Sala Plena del Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante la cual se denegó la solicitud de pérdida de investidura del señor Edgardo Enrique López Vergara, concejal electo del municipio de Aracataca para el período constitucional 2020-2023.

I. ANTECEDENTES

I.1. La solicitud de pérdida de investidura¹

1. El ciudadano Carlos Andrés Avendaño Vargas, en nombre propio y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 143 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -en adelante CPACA-, solicitó a esta jurisdicción que se decrete la pérdida de la investidura del señor Edgardo Enrique López Vergara, concejal electo del municipio de Aracataca, Magdalena, para el período constitucional 2020- 2023².

¹ Documento 007 Demanda. PDF. Samai. Expediente digital.

² Para ello, formuló las siguientes pretensiones: «1. Que se declare la pérdida de investidura del concejal del Municipio de Aracataca, Magdalena, correspondiente a el (sic) señor Edgardo Enrique López Vergara, identificado con C.C. 19.617.206 período constitucional 2020-2023, inscrito y avalado por el PARTIDO ALIANZA VERDE, tal como consta en el acto declaratorio de elección, formulario E-26 CON, de fecha 5 de noviembre año 2019 en concordancia con el artículo 25 de la Ley 1909 del año 2018. 2. Que, como consecuencia de la declaratoria de la pérdida de investidura del concejal, EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA, identificada (sic) con C.C. 19. 617. 206 se ordenen cumplir los efectos derivados de la sentencia y los registros correspondientes. 3. Compulsar copias a la autoridad competente en caso de encontrar conductas penales y disciplinarias en el transcurso del presente proceso».



RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

I.1.1. Los hechos juzgados en la presente solicitud

2. Los hechos que sirven de sustento a la solicitud de pérdida de investidura presentada por el accionante son los siguientes:

3. El día 27 de octubre de 2019 se efectuaron los comicios para la elección de los cargos uninominales, entiéndase gobernación y alcaldía y, también, de las corporaciones administrativas del orden territorial en todo el país, incluyendo el municipio de Aracataca, entidad perteneciente a la 6ª (sexta) categoría que tiene derecho a elegir trece (13) cabildantes.

4. Según el Formulario E-26 CON de 5 de noviembre de 2019, el Consejo Nacional Electoral declaró la elección del concejal Edgardo Enrique López Vergara, por el partido Alianza Verde, servidor público que tomó posesión de su investidura, tal y como consta en el acta de instalación del cabildo municipal.

5. El concejo municipal de Aracataca eligió a la Mesa Directiva el 1º de enero de 2021, designando al concejal Edgardo Enrique López Vergara como su presidente.

6. El presidente del concejo es responsable del manejo del presupuesto, incluyendo el reconocimiento y pago de los honorarios causados a favor de los concejales por la asistencia comprobada a las sesiones ordinarias o extraordinarias y, además de ello, le corresponde hacer el llamado a lista de asistencia y verificar la presencia de los concejales, según el Reglamento Interno del concejo y demás normas aplicables.

7. En los días 19 y 24 de febrero de 2021, se efectuaron las sesiones ordinarias de control político de citación a los secretarios de desarrollo social y de salud, respectivamente, reuniones que fueron presididas por el presidente del concejo y transmitidas en directo a través del canal Facebook Live, con el fin de que la comunidad pudiera observar el desarrollo de las mismas.

8. Del contenido de tales grabaciones se puede observar con exactitud que el presidente del concejo municipal, Edgardo Enrique López Vergara, en compañía de los demás miembros de la mesa directiva y con el auxilio de la secretaria del concejo municipal llamó a lista. Sin embargo, en la sesión del 19 de febrero de 2021 no contestaron el llamado a lista los señores concejales: Yoelmi Alberto Jiménez Cantillo, José Artemo Marín Marulanda y Luis Alberto López Visbal y, en la sesión del 24 de febrero de 2021, no contestó el llamado a lista el concejal José Artemo Marín Marulanda.



RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

9. De manera opuesta a lo consignado en las grabaciones, las actas 012 (correspondiente a la sesión de 19 de febrero de 2021) y 017 (correspondiente a la sesión de 24 de febrero de 2021, aclarando que esta última sesión aparece con un error en la fecha de 1° de marzo de 2021), el presidente del concejo municipal de Aracataca y su secretaria dejaron constancia que los concejales ausentes antes mencionados sí asistieron a las sesiones.

10. Mediante escritos calendados el 4 de marzo y 18 de mayo de 2021, el accionante solicitó copia del presupuesto que se había pagado para la fecha y de las actas de las sesiones, peticiones que no fueron contestadas, por lo que fue necesario interponer una acción de tutela que fue resuelta favorablemente.

11. Una vez recibida la información se pudo constatar que se cancelaron honorarios por valor de \$46.852.000, correspondientes a las 17 sesiones realizadas en el mes de febrero, a razón de \$212.000 de valor unitario por cada reunión realizada.

12. Al dividir el valor del pago total de honorarios de \$46.852.000, por el número total de concejales (13) arroja un valor de \$3.604.000 por cada uno de los concejales, correspondiente a la asistencia de las 17 sesiones realizadas en el mes de febrero de 2021.

13. El presidente del concejo municipal de Aracataca no descontó los valores por concepto de honorarios que injustificadamente fueron reconocidos y cancelados a los concejales Yoelmi Alberto Jiménez Cantillo, José Artemo Marín Marulanda y Luis Alberto López Visbal, pese a no haber asistido a las sesiones de 19 de febrero (acta 012) y de 24 de febrero (acta 017), tal y como lo demuestran las transmisiones en vivo realizadas por el canal Facebook Live del honorable concejo municipal.

14. La decisión adoptada por el presidente fue consciente y no justificada por un error involuntario, teniendo en cuenta que *«[...] los pagos en la corporación del concejo municipal de Aracataca, Magdalena no se realizan a través de giros a cuentas bancarias individuales sino a través de pagos en efectivo»*.

15. No existen constancias de reintegro de los dineros pagados indebidamente por parte del presidente del concejo municipal, tal y como consta en el informe enviado en respuesta al fallo de tutela.

16. Indicó que *«[...] desde la radicación de la presente demanda tacho de falso las actas donde conste reintegro de dineros por parte de los Honorables Concejales ausentes en sesión ya que esas constancias no existen, teniendo en cuenta la contestación de tutela, no reposa documento que relacione esa situación y en caso de ser presentadas en la contestación de la demanda, deben indicar donde se*



RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

encuentra la auténtica para una posible prueba ante la autoridad competente para determinar la fecha de creación del documento».

I.1.2. La causal de pérdida de investidura invocada en la solicitud

17. El actor invocó el artículo 55.3 de la Ley 136 de 1994, en consonancia con el artículo 48.4 de la Ley 617 de 2000, asociada a la indebida destinación de los dineros públicos, prevista por el legislador como causal de pérdida de investidura de los concejales.

18. El solicitante, en apoyo a sus pretensiones, analizó lo concerniente a la finalidad del instituto de pérdida de investidura como un instrumento esencial en la democracia para garantizar que los representantes del pueblo ejerzan sus funciones de acuerdo a lo que el constituyente y el legislador esperan de los representantes del pueblo. En igual sentido, hizo mención a la causal específica por indebida destinación de dineros públicos y los elementos tipificadores, a saber: **i)** que se ostente la condición de congresista, léase concejal; **ii)** que se esté frente a dineros públicos, y **iii)** que estos sean indebidamente destinados.

19. Consideró que, en el presente caso, tales requisitos se encontraban satisfechos pues **(i)** el ciudadano Edgardo Enrique López Vergara fue elegido concejal del municipio de Aracataca, Magdalena, para el período 2020-2023, avalado por el Partido Alianza Verde; **(ii)** en su calidad de presidente de la corporación, al haber reconocido honorarios a favor de los concejales ausentes dispuso de los recursos del erario público pertenecientes al municipio de Aracataca, y **(iii)** tales dineros públicos fueron destinados de manera indebida, pues el reconocimiento de tales emolumentos a favor de los concejales ausentes carece de justificación constitucional y legal.

20. A renglón seguido, encontró demostrado el elemento subjetivo en la conducta objeto de reproche, dado que el concejal Edgardo Enrique López Vergara, como presidente y en su calidad de ordenador del gasto, autorizó el reconocimiento y pago de los honorarios a favor de los miembros de la duma municipal Yoelmi Alberto Jiménez Cantillo, José Artemo Marín Marulanda y Luis Alberto López Visbal, a sabiendas de que tales servidores públicos no habían asistido a las sesiones de 19 de febrero (acta 012) y de 24 de febrero (acta 017).



RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

I.2. Trámite de la solicitud de pérdida de investidura en la primera instancia

21. La magistrada a cargo de la sustanciación del proceso en la primera instancia, mediante auto de 26 de agosto de 2021³, admitió la solicitud, ordenando la notificación personal al concejal Edgardo Enrique López Vergara, de conformidad con el artículo 9° de la Ley 1881 de 2018, en concordancia con el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011 (norma a su vez modificada por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021), con el fin de que se pronunciara sobre las pretensiones de la demanda y solicitara las pruebas que pretendiera hacer valer dentro del proceso. De la misma manera, en la precitada providencia judicial se ordenó la notificación al señor agente del Ministerio Público, de conformidad con el artículo 9° de la Ley 1881 de 2018. En esta oportunidad procesal el accionado contestó de manera oportuna la demanda.

I.3. La contestación de la solicitud por el concejal acusado

22. El apoderado del concejal acusado, encontrándose dentro de la oportunidad correspondiente, dio contestación de la demanda⁴, oportunidad en la que esgrimió los argumentos de defensa que se sintetizan a continuación:

23. El apoderado del acusado aceptó como ciertos algunos hechos de la solicitud y se opuso a otros, tras afirmar que **(i)** la función concerniente al llamado a lista y verificación de la asistencia recae en la secretaria general del concejo municipal, la señora Margarita Rosa Villalobos Arrieta, de conformidad con lo previsto en el numeral 3° del artículo 40 del Reglamento Interno del concejo municipal de Aracataca, Magdalena y; **(ii)** según lo consignado en las grabaciones de las sesiones de los días 19 y 24 de febrero de 2021, la funcionaria que efectuó el llamado a lista fue la referida secretaria general y no el concejal Edgardo Enrique López Vergara.

24. Aclaró que, si bien era cierto que el concejal acusado suscribió las actas de 19 de febrero y de 24 de febrero, ambas del 2021, tal actuación estuvo amparada por el principio de buena fe y la confianza, pues la secretaria del concejo municipal de Aracataca tenía a su cargo lo concerniente a la elaboración y verificación del contenido de dichos documentos, tal y como se desprende del Reglamento Interno del concejo de dicho ente territorial.

25. Subrayó que, en cumplimiento de un deber constitucional y legal, el presidente del concejo autorizó el pago de los honorarios a favor de los concejales Yoelmi

³ 0010Demanda. PDF. Samai. Expediente digital.

⁴ 0013Demanda. PDF. Samai. Expediente digital.



RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

Alberto Jiménez Cantillo, José Artemo Marín Marulanda y Luis Alberto López Visbal, respetando los límites salariales previstos para el municipio de Aracataca, Magdalena, y de conformidad con las actas y la nómina que fue remitida por la secretaria general, documentos que se presumen auténticos por provenir de una servidora pública.

26. Puso de presente, además, que el acusado, en su condición de presidente del concejo municipal, luego de haberse percatado del error, solicitó la devolución de las sumas de dinero que fueron pagadas en exceso, lo cual es demostrativo de su buena fe.

27. Recalcó que el ejercicio de una función constitucional no puede conllevar a una indebida destinación de dineros públicos. Cuestión diferente, agregó, ocurre cuando al ejercerse se incurre en violación de la Constitución Política o de la Ley, siendo los actos respectivos susceptibles de ser demandados a través de la acción de nulidad y acarrear responsabilidades de tipo disciplinario o fiscal.

28. Puntualizó que no se configuró una indebida destinación de dineros públicos, pues no toda irregularidad que pueda predicarse de una orden que implique gasto genera la consecuencia jurídica de la pérdida de investidura, pero sí, podría acarrear consecuencias de tipo disciplinario.

29. Para terminar, cuestionó que el accionante, en la solicitud de pérdida de investidura, omitió realizar el juicio de reproche de responsabilidad subjetivo; tal como lo ordenó la Corte Constitucional mediante sentencia SU-424 de 2016.

I.4. Trámite del proceso judicial en primera instancia

30. La magistrada del Tribunal Administrativo del Magdalena a cargo de la sustanciación del proceso, mediante providencia de 10 de septiembre de 2021⁵, dispuso abrir el proceso a pruebas y ordenó la realización de la audiencia de testimonios para el día 15 de septiembre de esta anualidad, con el fin de recepcionar las declaraciones de los ciudadanos Heriberto Ropera Padilla, Alfonso Vargas de Ávila, Juan Carlos Villa, Flavio Alberto Charris Barrios y Margarita Rosa Villalobos Arrieta. En la precitada providencia judicial negó el interrogatorio de parte del concejal accionado, por tratarse de un medio probatorio inconducente, a la luz de las reglas jurisprudenciales trazadas por esta Corporación judicial. En igual sentido, fijó para el día 17 de septiembre la realización de la audiencia pública de que tratan los artículos 11 y 12 de la Ley 1881 de 2018.

⁵ Expediente digital.



RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

(i) Audiencia de testimonios

31. El día 15 de septiembre de 2021, se recepcionaron los testimonios de los señores Alfonso Fabián Vargas de Ávila, Heriberto Ropera Padilla y Margarita Rosa Villalobos Arrieta. Sin embargo, cabe resaltar que los señores Juan Carlos Villa y Flavio Alberto Charris Barrios no comparecieron a dicha diligencia, razón por la cual la magistrada sustanciadora prescindió de la práctica de dichas pruebas en virtud de lo dispuesto en el artículo 218 del Código General del Proceso.

(ii) Audiencia pública e intervención de los sujetos procesales

32. En la audiencia pública de que tratan los artículos 11 y 12 de la Ley 1881 de 2018 celebrada el día 17 de septiembre de esta anualidad se escucharon las intervenciones de todos los sujetos procesales, quienes allegaron sus manifestaciones por escrito en el siguiente sentido:

33. El accionante⁶ reiteró, en esencia, los mismos argumentos del libelo introductorio, en el entendido que el concejal acusado incurrió en la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos, por haber ordenado el reconocimiento del pago de unos honorarios a favor de unos concejales que no asistieron a las sesiones celebradas los días 19 y 24 de febrero de 2021, agregando que dicha conducta resulta imputable a título de dolo.

34. El señor **agente del Ministerio Público** presentó concepto de fondo en el cual solicitó que se denegaran las pretensiones de la solicitud. En apoyo a su postura, luego de realizar un examen integral del acervo probatorio arrimado al expediente, reconoció que si bien el concejal Edgardo Enrique López Vergara, en su calidad de presidente, autorizó el pago de honorarios a favor de los concejales Yoelmi Alberto Cantillo Jiménez, José Artemo Marín Marulanda y Luis Alberto López Visval (por su asistencia a la sesión del 19 de febrero de 2020) y del concejal José Artemo Marín Marulanda (por su asistencia a la sesión del 24 de febrero de 2020), no era menos cierto que la mesa directiva efectúa tal erogación, con fundamento en la certificación que, para tales efectos, elabora la secretaría del concejo y según lo consignado en las actas de las sesiones elaboradas por dicha funcionaria. Luego, entonces, el reconocimiento de tales honorarios se debió a un error al momento de proyectarse y aprobarse las respectivas actas por parte de dicha funcionaria.

35. Además de ello, en criterio de la vista fiscal, el concejal acusado, tras advertir la existencia de dicho error por parte de la secretaría y la mesa directiva requirió a los concejales con el fin de que efectuaran la devolución de los honorarios pagados de

⁶ 022 Demanda. PDF. Índice SAMAI. Expediente digital.



RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

más, aclarando que tales servidores públicos procedieron a devolver las sumas correspondientes.

36. Bajo tal escenario, el concepto del agente del Ministerio Público señaló lo siguiente: «[...] *no se logró demostrar el elemento teleológico, esto es, que el fin perseguido por el demandado efectivamente hubiere sido destinar indebidamente los dineros, pues es claro que se presentó un yerro producto de las nuevas realidades a las cuales todos los funcionarios nos hemos visto avocados debido a la emergencia sanitaria, como bien lo expuso bajo la gravedad del juramento la secretaria general del Concejo municipal de Aracataca*».

37. Finalmente, el apoderado del accionado⁷ reiteró los argumentos de defensa consignados en el escrito de contestación de la demanda, en el entendido que no se demostraron los elementos que tipifican la conducta asociada a la indebida destinación de dineros públicos, destacando que suscribió las actas elaboradas por la secretaria de buena fe. En igual sentido, informó a dicha instancia judicial que los dineros cancelados de más a favor de los concejales ya fueron reintegrados por orden del concejo municipal.

I.5. La sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena

38. El Tribunal Administrativo del Magdalena profirió sentencia de 22 de septiembre de 2021⁸, en virtud de la cual denegó la solicitud de pérdida de investidura del concejal Edgardo Enrique López Vergara.

39. Precisó que para la configuración de esta causal deben concurrir los siguientes requisitos: **(i)** que se ostente la calidad de concejal; **(ii)** que se esté en presencia de dineros públicos y **(iii)** que se produzca una indebida destinación de los mismos.

40. Descendió al caso en concreto y enfatizó que los dos primeros requisitos se encontraban satisfechos, puesto que el accionado ostenta la calidad de concejal del municipio de Aracataca, Magdalena, y para el período 2021 fue designado presidente del concejo de dicha corporación pública. En esta misma línea destacó, además, que los dineros destinados para el reconocimiento de los honorarios provienen del tesoro público. Sin embargo, no encontró probado el tercer requisito.

⁷ 023. Demanda PDF. Índice Samai. Expediente digital.

⁸ 024. Demanda. PDF. Índice Samai. Expediente digital.



RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

41. Para ello, del análisis contrastado del contenido de las actas con las videograbaciones publicadas en el sitio web conocido como Facebook Live que maneja el concejo municipal de Aracataca, Magdalena, obrantes en el expediente, encontró demostrado que, en las sesiones ordinarias del 19 de febrero y de 24 de febrero, del 2021, no asistieron la totalidad de los cabildantes pertenecientes al concejo municipal de Aracataca, pues: en la primera de ellas no contestaron el llamado a lista los señores Alberto Jiménez Cantillo, Luis Alberto López Visbal y José Artemo Marín Marulanda y, en la segunda, el señor José Artemo Marín Marulanda; circunstancia que fue reconocida por el propio concejal quien afirmó que al revisar la transmisión en vivo advirtió la ausencia de los concejales antes mencionados.

42. En igual sentido, a los concejales, en su totalidad, les fueron cancelados los honorarios correspondientes a las diecisiete (17) sesiones realizadas en el mes de febrero de 2021, por valor de \$46.852.000, equivalente a \$212.000 por cada una, sin haberse efectuado los descuentos por su inasistencia a las sesiones celebradas en tales fechas, que suman un total de \$848.000, tal y como se desprendía del Oficio de 3 de mayo de 2021, suscrito por el presidente del concejo.

43. A partir del análisis normativo de la Ley 136 de 1994 (artículo 26)⁹ y demás normas del Reglamento Interno del concejo municipal de Aracataca (artículos 13, numeral 7¹⁰, 15¹¹ y 40, numerales 1°, 2°, 3 y 20¹²), el *a quo* sostuvo que el procedimiento encaminado al reconocimiento de los honorarios a favor de los concejales se encontraba sujeto al cumplimiento de las siguientes reglas: **(i)** primero, que corresponde al presidente y al secretario de los concejos suscribir las actas de las sesiones, previo levantamiento que de estas haga el secretario de la corporación; **(ii)** segundo, que el secretario tiene la función de registrar y certificar

⁹ Norma modificada por el artículo 16 de la Ley 1551 de 2021, la cual señala que corresponde al presidente y secretario de los concejos suscribir las actas de las sesiones, previo levantamiento que de estas haga el secretario de la corporación.

¹⁰ Norma que señala que a la mesa directiva le corresponde suscribir las resoluciones que para el efecto de reconocimiento de honorarios a los concejales por su asistencia comprobada a las sesiones plenarias y ordenar su publicación en el medio oficial de información del concejo.

¹¹ Norma que indica que el presidente es el encargado, entre otras funciones, de (1) realizar sus funciones con eficiencia, para la buena marcha Administrativa de la Corporación; (2) ser el secretario de las sesiones plenarias del Concejo Municipal y de las Comisiones Conjuntas. (3) registrar y certificar la asistencia de los concejales a las sesiones plenarias y de comisiones; (...) (20) Levantar las actas tanto de la sesión plenaria como de las Comisiones permanentes. Actas que contendrán una relación sucinta de los temas debatidos, las personas que hayan intervenido, de los mensajes leídos, las proposiciones presentadas, las Comisiones designadas, resultados de las situaciones y las decisiones adoptadas.

¹² Norma que dispone el secretario general tiene a su cargo lo relacionado al registro y certificación de la asistencia de los concejales a las sesiones plenarias y de comisiones y el levantamiento de las actas, documentos que deben tener una relación sucinta de los temas debatidos de las personas que han intervenido, los mensajes leídos, las proposiciones presentadas, las comisiones designadas, los resultados y decisiones adoptadas



RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

la asistencia de los concejales; **(iii)** tercero, a la mesa directiva le corresponde elaborar la resolución de reconocimiento de honorarios, ello, valga aclarar, previa comprobación de la asistencia efectuada por la secretaría; y **(iv)** finalmente, el presidente, como ordenador del gasto, autoriza el pago que se determina en el acto administrativo suscrito por la mesa directiva.

44. De tal manera que el reconocimiento y pago de los honorarios a los concejales de aquel municipio se encuentra marcado por un procedimiento de carácter reglado, que impone como primera medida que el secretario certifique la asistencia de los concejales, luego se elabora el acto administrativo y, finalmente, se autoriza el pago, aclarando que dichas reglas vienen siendo practicadas por la duma municipal de Aracataca, tal y como se desprendía de la declaración rendida por la señora Margarita Rosa Villalobos Arrieta, secretaria del concejo, cuyos apartes más importantes transcribió.

45. Con todo, a juicio del *a quo*, la función relativa al registro y certificación de asistencia de los concejales a las sesiones recae exclusivamente en la secretaría general del concejo municipal de Aracataca, destacando que aquella función no involucra al presidente o a la mesa directiva. De ahí que, el pago en exceso por valor de \$848.000, devino de la falta de cuidado u omisión en la elaboración del acto del pago y, por ende, no se podía presumir que el presidente y la mesa directiva consintieron un pago que no estaba soportado en los registros de asistencia. A juicio del *a quo*, era evidente que el olvido o negligencia de la secretaría general del concejo Municipal del ente territorial de Aracataca solo era atribuible a quien la generó, aunque haya dado como consecuencia un pago en exceso, circunstancia que, si bien podría constituir una falta disciplinaria, no acarrea la sanción de desinvestidura.

46. Precisó, igualmente, que según lo prescrito en el artículo 2.313 del Código Civil el pago de lo no debido se configura cuando «*el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado*». De tal manera que, advertida una anomalía en el pago de honorarios, es dable por la entidad afectada recuperar bajo la figura del descuento, devolución o compensación, las sumas debidas. Lo anterior, llevó al Tribunal a considerar que el pago de honorarios en exceso proveniente del presupuesto de gastos para cubrir servicios personales no encajaba dentro de alguno de los elementos que tipifican la indebida destinación de dineros públicos.

47. Insistió en que el pago en exceso de los honorarios a los referidos concejales - ausentes a las sesiones de 19 y 24 de febrero de 2021- podría constituir una falta disciplinaria, pero no da lugar a la consecuencia jurídica de la desinvestidura. Lo

RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

anterior, por cuanto dentro del presupuesto de gastos del concejo municipal está autorizada la partida correspondiente para sufragar los costos que acarrea el cumplimiento de la orden legal de sesionar la corporación político-administrativa de Aracataca durante cuatro periodos al año y, que si bien se produjo un pago de honorarios por exceso, no por ello se generó una destinación indebida de los dineros públicos pues «el dinero para pago se usó para ello», aclarando que dicha acción se pudo precaver si las autoridades del concejo hubiesen atendido con eficiencia sus funciones. En atención a lo anterior, el *a quo* ordenó la compulsión de copias del expediente a la Procuraduría General de la Nación, para lo de su competencia.

48. Por último, advirtió que el acusado no obtuvo un incremento patrimonial personal o a favor de terceros, a lo que añadió que en el expediente constaba la solicitud de devolución de las sumas pagadas en exceso y, la propia secretaria aseveró, en su declaración, que los concejales ausentes reintegraron las sumas pagadas de más.

I.5. El recurso de apelación interpuesto por el solicitante

49. El solicitante inconforme con la decisión anterior presentó recurso de alzada¹³, a través del cual solicita que se revoque el fallo del Tribunal Administrativo del Magdalena y, en su lugar, se acceda a la solicitud de pérdida de investidura.

50. Con sustento en los linderos jurisprudenciales trazados por esta jurisdicción, entendió que en el *sub examine* se encuentran demostrados los presupuestos de la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos, puesto que: **(i)** el ciudadano Edgardo Enrique López Vergara fue elegido concejal del municipio de Aracataca, Magdalena, para el período 2020-2023, avalado por el Partido Alianza Verde, de conformidad con el formulario E-26CO; **(ii)** se está en presencia de dineros públicos, pues quedó probado que el presidente del concejo Edgardo Enrique López Vergara, al haber ordenado el pago de honorarios, dispuso de unos recursos que forman parte del tesoro público, y **(iii)** tales dineros públicos fueron destinados de manera indebida, pues el presidente del concejo municipal, al haber pagado y autorizado el pago de unos honorarios a favor de unos concejales que no asistieron a las sesiones celebradas los días 19 y 24 de febrero de 2021, aplicó tales recursos a materias prohibidas, no necesarias e injustificadas.

51. Precisó que, el tribunal de la primera instancia llegó a la conclusión que, corresponde al presidente y secretario de los concejos suscribir las actas de las sesiones, previo levantamiento que de estas haga el secretario de la corporación, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 16 de la Ley 1551 de 2012. Sin embargo, en su criterio, resulta contrario a la lógica

¹³ 0026 Demanda. pdf. Samai. Expediente digital.



RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

que el presidente del concejo firme las actas, sin haber leído el contenido de tales documentos previamente.

52. Precisó que la providencia impugnada dejó de lado el análisis de las funciones del presidente del concejo municipal de Aracataca, previstas en el artículo 15 del Reglamento Interno del concejo, en especial, aquellas que lo facultan para: presidir la mesa directiva (numeral 1°); convocar, presidir y dirigir las sesiones plenarias del concejo (numeral 2°); cuidar que el secretario y los demás empleados de la corporación cumplan debidamente sus funciones y deberes (numeral 3°); actuar como ordenador del gasto y presupuesto de la corporación, con sujeción a la ley orgánica del presupuesto, la cual puede ser delegada en la secretaría general y; vigilar el funcionamiento del concejo municipal en todos los órdenes (numeral 5°).

53. En criterio del recurrente, del cotejo de las funciones a cargo del presidente, por un lado, y de la secretaría general de la corporación, por otro lado, era posible derivar la responsabilidad del acusado, a título de dolo, como quiera que aquel suscribió las actas de las sesiones y funge como ordenador del gasto.

54. Respecto a la función enlistada en el numeral 3° del artículo 40 del Reglamento Interno del concejo que señala que a la secretaria le corresponde certificar el llamado a lista, dicha función no se refiere a la certificación de la asistencia para efectos del reconocimiento de los honorarios a favor de los concejales, como lo interpretó el tribunal, sino, a la expedición de certificaciones cuando un particular o una autoridad así lo requiera, a lo que agregó, que tales documentos no tienen la virtualidad de reemplazar las actas como medio probatorio de asistencia a las plenarias.

55. Alegó que el *a quo*, al momento analizar las pruebas testimoniales arrimadas al proceso, desconoció el principio de unidad de la prueba, pues no valoró todas las declaraciones de los testigos que fueron recaudados en la primera instancia y, además de ello, no efectuó su confrontación con los demás medios de convicción que reposan en el plenario.

56. El recurrente, en apoyo a tal afirmación, consideró que el testimonio de la secretaria del concejo municipal de Aracataca, Magdalena, la señora Margarita Rosa Villalobos Arrieta presenta inconsistencias, pues, por un lado, afirmó que ella *«[...] es la responsable y que nunca quiso beneficiar a nadie y que ella es la encargada de pagar y hacer la nómina, que ella hizo un corte y pega de las sesiones y que ella tiene un formato predestinado para la asistencia y que en el momento obvió»*. Sin embargo, al momento de ser interrogada por la magistrada conductora de la primera instancia acerca de si era usual que el presidente del concejo firme

RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

tales actas sin leerlas de manera previa, evadió dicha pregunta, y simplemente manifestó «[...] vuelvo y le repito yo tengo unos formatos precisados ahí para cortar y pegar y solo hacemos los cambios y ahí fue donde obvié [...]».

57. Para terminar, aseveró que, en el presente caso, el accionado actuó con el pleno conocimiento sobre la existencia de la conducta objeto de reproche, pues uno de los concejales ausentes no solo era miembro integrante de la mesa directiva, sino además, la presunta devolución de los dineros se realizó con ocasión de la presentación de la demanda, como una estrategia de defensa, aclarando que junto con el escrito de la contestación del libelo introductorio no se aportaron las respectivas constancias de devolución de los dineros, precisamente, para que no se puedan apreciar las fechas de las mismas.

I.7. Trámite del recurso de apelación

58. La magistrada a cargo de la sustanciación del proceso en la primera instancia, mediante providencia de 14 de octubre de 2021¹⁴ concedió, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto por el accionante en contra del fallo del Tribunal Administrativo del Magdalena.

59. Repartido el proceso en segunda instancia¹⁵, a través de auto de 2 de noviembre de 2021¹⁶, el magistrado conductor del proceso admitió el recurso de apelación, denegó el decreto de pruebas en segunda instancia pedidas por la parte actora y corrió traslado a las partes y al agente del Ministerio Público, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 1881 de 2018.

60. Una vez notificados los sujetos procesales de la precitada providencia judicial, el acusado manifestó, en esencia, que del acervo probatorio allegado, practicado y valorado en primera instancia se vislumbra, con suficiente claridad, la ausencia de responsabilidad subjetiva, y destacó que el tribunal de primera instancia analizó todas las cuestiones planteadas en el debate jurídico, a partir de los hechos que fueron probados procesalmente, razón por la cual solicita que se mantenga incólume tal decisión judicial.

61. Los demás sujetos procesales, en esta oportunidad procesal, guardaron silencio.

¹⁴ 0028 Demanda. PDF.

¹⁵ Índice 1 de SAMAI. Expediente digital.

¹⁶ Índice 4 SAMAI. Expediente digital.



RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

62. La Sala de Decisión, con el propósito de resolver la presente controversia y por razones metodológicas, abordará el análisis de los siguientes aspectos que conducirán a la solución del caso concreto: **(i)** la competencia; **(ii)** la acreditación de la condición de concejal del acusado para la época de los hechos; **(iii)** el planteamiento del problema jurídico a resolver en el presente caso; **(iv)** la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos y los elementos tipificadores de la conducta; **(v)** lo probado en el proceso; **(vi)** el análisis del caso concreto, para posteriormente señalar **(vii)** las conclusiones del caso.

II.1. La competencia

63. Esta Sala de Decisión es competente para decidir esta controversia en virtud de lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 48 de la Ley 617; en el artículo 13 del Acuerdo 80 expedido el 12 de marzo de 2019¹⁷; y en el artículo 150 del CPACA¹⁸.

II.2. La acreditación de la condición de concejal para la época de los hechos juzgados

64. El concejal Edgardo Enrique López Vergara ostenta la condición de concejal del municipio de Aracataca, Magdalena, de conformidad con el formulario E-26 CON, expedido por el Consejo Nacional Electoral, contentivo de la declaratoria de elección de los miembros pertenecientes a dicha corporación político-administrativa donde consta que fue uno de los servidores públicos electos para el período constitucional 2020-2023, por el Partido Alianza Verde¹⁹.

65. De esta manera queda acreditada la condición del accionado como sujeto pasivo del presente mecanismo de control de pérdida de investidura, cumpliéndose el requisito previsto en el literal b) del artículo 5° de la Ley 1881 de 2018²⁰, norma aplicable a los procesos de pérdida de investidura de los servidores públicos de

¹⁷ «Por el cual se expide el Reglamento Interno del Consejo de Estado».

¹⁸ «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo».

¹⁹ Anexo de la demanda. Documento 007. Demanda PDF. Expediente digital.

²⁰ «ARTÍCULO 5. Cuando la solicitud sea presentada ante el Consejo de Estado por un ciudadano, esta deberá formularse por escrito y contener, al menos: [...] b) Nombre del Congresista y su acreditación expedida por la Organización Electoral Nacional [...]».



RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

elección popular del orden territorial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 22 de la misma ley²¹.

II.3. El planteamiento del problema jurídico

66. De acuerdo con las prescripciones del artículo 328 del Código General del Proceso²² (en adelante CGP) y como quiera que la competencia del juez de segunda instancia se encuentra delimitada por los motivos concretos de alzada, esta Sala de Decisión abordará, como problema jurídico, el consistente en definir si el concejal Edgardo Enrique López Vergara incurrió en la conducta descrita en el artículo 48.4 de la Ley 617 de 2000, según la cual los concejales perderán su investidura por indebida destinación de dineros públicos para lo cual analizará si se configuran los elementos tipificadores de tal conducta.

67. En este sentido, se deberá determinar si el concejal Edgardo Enrique López Vergara, al haber ordenado el reconocimiento de unos honorarios a favor de los concejales Alberto Jiménez Cantillo, Luis Alberto López Visbal y José Artemo Marín Marulanda por su asistencia a la sesión del 19 de abril de 2021 y, a favor del concejal José Artemo Marín Marulanda por su asistencia a la sesión del 24 de febrero de la presente anualidad, incurrió en la conducta endilgada por el accionante, al haber traicionado, cambiado o distorsionado los fines estatales preestablecidos por la Constitución y la ley.

68. Sin embargo, dicho análisis no se agota allí, pues en el evento de demostrarse el elemento objetivo de la conducta debe evaluarse si la misma se realizó a título de dolo o de culpa grave, en los términos previstos por la Ley 1881 de 2018, modificada por la Ley 2003 de 2019.

²¹ «ARTÍCULO 22. Las disposiciones contenidas en esta ley serán aplicables, en lo que sea compatible a los procesos de pérdida de investidura de concejales y diputados».

²² «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.
Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.
En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.
El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.
En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia».

RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

II.4. La causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos y su desarrollo jurisprudencial

69. De conformidad con el artículo 48.4 de la Ley 617 de 2000, los concejales municipales y distritales perderán su investidura «[...] 4. Por indebida destinación de dineros públicos».

70. La Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de 30 de mayo de 2000²³, al fijar el alcance y las características de dicha causal de pérdida de investidura, precisó lo siguiente:

«[...]Entre la gama de conductas que pueden dar lugar a la causal en cuestión, si bien algunas de ellas al tiempo se encuentran definidas en la legislación penal como delitos, tales como: el peculado (por apropiación, por uso, o por aplicación oficial diferente (arts. 133, 134 y 136 del C. P.), el enriquecimiento ilícito (art. 148 del C.P.), el interés ilícito en la celebración de contratos (art. 145 del C.P.), el trámite de contratos sin observancia de los requisitos legales (art. 146 del C.P.), ellas no son las únicas a las que se refiere el numeral 4º del artículo 183 de la Constitución, por cuanto existen otras más que perfectamente pueden quedar comprendidas en esta específica causal de pérdida de investidura, en tanto consistan en la aplicación de dineros públicos a una finalidad o propósito diferente o contrario al legal o reglamentariamente preestablecido, sin que necesariamente las mismas estén tipificadas como delitos.

Por consiguiente, el elemento tipificador de la causal de pérdida de investidura en referencia, está en el hecho de que el congresista, en su condición de servidor público, que lo es (art. 123 de la Constitución), con su conducta funcional, **al ejercer las competencias de las que ha sido revestido, traiciona, cambia o distorsiona los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento, para destinar los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados, o a otros sí autorizados pero diferentes a aquellos para los cuales se**

²³Sentencia de 30 de mayo del 2000, expediente AC-9877, Actor: Emilio Sánchez Alsina, MP: Germán Rodríguez Villamizar. Tesis, reiterada por el Consejo de Estado, en otras providencias:

Sala Plena, sentencia de 20 de junio de 2000, Radicación número: AC-9875 y AC-9876, actor: Emilio Sánchez Alsina y Otro, demandado: Armando de Jesús Pomarico Ramo.

Sala Plena, radicado: AC-10753, actor: Miguel Ángel Castillo, demandado: Antenor Duran Carrillo, MP: Juan Alberto Polo Figueroa.

Sala Plena del Consejo de Estado, sentencia de 12 de febrero de 2001, AC- 12321, actor: Domingo Andrés José Ordoñez Giraldo, demandada: Leonor González Mina, MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Sala Plena del Consejo de Estado, sentencia de 4 de septiembre de 2001, radicado: 11001-03-15-000-2001-0098-01(AC), actor: Pablo Bustos y otro, demandado: José Antonio Gómez Hermida.

Sala Plena del Consejo de Estado, sentencia de 5 de febrero de 2002, radicado: 11001-03-15-000-2001-0209-01(PI-030), actor: Yecid Chequamarca García, demandado: Leonardo Caicedo Portura, MP: María Elena Giraldo Gómez.

RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

encuentran asignados, o cuando aplica tales recursos a materias expresamente prohibidas, no necesarias o injustificadas, o cuando la finalidad es obtener un incremento patrimonial personal o de terceros, o cuando pretende derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o de terceras personas, etc.

En los eventos como los antes indicados, la conducta del congresista bien puede ser delictiva o no, ajustada o no a un procedimiento legal de ordenación del gasto o de contratación, pero, su finalidad es otra muy distinta a la señalada en la Constitución, la ley o los reglamentos».

71. Siguiendo la jurisprudencia, «[...]e]l énfasis interpretativo de la causal no ha de colocarse sobre la expresión “dineros públicos” sino sobre la forma en que se puede llevar a cabo su correcta destinación²⁴», ya que la indebida destinación de dineros públicos puede darse de manera directa o indirecta. La primera, ocurre cuando el congresista, en este caso, un concejal, en su calidad de ordenador del gasto dispone de los recursos que forman parte del erario público, en cambio la modalidad indirecta se presenta cuando no actuando como ordenador del gasto propicia con su conducta una indebida destinación indebida de los dineros. Así las cosas, se ha precisado lo siguiente:

«[...] la indebida utilización de dineros públicos, puede llevarse a cabo de dos formas diferentes, de manera directa o de manera indirecta. Será DIRECTA cuando el congresista – con capacidad de ordenación del gasto – dispone ilícitamente de recursos del erario, bien sea para obtener finalidades particulares (a través, por ejemplo, de la celebración de contratos estatales sin establecer su necesidad, oportunidad o conveniencia, tal y como se examinó en la sentencia del 20 de junio de 2000, Expedientes AC-9875 y AC-9876) o para ordenar una destinación diferente a la establecida en el Presupuesto para esos dineros públicos. Y se presentará la destinación INDIRECTA cuando a pesar de haber sido ordenado el gasto para el objeto previsto en el respectivo Presupuesto, el congresista propicia con su conducta una destinación distinta al objeto para el cual fueron consagrados.

Toda vez que la Constitución Política al instituir como causal de pérdida de investidura la “*Indebida destinación de dineros públicos*”, no estableció que la misma tenía que ser DIRECTA, es plausible que esta destinación pueda ser INDIRECTA, como lo ha aceptado la Corporación en los casos señalados atrás.

²⁴ Consejo de Estado, Sala Plena, radicado: 11001-03-15-000-2001-00101-01(PI), actor: Abel Benito Castro, demandado: Franklin Segundo García Rodríguez, MP: Ligia López Díaz.

Pueden consultarse además las siguientes providencias:

Sala Plena del Consejo de Estado, sentencia de 5 de junio de 2001, radicado: 11001-03-15-000-2001-0069-01(AC), actor: Rafael Robles Solano, demandado: Darío Saravia Gómez, MP: Ricardo Hoyos Duque.

Sala Plena del Consejo de Estado, radicado: 11001-03-15-000-2020-04001-00(PI), actor: Oromairo Avella Ballesteros, demandado: Cesar Augusto Ortiz Zorro, MP: William Hernández Gómez.

RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

Entonces, la Sala de acuerdo con el Ministerio Público, considera que la indebida destinación de dineros públicos – aún entendida bajo el criterio jurisprudencial exclusivamente monetario –, se configura no solamente cuando el congresista, en ejercicio de su cargo, *"traiciona, cambia o distorsiona los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento"*, utilizando, aplicando o destinando directa e indebidamente los valores monetarios, sino también cuando utiliza intangibles o contratos como instrumentos para desviar los dineros públicos a fines distintos de los previstos en las disposiciones legales y reglamentarias.

En esta última hipótesis se presentará una indebida destinación de los dineros públicos en forma indirecta, toda vez que su utilización no autorizada, constituye una desviación de los recursos estatales, un gasto evidentemente no autorizado en objetivos diferentes del interés público. La indebida destinación indirecta se materializa en que los dineros públicos destinados para el cumplimiento de las funciones del congresista terminan beneficiando a terceras personas ajenas al mencionado objetivo²⁵».

72. En atención a los anteriores parámetros jurisprudenciales, la causal de pérdida de investidura asociada a la indebida destinación de dineros públicos se configura cuando el servidor público, en este caso un concejal, en ejercicio de sus funciones propias de su investidura traiciona, cambia o distorsiona los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento para los dineros públicos; destina o aplica tales recursos a materias expresamente prohibidas, innecesarias o injustificadas; busca un incremento patrimonial o un beneficio no necesariamente económico en su favor o de terceras personas²⁶, independientemente de que dicha actuación configure o no un delito penal²⁷

73. De esta manera, se tiene establecido por la jurisprudencia que, para la configuración de esta causal es necesaria la presencia de los siguientes requisitos:

- Que se ostente la condición de concejal;
- Que se esté frente a dineros públicos, es decir, que provengan de una actividad económica del Estado;

²⁵ Consejo de Estado, Sala Plena, radicado: 11001-03-15-000-2001-00101-01(PI), actor: Abel Benito Castro, demandado: Franklin Segundo García Rodríguez, MP: Ligia López Díaz.

Consejo de Estado, Sala Plena, radicado: 11001-03-15-000-2001-0154-01(PI-021), actor: Pablo Bustos Sánchez y Miryam Elizabeth Bustos, demandado: Basilio Villamizar Trujillo, MP: Reinaldo Chabarro Butiricá.

²⁶ (Cita es original): Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de 3 de octubre de 2000. MP: Doctor Darío Quiñones Pinilla. Expedientes AC 10529 y AC 10968.

²⁷ (Cita es original): Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 22 de noviembre de 2016, consejero ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio, expediente: 11001-03-15-000-2015-02938-00, accionante: Juan Carlos Arango, accionado: Luciano Grisales Londoño.



RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

- Que los dineros sean indebidamente destinados, esto es, a finalidades y cometidos estatales prohibidos o distintos a los previamente establecidos en la Constitución y la ley²⁸.

II.5. Enunciación de los medios de prueba

74. En el proceso se aportaron los siguientes elementos de prueba:

75. Acta No. 012 correspondiente a la sesión ordinaria del 19 de febrero de 2021 y Acta No. 17 que corresponde a la sesión ordinaria de 24 de febrero de 2021.

76. Videos correspondientes a las sesiones de 19 de febrero de 2021 y de 24 de febrero de 2021²⁹.

77. Oficio de 3 de mayo de 2021³⁰, suscrito por el presidente del concejo municipal de Aracataca, Magdalena, en cumplimiento del fallo de tutela del Juzgado Promiscuo Municipal de Aracataca de 29 de julio de 2021 (radicado 2021-00228-00³¹) donde se certifica las sesiones realizadas en el mes de febrero y las erogaciones que fueron reconocidas a favor de los concejales por concepto de asistencia a las sesiones.

78. Solicitudes de devolución de los honorarios pagados en exceso de fecha 17 de agosto de 2021, suscritas por el presidente del concejo municipal y dirigidas a los concejales Yoelmi Alberto Jiménez Cantillo (por la suma de 212.000), Luis Alberto López Visbal (por la suma de \$212.000) y José Artemo Marín Marulanda (por la suma de 424.000)³².

79. Declaraciones de los señores Heriberto Roper Padilla y Alfonso Fabián Vargas de Ávila, secretarios de Desarrollo Social y de Salud, respectivamente, y de la

²⁸ Sala Plena del Consejo de Estado, radicado: 11001-03-15-000-2015-00111-00, actor: Pablo Bustos Sánchez y otros, demandado: Carlos Enrique Jaramillo Soto, MP: Rafael Francisco Suárez Vargas, entre otras providencias.

²⁹ 002 y 003 Y 004. Demanda. MP4.

³⁰ 007. Demanda. PDF.

³¹ Fallo de tutela de 29 de julio de 2021, proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Aracataca, Magdalena, dentro del radicado: 47-053-40-89-001-2021.00228-00 (actor: Carlos Andrés Avendaño, demandado: concejo municipal de Aracataca).

³² 0016. Demanda PDF.



RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

señora Margarita Rosa Villalobos Arrieta, secretaria del concejo municipal de Aracataca³³.

80. Dichas pruebas serán apreciadas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y persuasión racional, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 176 del Código General del Proceso³⁴.

II.6.- El caso concreto

II.6.1.- Análisis del elemento objetivo de la conducta

- **Cualidad del sujeto activo**

81. Como quedó consignado en líneas precedentes, se encuentra demostrado que el concejal Edgardo Enrique López Vergara ostenta la condición de concejal del municipio de Aracataca, Magdalena, según lo certifica el formulario E-26 CON, expedido por el Consejo Nacional Electoral y, en igual sentido, de conformidad con las actas de las sesiones que reposan en el plenario, para la época de los hechos fungió como presidente de la corporación político-administrativa, cargo en cuyo ejercicio y como ordenador del gasto dispuso el reconocimiento de los honorarios a favor de los concejales.³⁵

- **Que se trate de dineros públicos**

82. El artículo 11 del Decreto 111 de 15 de enero de 1996³⁶ señala que el presupuesto se compone de las siguientes partes: **(i)** el presupuesto de ingresos o

³³ 005Demanda. MP4.

³⁴ Artículo 176. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

³⁵ Según consta en el Oficio de 3 de mayo de 2021, suscrito por el concejo del municipio de Aracataca, con destino al Juzgado Promiscuo Municipal, en cumplimiento de la orden de tutela.

³⁶ «Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto».

ARTÍCULO 11. El presupuesto general de la Nación se compone de las siguientes partes:

- a) El presupuesto de rentas contendrá la estimación de los ingresos corrientes de la Nación; de las contribuciones parafiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del presupuesto, de los fondos especiales, los recursos de capital y los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional;
- b) El presupuesto de gastos o ley de apropiaciones. Incluirá las apropiaciones para la rama judicial, la rama legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil que incluye el Consejo Nacional



RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

rentas; **(ii)** el presupuesto de gastos, a su vez conformado por los gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública y gastos de inversión, y **(iii)** disposiciones generales.

83. Así mismo, y de conformidad con los artículos 3° y 10 de la Ley 617 de 2000, los honorarios de los concejales se encuentran inmersos dentro de los gastos de funcionamiento y su pago se realiza con los ingresos corrientes de libre destinación,³⁷ normas que prescriben lo que a continuación se señala:

«[...] **ARTICULO 3o. FINANCIACION DE GASTOS DE FUNCIONAMIENTO DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES.** Los gastos de funcionamiento de las entidades territoriales deben financiarse con sus ingresos corrientes de libre destinación, de tal manera que estos sean suficientes para atender sus obligaciones corrientes, provisionar el pasivo prestacional y pensional; y financiar, al menos parcialmente, la inversión pública autónoma de las mismas.

PARAGRAFO 1o. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE**>
Para efectos de lo dispuesto en esta ley **se entiende por ingresos corrientes de libre destinación los ingresos corrientes excluidas las rentas de destinación específica, entendiendo por estas las destinadas por ley o acto administrativo a un fin determinado.**

Los ingresos corrientes son los tributarios y los no tributarios, de conformidad con lo dispuesto en la ley orgánica de presupuesto.

En todo caso, no se podrán financiar gastos de funcionamiento con recursos de:

[...]

PARAGRAFO 2o. Los gastos para la financiación de docentes y personal del sector salud que se financien con cargo a recursos de libre destinación del departamento, distrito o municipio, y que generen obligaciones que no se extingan en una vigencia, solo podrán seguirse financiando con ingresos corrientes de libre destinación.

PARAGRAFO 3o. Los gastos de funcionamiento que no sean cancelados durante la vigencia fiscal en que se causen, se seguirán considerando como gastos de funcionamiento durante la vigencia fiscal en que se paguen.

Electoral, los ministerios, los departamentos administrativos, los establecimientos públicos y la Policía Nacional, distinguiendo entre gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública y gastos de inversión, clasificados y detallados en la forma que indiquen los reglamentos, y
(Expresión subrayada, declarada EXEQUIBLE mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-230A de 2008)
c) Disposiciones generales. Corresponde a las normas tendientes a asegurar la correcta ejecución del presupuesto general de la Nación, las cuales regirán únicamente para el año fiscal para el cual se expidan (L. 38/89, art. 7º; L. 179/94, arts. 3º, 16 y 71; L. 225/95, art. 1º).

³⁷Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, radicado: 08001-23-33-000-2013-00435-01(PI), actor: Veeduría Ciudadana Caribe Legal, demandado: Martín Antonio Rodríguez Montero, MP: María Elizabeth García González.

RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

PARAGRAFO 4o. Los contratos de prestación de servicios para la realización de actividades administrativas se clasificarán para los efectos de la presente ley como gastos de funcionamiento.” (negritas fuera del texto)

“Artículo 10.- Valor máximo de los gastos de los concejos, personerías, contralorías distritales y municipales. Durante cada vigencia fiscal, los gastos de los concejos no podrán superar el valor correspondiente al total de los honorarios que se causen por el número de sesiones autorizado en el Artículo 20 de esta ley, más el uno punto cinco por ciento (1.5%) de los ingresos corrientes de libre destinación».

84. En consecuencia, esta Sala de Decisión considera que el concejal Edgardo Enrique López Vergara, al haber ordenado el reconocimiento y pago de unos honorarios, en su condición de presidente del concejo municipal de Aracataca, Magdalena, dispuso de unos recursos públicos que integran el presupuesto de la entidad territorial, y en esa medida se encuentra probado el segundo requisito que integra la causal de pérdida de investidura objeto de análisis.

- **Que se trate de una conducta prohibida**

85. En el caso *sub examine*, el solicitante insiste en que el acusado incurrió en la conducta descrita en el artículo 48.4 de la Ley 617 de 2000, norma que consagra la indebida destinación de dineros públicos como causal de pérdida de investidura de los concejales. Ello en razón a que el señor Edgardo Enrique López Vergara, como presidente de la corporación político-administrativa de Aracataca, Magdalena, ordenó el reconocimiento de unos honorarios a favor de unos concejales pese a que no asistieron a las sesiones realizadas los días 19 y 24 del mes de febrero de 2021.

86. En primer lugar, el accionante afirmó que no era cierto que la responsabilidad sobre los hechos juzgados en el presente proceso recaiga en la secretaria del concejo municipal. Explicó que las actas de los concejos como documentos que sirven de medio de prueba para demostrar la asistencia de los concejales son suscritas por el presidente del concejo y la secretaria, según lo dispuesto por el artículo 26 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 16 de la Ley 1551 de 2012, por lo que en ese sentido resulta exigible que el concejal efectúe la revisión de tales documentos antes de proceder a su firma.

87. Por otra parte, precisó que el Tribunal dejó de lado el análisis de las funciones del presidente del concejo municipal de Aracataca, previstas en el artículo 15 del Reglamento Interno. Como fundamento de ello, indicó que le corresponde: presidir la mesa directiva (numeral 1°); convocar, presidir y dirigir las sesiones plenarias del concejo (numeral 2°); cuidar que el secretario y los demás empleados de la corporación cumplan debidamente sus funciones y deberes (numeral 18°); actuar

RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

como ordenador del gasto y presupuesto de la corporación, con sujeción a la ley orgánica del presupuesto, la cual puede ser delegada en la secretaría general (numeral 25°) y; vigilar el funcionamiento del concejo municipal en todos los órdenes (numeral 29°).

88. Con todo, consideró que, del cotejo de las funciones a cargo del presidente con aquellas asignadas a la secretaría general de la corporación, era posible derivar la responsabilidad del presidente del concejo. Lo anterior, en vista de que el citado servidor público es ordenador del gasto y suscribió las actas de las sesiones de esas fechas.

89. En segundo lugar, alegó que el *a quo* desconoció el principio de unidad de la prueba, pues no valoró todas las declaraciones de los testigos que fueron recaudados en la primera instancia y no efectuó su confrontación con los demás medios de convicción que reposan en el plenario.

90. En tercer lugar, afirmó que la conducta resulta imputable a título de dolo pues el acusado actuó con el pleno conocimiento sobre la existencia de la conducta objeto de reproche. Puso de presente que uno de los concejales ausentes era miembro integrante de la mesa directiva, y cuestionó que la presunta devolución de los dineros se haya realizado con ocasión de la presentación de la demanda como una estrategia de defensa.

(i) El reconocimiento de los honorarios a favor de los concejales exige que se compruebe la asistencia a las sesiones ordinarias o extraordinarias

91. Según el artículo 312 de la Carta Política, en armonía lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 136 de 1994³⁸, los concejales tienen derecho a percibir honorarios por su asistencia comprobada a sesiones ordinarias o extraordinarias.

³⁸ «[...] **ARTÍCULO 312.** Modificado por el art. 5, Acto Legislativo 01 de 2007. <El nuevo texto es el siguiente> En cada municipio habrá una corporación político-administrativa elegida popularmente para períodos de cuatro (4) años que se denominará concejo municipal, integrado por no menos de 7, ni más de 21 miembros según lo determine la ley de acuerdo con la población respectiva. Esta corporación podrá ejercer control político sobre la administración municipal.

[...]

La ley podrá determinar los casos en que tengan derecho a honorarios por su asistencia a sesiones.

Su aceptación de cualquier empleo público constituye falta absoluta [...]

«ARTÍCULO 65. RECONOCIMIENTO DE DERECHOS. Los miembros de los concejos de las entidades territoriales tienen derecho a reconocimiento de honorarios por la asistencia comprobada a las sesiones plenarias.

Así mismo, tienen derecho, durante el período para el cual fueron elegidos, a un seguro de vida y a la atención médico-asistencial personal, vigente en la respectiva localidad para los servidores públicos municipales.



RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

92. En cuanto a la liquidación de los honorarios de los concejales, el artículo 66 de la Ley 136 de 1994³⁹, subrogado por el artículo 2° de la Ley 2075 de 2021⁴⁰, señala lo siguiente:

«[...] **ARTÍCULO 66.- Causación de honorarios.** Atendiendo la categorización establecida en la Ley 617 de 2000, el valor de los honorarios por cada sesión que asistan los concejales, será señalado en la siguiente tabla:

CATEGORIA	HONORARIOS POR SESIÓN
Especial	\$ 516.604
Primera	\$ 437.723
Segunda	\$ 316.394
Tercera	\$ 253.797
Cuarta	\$ 212.312
Quinta	\$ 212.312
Sexta	\$ 212.312

A partir del primero (1) de enero de 2021, los honorarios señalados en la anterior tabla, se incrementarán cada año en porcentaje equivalente a la variación del IPC correspondiente al año inmediatamente anterior.

En los municipios de categoría especial, primera y segunda, se pagarán anualmente ciento cincuenta (150) sesiones ordinarias y hasta cuarenta (40) extraordinarias al año. En los municipios de categorías tercera a sexta, se pagarán anualmente setenta (70) sesiones ordinarias y hasta veinte (20) sesiones extraordinarias al año.

Las resoluciones que para efecto de reconocimiento de honorarios expidan las mesas directivas de los concejos, serán publicadas en los medios oficiales de información existentes en el respectivo municipio o distrito. Cualquier ciudadano o persona podrá impugnarlas, y la autoridad competente, según el caso, dará curso a la investigación o proceso correspondiente»

³⁹ Cabe destacar que el artículo 66 de la Ley 136 de 1991 ha sido objeto de numerosas modificaciones: el artículo 20 de la Ley 617 de 2000 «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». Luego, el artículo 1° de la Ley 1368 de 2009 «Por medio de la cual se reforman los artículos 66 y 67 de la Ley 136 de 1994 y se dictan otras disposiciones», y, de manera más reciente, por el artículo 2° de la Ley 2075 de 2021 «Por medio de la cual se modifica el régimen vigente para la liquidación de honorarios de los concejales de los municipios de cuarta, quinta y sexta categoría; se adoptan medidas en seguridad social y se promueve el derecho al trabajo digno».

⁴⁰ Norma que fue publicada en el Diario Oficial No. 51.551 de 8 de enero de 2021.

RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

PARÁGRAFO 1. Los honorarios son incompatibles con cualquier designación proveniente del tesoro público del respectivo municipio, excepto con aquella originadas en pensiones o sustituciones pensionales y las demás excepciones previstas en la Ley 4 de 1992.

PARÁGRAFO 2. Se exceptúan del presente Artículo los concejales de la ciudad de Bogotá, por cuanto el Decreto-ley 1421 de 1993, regula la materia.

PARÁGRAFO 3. En todo caso, los honorarios mensuales que devenguen los concejales no podrán ser inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.

PARÁGRAFO 4. Las sesiones de comisiones permanentes a las que asista los concejales serán remuneradas con el mismo valor de una sesión ordinaria y tendrán los mismos límites definidos en este Artículo para las sesiones ordinarias,

PARÁGRAFO 5. Todo aumento en el valor que los concejales de municipio de categoría cuarta, quinta y sexta, que reciban por concepto de honorario en relación con la que actualmente perciben, estará a cargo de las entidades territoriales».

93. De otra parte, a las mesas directivas les corresponde expedir las resoluciones para efectos del reconocimiento de los honorarios, actos administrativos que deben ser publicados en los medios oficiales existentes en el respectivo municipio o distrito, con el fin de que cualquier ciudadano pueda impugnarlos, en cuyo caso, la autoridad competente debe dar trámite a la investigación correspondiente (artículo 65 de la Ley 136 de 1994).

94. Frente a la posibilidad de que se establezcan limitaciones en relación con el número de sesiones que los municipios pueden remunerar a los concejales en consideración a la categoría a la que pertenece el ente territorial, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C- 540 de 2001⁴¹, indicó que perseguía dos propósitos esenciales:

«[...] 1) garantizar que los concejos utilicen en debida forma las oportunidades en que se reúnen a debatir los asuntos de interés del municipio y 2) evitar que los concejales dilaten la toma de decisiones para presionar la prórroga de las sesiones ordinarias o la convocatoria a sesiones extraordinarias para aprobar los proyectos de acuerdo que les compete. En ambos sentidos la finalidad de la norma se enmarca dentro de los principios de eficacia y economía de la función administrativa, además del cumplimiento de los fines esenciales del Estado y de la prevalencia del interés general (C.P., arts. 1, 2 y 209). Así mismo, el trato diferente se manifiesta en el señalamiento de límites distintos a las sesiones ordinarias y extraordinarias de los concejos que anualmente se pueden remunerar, en consideración a la categoría a la que pertenezca el municipio».

⁴¹ Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio

RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

95. Cabe resaltar que el artículo 4° de la Ley 2075 de 2021 establece que todos los concejales del país tienen derecho a recibir el pago de los honorarios causados cada mes por concepto de su participación en sesiones ordinarias y extraordinarias, como máximo dentro de los primeros 5 días del mes siguiente a la fecha en la cual fueron causados estos honorarios.

96. A partir de las anteriores premisas normativas, es posible evidenciar que los miembros de las corporaciones político-administrativas de las entidades territoriales tienen derecho al reconocimiento de los honorarios siempre que se verifique la asistencia a las sesiones (entiéndase ordinarias o extraordinarias), sin superar los límites previstos en la Ley 2075 de 2021.

97. Desde tal óptica, el presidente del concejo, como ordenador del gasto, debe velar por el correcto uso de los dineros públicos procedentes del tesoro. De tal manera que cuando autoriza el pago de los honorarios sin que se encuentre satisfecho el requisito constitucional y legal atinente a que se demuestre la asistencia comprobada a las sesiones, entiéndase ordinarias o extraordinarias, genera como consecuencia que dichos recursos del Estado se destinan a un propósito no autorizado por la Constitución Política y la ley.

98. En efecto, de conformidad con el artículo 110 del Decreto 111 de 15 de enero de 1996⁴², los presidentes de los concejos, como jefes de las corporaciones político-administrativas son competentes para contratar, comprometer a la persona jurídica de la cual hacen parte, así como para ordenar el gasto respectivo con fundamento en las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección del presupuesto. La citada norma es del siguiente tenor:

«[...] ARTÍCULO 110. **Los órganos** que son una sección en el presupuesto general de la Nación, **tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección,**

⁴² «Por el cual se compilan la Ley **38** de 1989, la Ley **179** de 1994 y la Ley **225** de 1995 que conforman el estatuto orgánico del presupuesto».

ARTÍCULO 11. El presupuesto general de la Nación se compone de las siguientes partes:

- a) El presupuesto de rentas contendrá la estimación de los ingresos corrientes de la Nación; de las contribuciones parafiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del presupuesto, de los fondos especiales, los recursos de capital y los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional;
- b) El presupuesto de gastos o ley de apropiaciones. Incluirá las apropiaciones para la rama judicial, la rama legislativa, la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil que incluye el Consejo Nacional Electoral, los ministerios, los departamentos administrativos, los establecimientos públicos y la Policía Nacional, distinguiendo entre gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública y gastos de inversión, clasificados y detallados en la forma que indiquen los reglamentos, y
(Expresión subrayada, declarada EXEQUIBLE mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-230A de 2008)
- c) Disposiciones generales. Corresponde a las normas tendientes a asegurar la correcta ejecución del presupuesto general de la Nación, las cuales registrarán únicamente para el año fiscal para el cual se expidan (L. 38/89, art. 7°; L. 179/94, arts. 3°, 16 y 71; L. 225/95, art. 1°).

RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. **Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano** quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el estatuto general de contratación de la administración pública y en las disposiciones legales vigentes.

[...]

En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las superintendencias, unidades administrativas especiales, **las entidades territoriales, asambleas y concejos**, las contralorías y personerías territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica [...]" (Negrilla fuera de texto)

99. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁴³, en concepto 908 de 11 de octubre de 1996 se pronunció sobre la capacidad que tienen los presidentes de los concejos para contratar y ordenar el gasto, en el siguiente sentido:

«[...] 7. Ordenación del gasto y celebración de contratos por parte de los concejos y las asambleas.

7.1. En relación con la administración municipal, corresponde al alcalde ordenar los gastos municipales y celebrar los contratos y convenios de acuerdo con el plan de inversión y presupuesto; cuando en ejercicio de esta función se excedan las partidas presupuestales de la vigencia, o se sobrepase la capacidad de endeudamiento se incurre en causal de mala conducta (arts. 313-3 y 315-9 de la Constitución Nacional y 9-d-5- de la ley 136 de 1993). En relación con la administración departamental sucede algo semejante con el gobernador (arts. 300-9, 303, 305-2 de la Constitución Nacional).

7.2. Para los efectos de la ley 80 de 1993, el artículo 2o. denomina "entidades estatales" a los departamentos y municipios, otorga además a otros organismos o dependencias del Estado capacidad para celebrar contratos. Para los mismos fines, denomina servidores públicos a los miembros de las corporaciones públicas, "que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas".

7.3. **El Estatuto Orgánico de Presupuesto, decreto 111 de 1996, en su artículo 110, otorga al jefe de cada órgano, capacidad para contratar y comprometer a la persona jurídica de la cual haga parte, así como para ordenar el gasto respectivo con fundamento en las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección del presupuesto.** Estas atribuciones son delegables en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces.

El inciso 3o. de la citada disposición extendió la capacidad para ejercer las citadas atribuciones a las asambleas y **a los concejos**, y en general a "todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica". Su ejercicio debe ceñirse a las normas del Estatuto General de Contratación Administrativa y a las disposiciones legales vigentes.

⁴³ Concepto 908 de 11 de octubre de 1996, M.P. Roberto Suárez Franco

RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

7.4. El concejo municipal es una corporación administrativa integrada por lo menos de siete ni más de veintiún miembros, elegidos popularmente para períodos de tres años. La mesa directiva de los concejos se compone de un presidente y dos vicepresidentes, elegidos separadamente para períodos de un año; ningún concejal puede ser reelegido en dos períodos consecutivos en la respectiva mesa directiva (art. 28, ley 136 de 1994).

7.5. Para los fines indicados en el artículo 110 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, quien hace las veces de jefe del concejo o de la asamblea, es el presidente de la respectiva Corporación. Por lo tanto, estos servidores públicos son las personas legalmente competentes para contratar y comprometer a la corporación administrativa como parte de la entidad territorial a la que pertenezca, así como también para ordenar el gasto con el fin de atender las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección del presupuesto.

Esta competencia le está asignada por la misma ley (art.110 del decreto 111 de 1996); no requiere de reglamentación del concejo o de la asamblea; no obstante, su ejercicio puede reglamentarse por acto administrativo mediante el cual la entidad territorial ajuste las normas sobre programación, elaboración, aprobación y ejecución de su presupuesto a las normas previstas en la ley orgánica del mismo, a lo cual debe procederse a más tardar el 31 de diciembre de 1996 (art. 104 decreto 111 de 1996) [...]”. (negrilla fuera de texto)

100. Bajo tal perspectiva, los recursos del Estado destinados a sufragar el pago de tales emolumentos deben destinarse a los fines y propósitos para los cuales fueron asignados por el legislador. En esa medida, se incurre en la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos si en el cumplimiento de las funciones de las cuales ha sido investido el servidor público de elección popular **(i)** traiciona, cambia o distorsiona los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento, para destinar los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados, o a otros sí autorizados pero diferentes a aquellos para los cuales se encuentran asignados; o **(ii)** aplica tales recursos a materias expresamente prohibidas, no necesarias o injustificadas; o **(iii)** con la finalidad de obtener un incremento patrimonial personal o de terceros; o **(iv)** derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o de terceras personas.

(ii) Los hechos probados en el *sub examine*

101. Dilucidado lo anterior, en el proceso constan los siguientes elementos de prueba con el fin de demostrar la indebida destinación de dineros públicos:

a) Acta No. 012 correspondiente a la sesión ordinaria del 19 de febrero de 2021, suscrita por el presidente del concejo municipal de Aracataca, Edgardo Enrique López Vergara y por la secretaria del concejo, Margarita Rosa Villalobos Arrieta, documento en el que consta que el concejo municipal se reunió con el fin de citar al secretario de desarrollo del mismo ente territorial, señor Heriberto Roper Padilla.



RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

De lo consignado en dicho documento, se evidencia que, luego de efectuarse el llamado a lista y la verificación del cuórum, respondieron la totalidad de los trece (13) concejales integrantes de la duma municipal⁴⁴, en el siguiente sentido:

«[...] Acta No. 12
CORRESPONDIENTE A LA REUNIÓN NÚMERO 12 DE SESIONES
ORDINARIAS DEL DÍA 19 DE FEBRERO DEL 2021,
Orden del día
Hora: 10:30 am.

1. Llamado a lista y verificación del Quórum
2. Lectura del acta anterior.
3. Lectura de Correspondencia.
4. Citación Doctor Heriberto Roperero Secretario de Desarrollo.
5. Propositiones y varios.

DESARROLLO

1. En el llamado a Lista y verificación del Quórum del (sic) parte del secretario respondieron los siguientes concejales que a continuación se relacionan:

1. AGUDELO RAMOS JOSÉ MANUEL
2. CERVANTES PACHECO ADIMIRO ANTONIO.
3. DE LA ROSA MARIMON ALDYZ EDORITA.
4. JARAMILLO ESCALANTE JORGE LUIS.
5. JIMÉNEZ CANTILLO YOELMI ALBERTO.
6. LOPEZ VERGARA EDGARDO ENRIQUE.
7. LOPEZ VISBAL LUIS ALBERTO.
8. MARIN MARULANDA JOSE ARTEMO.
9. OLIVIERI ORTEGA JOSE FERNANDO
10. PADILLA HERNÁNDEZ BÁRBARA ISABEL.
11. PEREZ BRACHO JAIME LUIS.
12. SALGADO PACHECO LEITER.
13. SERRATO IRIARTE JOSE MANUEL

El acta anterior se leyó por subtítulo solicitado por el concejal cervantes aprobada por toda la Plenaria. En lectura no se leyó oficio alguno.

Citación Doctor Heriberto Roperero secretario de Desarrollo

1. Traer un Resumen de la Gestión de la Secretaría de Gobierno en general del año 2020
2. Qué seguimiento le hizo usted a la Política Pública de Turismo Municipal establecida según los Lineamientos de la Ley, especificar los gastos de este rublo y actividades.
3. Traer Organigrama con fechas establecidas del comité.
4. Agenda Organizada de todo el Año en curso con las oficinas que dependen de su Secretaría.

⁴⁴ 007 Demanda PDF. SAMAI. Expediente Digital.



RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

5. Informe de los Resultados de las pruebas ICFES a Nivel Municipal

[...]

Nota: El secretario de Desarrollo Social, quedo (sic) comprometido en enviar el Informe por escrito de cada pregunta par anexarla al acta.

Proposiciones y Varios.

Agotado el orden del día se da por terminada la reunión a las 3:30 am el día 19 de febrero de 2021.

EDGARDO LÓPEZ VERGARA
Presidente del Concejo.

MARGARITA VILLALOVOS ARRIETA
Secretaría General.

b) **Video correspondiente a la sesión de 19 de febrero de 2021**, publicado en el sitio web Facebook Live que maneja el concejo municipal de ese ente territorial donde se evidencia, inicialmente, que el presidente de la sesión, esto es, el concejal Edgardo Enrique López Vergara, es quien la preside. A continuación, luego de declararse abierta formalmente, la secretaria del concejo municipal de Aracataca, Magdalena, Margarita Rosa Villalobos Arrieta, procede a evacuar el primer punto del orden del día correspondiente al llamado a lista y verificación del cuórum. Por último y contrario a lo consignado en el acta 12 correspondiente a la reunión realizada en esa fecha no respondieron el llamado a lista los siguientes concejales: **Yoelmi Alberto Jiménez Cantillo, Luis Alberto López Visbal y José Artemo Marín Marulanda⁴⁵**.

c) **Acta No. 17 que corresponde a la sesión ordinaria realizada el día 24 de febrero de 2021** (aunque por un error se consignó como fecha el 1° de marzo, tal y como lo reconoció la propia secretaria en la diligencia de testimonios practicada en la primera instancia) suscrita por el presidente del concejo municipal de Aracataca, Edgardo Enrique López Vergara y por la secretaria del concejo, Margarita Rosa Villalobos Arrieta; documento en el que consta que el concejo municipal de Aracataca se reunió con el fin de citar al secretario de salud del mismo ente territorial, el señor Alfonso Fabián Vargas de Ávila (aunque en tal documento aparece de manera errada que la citación se realiza al Secretario de Desarrollo).

De lo consignado en dicho documento, se evidencia que, luego de efectuarse el llamado a lista y la verificación del cuórum, respondieron la totalidad de los trece (13) concejales integrantes de la duma municipal, en el siguiente sentido:

«[...] **Acta No. 17**
CORRESPONDIENTE A LA REUNIÓN NÚMERO 17 DE SESIONES
ORDINARIAS DEL DÍA 1° DE MARZO DEL 2021,

⁴⁵ 002. Demanda. MP4.



RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

Orden del día
Hora: 2:30 pm.

1. Llamado a lista y verificación del Quórum
2. Lectura del acta anterior.
3. Lectura de Correspondencia.
4. Citación: Secretario de Desarrollo Dr. Alfonso Vargas de Ávila.
5. Proposiciones y varios.

DESARROLLO

1. En el llamado a Lista y verificación del Quórum del (sic) parte del secretario, respondieron los siguientes concejales que a continuación se relacionan:

1. AGUDELO RAMOS JOSÉ MANUEL
2. CERVANTES PACHECO ADIMIRO ANTONIO.
3. DE LA ROSA MARIMON ALDYZ EDORITA.
4. JARAMILLO ESCALANTE JORGE LUIS.
5. JIMÉNEZ CANTILLO YOELMI ALBERTO.
6. LOPEZ VERGARA EDGARDO ENRIQUE.
7. LOPEZ VISBAL LUIS ALBERTO.
8. MARIN MARULANDA JOSE ARTEMO
9. OLIVIERI ORTEGA JOSE FERNANDO
10. PADILLA HERNÁNDEZ BÁRBARA ISABEL.
11. PEREZ BRACHO JAIME LUIS.
12. SALGADO PACHECO LEITER.
13. SERRATO IRIARTE JOSE MANUEL

El acta anterior se leyó por subtítulo solicitado por el concejal cervantes aprobada por toda la Plenaria. En Lectura no se leyó oficio alguno.

Citación: Secretario de Desarrollo Dr. Alfonso Vargas de Ávila

1. Traer Un Resumen de la Gestión de la Secretaría de Salud Desarrollo Comunitario en General del año 2020.
2. Traer Organigrama con fechas establecidas del comité.
3. Agenda Organizada de todo el Año en curso con las oficinas que dependen de su Secretaría.
4. En sesión ordinaria del día 4 de septiembre del 2020, quedó usted comprometido, junto con la Secretaria de Gobierno, socializar los riesgos y la Proliferación del COVID 19 en la calle 8 sector Puente Los Varado y 4 esquinas, por la cantidad de vendedores ambulante (sic), sin protocolos de bioseguridad y hacinamiento en este sector, qué medidas ha tomado al Respecto.
5. Necesitamos saber si usted está pasando un informe semanal de las personas contagiadas con el Covid 19 en el Municipio, y si lo hace porque medios los está haciendo.
6. Exigir Puntualidad de los funcionarios que hacen parte de la Secretaría de Salud, nombre de los funcionarios y sus respectivos cargos.
7. Cuántos Usuarios existen por empresas subsidiadas distribuida (sic) de la siguiente maneras (sic) cabecera municipal, y corregimiento por corregimiento.



RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

8. Sírvasse informar: sobre el desarrollo del Plan Territorial de Salud Pública, en sus componentes de promoción y prevención vigilancia epidemiológica, inmunizaciones, programa materno infantil.

9. Esta Secretaría está vigilando y controlando la prestación del POS y del POS-S.

10. Está usted vigilando y controlando las IPS cumpliendo con sus servicios a cabalidad con los Usuarios, como entrega de citas especialistas, entrega de medicamentos completos y a tiempo.

11. Qué Acciones ha tomado la Secretaria de Salud y de Gobierno para minimizar los riesgos de Contagios en el Municipio.

Nota: se anexa documentación suministrada de cada pregunta de parte de la Oficina de Salud

Proposiciones y Varios.

Agotado el orden del día se da por terminada la reunión a las 5:45am el día 1 de marzo del 2021

EDGARDO LÓPEZ VERGARA
Presidente del Concejo.

MARGARITA VILLALOVOS ARRIETA
Secretaría General».

f) **Video correspondiente a la sesión de 24 de febrero de 2021**, publicado en el sitio web Facebook Live que maneja el concejo municipal de ese ente territorial, donde se evidencia, inicialmente, que el presidente de la sesión, esto es, el concejal Edgardo Enrique López Vergara, es quien la preside. A continuación, luego de declararse abierta formalmente, la secretaria del concejo municipal de Aracataca, Magdalena, Margarita Rosa Villalobos Arrieta, procede a evacuar el primer punto del orden del día correspondiente al llamado a lista y verificación del quórum. Por último y contrario a lo consignado en el acta 17 correspondiente a la reunión realizada en esa fecha no respondió el llamado a lista el siguiente concejal: **José Artemo Marín Marulanda**.

g) Oficio de 3 de mayo de 2021⁴⁶, suscrito por el presidente del concejo municipal de Aracataca, Magdalena en cumplimiento de la orden de tutela proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Aracataca, Magdalena⁴⁷, en el cual certificó que: *«[e]n el mes de febrero se realizaron 17 sesiones extras por valor de \$212.000 c/u para un valor total de \$46.852.0000. Sueldo de la Secretaria General \$1.341.000. Parafiscales \$542.354»*.

⁴⁶ 007. Demanda. PDF.

⁴⁷ Mediante fallo de tutela de 29 de julio de 2021, dentro del radicado: 47-053-40-89-001-2021.00228-00 (actor: Carlos Andrés Avendaño, demandado: concejo municipal de Aracataca), el Juzgado Promiscuo Municipal de Aracataca, Magdalena, resolvió amparar el derecho fundamental de petición del accionante y, ordenó a concejo municipal a dar respuesta de fondo, de forma clara y completa el derecho de petición del día 18 de mayo de 2021.

RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

102. De la lectura de las declaraciones rendidas por los señores Heriberto Roperó Padilla y Alfonso Fabián Vargas de Ávila, secretarios de desarrollo social y de salud del ente territorial de Aracataca, Magdalena, respectivamente, quienes asistieron, en su orden, a las sesiones ordinarias de control político celebradas los días 19 y 24 de febrero de 2021, se tiene que el primero de estos testigos, esto es, el **señor Heriberto Roperó Padilla**, secretario de desarrollo social, al referir lo ocurrido en la sesión ordinaria de control político realizada el 19 de febrero de 2021, como funcionario invitado, precisó:

«[...] Preguntado por la Magistrada: ¿Asistió usted en forma presencial o virtualmente a la sesión del concejo de Aracataca, llevada a cabo el día 19 de febrero del año 2021? A lo que contestó: **Sí señora, de manera presencial.**

Preguntado por la Magistrada: ¿Por qué razón asistió? A lo que contestó: fue una citación como control político, el honorable concejo municipal, me hizo una citación, como secretario de despacho, para hacer el control político durante todo mi periodo como secretario, ellos me hicieron unas preguntas, las mandaron a la secretaria y luego yo me presenté a darle respuesta a la citación de control político.

Preguntado por la Magistrada: ¿Usted estuvo desde el comienzo o desde el inicio de esa sesión? A lo que contestó: **Desde el inicio hasta el final**».

103. Al preguntársele sobre quiénes eran los funcionarios encargados de presidir la sesión y efectuar el llamado a lista y si la sesión realizada en dicha fecha fue presencial o virtual contestó:

«[...] Preguntado por la Magistrada: ¿Quién hizo el **llamado a lista**? A lo que contestó: **La secretaria como es natural.**

[...] Preguntado por el apoderado del accionante: ¿Dígale a esta audiencia, si el presidente del Concejo Municipal de Aracataca Edgardo López Vergara, estuvo desde el inicio, hasta el final de la sesión? A lo que contestó: Bueno, **el presidente fue el que inició la sesión de control político, o sea, él fue el que abrió la sesión y la finalizó**, entre otras cosas le voy a decir, que esa sesión se tenía programada para dos, tres horas y con el transcurso, teniendo en cuenta que fue una sesión muy interactiva de parte del concejo municipal, nosotros entramos, nueve de la mañana y estuvimos saliendo a las cuatro o cinco de la tarde, porque fue una sesión, de mucha interacción.

[...]

Preguntado por el señor agente del Ministerio Público: ¿Puede decimos si lo sabe, si esa sesión de control político a la cual usted concurrió fue citado se llevó a cabo de manera presencial por todos los concejales o si alguno de estos tenía la posibilidad de concurrir por mecanismos o vías electrónicas, o mecanismos electrónicos? A lo que contestó: bueno, la citación que me hicieron a mí fue de manera presencial, **fue para una sesión presencial** [...]».
(destacado de la Sala).

RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

104. En relación con la pregunta de si le constaba que los concejales Yoelmi Alberto Jiménez Cantillo, Luis Alberto López Visbal y José Artemo Marín Marulanda asistieron o no a la sesión de 19 de febrero de 2021 respondió:

«Preguntado por la Magistrada: ¿A usted le consta si los concejales Joelmi Alberto Cantillo Jiménez, José Artemo Marín Marulanda y Luis Alberto López Visbal, asistieron a la sesión del concejo ese 19 de febrero de 2021? A lo que contestó: **ellos no asistieron** [...]

Preguntado por la Magistrada: ¿Usted no los vio? A lo que contestó: **el recinto del honorable concejo, es algo pequeño y pues estábamos de frente y con completa intervención, porque estaban haciendo el control político y es fácil, como es un grupo pequeño, es fácil saber quién asiste o no asiste, porque estamos hablando de 13 concejales**» (destacado de la Sala).

105. A su vez, el segundo de estos testigos, esto es, el señor **Alfonso Fabián Vargas de Ávila**, secretario de salud, al aludir a lo ocurrido en la sesión de control político realizada el día 24 de febrero de 2021, indicó:

«La Magistrada del Tribunal preguntó: ¿Para precisar la pregunta: ¿Quién llamó a lista para verificar la asistencia de los concejales del municipio de Aracataca, en esa sesión del 24 de febrero del 2021? A lo que contestó: Bueno, **la secretaria del concejo fue la que hizo el llamado a lista**, porque vuelvo y le digo ella a mí me llamó a la lista, en su momento.

La Magistrada del Tribunal preguntó: ¿A usted y a los concejales? A lo que contestó: Sí claro [...]

Preguntado por el señor agente del Ministerio Público: ¿En su calidad de secretario del despacho del municipio de Aracataca, sabe usted o conoce cuál es el mecanismo, la forma o medio como sesiona el concejo municipal de Aracataca, lo hace presencial, a través de medios tecnológicos, es decir a través de plataformas tecnológicas o lo hace de manera mixta, es decir algunas presenciales y otros de plataformas tecnológicas, que nos puede ilustrar de ese particular, si lo sabe? A lo que contestó: pues, la verdad no tengo mucho conocimiento de cómo sesiona el concejo de Aracataca, pues por tema de pandemia no deberían sesionar presencialmente, **solo puedo dar fe de la del 24 de febrero, que fue donde estuve citado de que fue una presencial**, es lo único que puedo decir, de resto no sé cómo sesiona el concejo de Aracataca» (destacado de la Sala).

106. Por su parte, la señora **Margarita Rosa Villalobos Arrieta** precisó que, en su calidad de secretaria del concejo municipal le corresponde efectuar el llamado a lista, levantar las actas de las sesiones que son firmadas conjuntamente con el presidente del concejo, entre otras funciones. En su declaración explícitamente señaló lo siguiente:

RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

«[...] las funciones específicas mías, una de ellas, es llamar a lista a los concejales, a hacer las nóminas, pagar y hacer las actas cuando ya se termine la diligencia [...] Yo soy la que hago las actas y que yo soy la que hago el llamado a lista, en ningún momento, ninguno de la mesa directiva tiene este rol y así consta en el reglamento interno del concejo Municipal de Aracataca [...] Yo elaboro las actas, las firma el presidente y yo [...] Hacer las actas, llamar a lista a los concejales, hacer los informes correspondientes, hacer las nóminas, mirar el correo electrónico para la información que llega para la ciudadanía y así repartirla a la mesa directiva o a las comisiones en su momento, soy la persona que hace la nómina, va al banco, hace los giros y cancela a los honorables concejales» (destacado de la Sala).

107. En su relato indicó que, debido a un error «*involuntario*», en las actas de las reuniones de los días 19 y 24 de febrero quedó consignado que asistieron la totalidad de los trece (13) concejales pertenecientes a la duma municipal, a pesar de que en la primera de ellas (19 de febrero) no contestaron el llamado a lista los concejales Yoelmi Alberto Jiménez Cantillo, Luis Alberto López Visbal y José Artemo Marín Marulanda y, en la segunda (24 de febrero), no respondió el concejal José Artemo Marín Marulanda. En su declaración, precisó lo siguiente:

«[...] Preguntado: ¿Conoce usted las razones por las cuales usted fue citada a esta audiencia en caso afirmativa (sic) expóngale a esta diligencia o haga un relato de lo que sepa? Contestó: Fui citada a esta audiencia por una demanda de pérdida de investidura del honorable concejal Edgardo López Vergara.

Preguntado: ¿Conoce usted la razón? Contestó: El pasado 19 de febrero del año 2021, se citó a control político al secretario de desarrollo Heriberto Roper Padilla y el día 24 se citó a control político el secretario de salud Alfonso Vargas de Ávila, para hacerles un control político, fecha que erré, me equivoqué, coloqué que era el 1 de marzo en el acta, esa sesión se transmitió en vivo por Facebook, para que toda la audiencia cataquera, escuchara a viva voz de lo que se estaba requiriendo de los servidores públicos en mención. Ciertamente, llamé a lista, ya que en el reglamento interno que maneja el concejo Municipal de Aracataca, en el numeral 3 del artículo 40 del reglamento interno, fue aprobado en el concejo municipal número 014 del día 30 de noviembre, las funciones específicas mías, una de ellas, es llamar a lista a los concejales, a hacer las nóminas, pagar y hacer las actas cuando ya se termine la diligencia. Ciertamente, yo llamé a lista, en ninguna parte, como usted puede ver en los vídeos la mesa directiva tiene la responsabilidad de llamar a lista a los concejales, se pueden verificar muy bien en los vídeos: ningún miembro de la mesa directiva verifica esto, al igual que yo hago las actas.

Ciertamente yo llamé lista, los honorables concejales Yoelmi Jiménez Cantillo, el honorable concejal Luis López Visbal y el honorable concejal José Marín Marulanda, no se encontraban los días, el honorable concejal Yoelmi Jiménez, el día 19 y el honorable concejal Luis López el día 24, el honorable concejal José Marín Marulanda en las dos sesiones, no se encontraba. **Como las sesiones yo las hago de corta y pega, o sea yo, tengo un formato predestinado para hacer, obvié y se me olvidó y los coloqué**, no lo hice de mala fe, no lo hice para perjudicar a nadie, en ningún momento, ni para beneficiar a nadie, lo hice porque en el momento obvié, ya que fueron una

RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

sesiones muy prolongadas, fue de control político con unos cuestionarios **extensos y el mismo día no medio el tiempo de hacer el acta sino al día siguiente**, entonces obvie colocar eso (...) en ningún momento quise beneficiar a nadie, de igual manera le quiero decir, que si hubiéramos pagado por banco o si hubiéramos pagado por giros, me hubiera equivocado, ya que en las actas, yo ya había colocado que habían asistido por ya formato establecido que tenemos en el concejo Municipal (minuto 39).

[...]

Preguntado por la Magistrada⁴⁸: ¿Por qué se consignó en las actas que se reseñan en la demanda 012 y 17 la asistencia de los tres señalados concejales, si ellos no asistieron, vuelva y precíselo, por qué se consignaron su asistencia siendo que no asistieron de acuerdo a lo que ha dicho usted y los testigos que le antecedieron? A lo que contestó: Sí, yo tengo en mi computador actas que voy cortando y voy pegando, es decir, en el mes de febrero se hicieron las sesiones y yo copio el mes de febrero todas la sesiones y solamente voy cambiando el número y la fecha. **En ese intervalo de copia y pega se me pasaron los tres nombres por error**; lo obvié, lo olvidé, porque nosotros no pagamos sesión por sesión, nosotros pagamos sesión al final, cuando se terminan todas, si hacemos 17 sesiones, es que yo busco las actas y voy mirando la asistencia y no asistencia. Como eso pasó días antes, ahí fue donde no me di cuenta, igual hubiera cometido el error, porque en el copia y pega iban los nombres de ellos» (destacado nuestro).

108. Ante la pregunta de si era usual que el presidente del concejo suscribiera las actas de las sesiones sin previamente leer el contenido de dichos documentos, contestó:

«[...] Preguntado por la Magistrada: ¿usted es la encargada de efectuar el proyecto de actas que posteriormente debe firmar la mesa directiva, entre ellos el presidente o cómo es el procedimiento, usted allí elabora las actas y quién las firma? A lo que contestó: **Yo elaboro las actas, las firma el presidente y yo.**

Preguntado por la Magistrada: ¿O sea que el presidente firmó sin leer, sin constatar que lo que estaba allí era verdad? A lo que contestó: como son, vuelvo y le repito, formatos ya que tenemos precisados ahí, para copiar y pegar, solo hacemos los cambios y ahí fue donde obvié yo los tres nombres de los concejales, o sea de hecho, los nombres de todos los concejales en las actas van⁴⁹» (destacado de la Sala).

109. Específicamente, respecto de si el concejal conocía de la ausencia de los concejales a las reuniones realizadas los días 19 y 24 de febrero de 2021, contestó:

⁴⁸ Minuto 00:43 de la audiencia.

⁴⁹ Minuto: 0042 de la Audiencia.

RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

«[...] Preguntado: ¿Quiénes no contestaron el llamado a lista, porque estaban ausente en aquellas sesiones? A lo que contestó: el concejal José Artemo Marín Marulanda no asistió a la sesión, el concejal Yoel Alberto Jiménez y el concejal Luis López Visbal.

[...]

Preguntado por la Magistrada⁵⁰: ¿El presidente estuvo presente en esas dos sesiones? A lo que contestó: **sí, estuvo presente.**

Preguntado por la Magistrada: ¿Entonces sabía de la ausencia de estos concejales? A lo que contestó: **sí sabía de la ausencia, de pronto el recinto pues estaba concurrido ese día.**

Preguntado por la Magistrada: ¿Por qué al firmar las correspondientes actas de esas sesiones, no pidió el retiro de los nombres o que se hiciera la anotación de ausente de los concejales que usted mencionó en respuesta anterior? A lo que contestó: Vuelvo y le repito, como estábamos en sesiones mixtas, pues la sesión fue tan larga y yo **demoré unos dos o tres días haciéndola, porque como es grabada para que no se me pase nada. Lo obviamos en verdad los dos, sin querer hacerle daño a nadie, por error** voluntario, sin querer beneficiar a nadie, fue un error pues de nosotros voluntario, sobre todo mío porque yo soy la que las hago

Preguntado por la Magistrada: ¿involuntario? A lo que contestó: Involuntario, no quise perjudicar a nadie» (destacado de la Sala).

110. La señora Margarita Rosa Villalobos Arrieta indicó, además, que luego de advertirse sobre dicho error el presidente del concejo municipal, en el mes de agosto de esa misma anualidad, solicitó la devolución de las sumas de dinero pagadas en exceso a los concejales ausentes, cuando indicó lo siguiente:

«[...] viendo el error, que involuntariamente yo cometí, notificamos a los honorables concejales en mención, para que devolvieran el dinero, algo que se llevó a cabo. Nosotros hicimos, le mandamos el oficio a los honorables concejales, para que ellos devolvieran los dineros a la cuenta corriente del concejo Municipal y ciertamente ya los dineros están devueltos en la cuenta corriente del concejo: el honorable concejal José Alberto Marín \$424.000, como consta en el recibo de consignación, el honorable concejal Luis López Visbal \$212.000, de una sesión que no atendió, y el honorable concejal Yoelmi Alberto Jiménez, con una consignación de \$212.000.

El presidente del concejo Edgardo López Vergara viendo la equivocación me dijo que oficiara a los honorables concejales, para que ellos devolvieran el dinero a las cuentas del concejo. Quiero dejar claro que yo soy la que hago las actas y que yo soy la que hago el llamado a lista, en ningún momento, ninguno de la mesa directiva tiene este rol y así consta en el Reglamento Interno del concejo Municipal de Aracataca [...] Aproximadamente la solicitamos a

⁵⁰Minuto 00:47 de la Audiencia.

RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

mediados o principios de agosto o algo así, en los oficios están, que no los tengo ahora a la mano.

[...]

Preguntado por el apoderado del accionante: ¿La fecha de las cartas expuestas por parte del demandado, especifica que fueron el 17 y 18 de agosto, de este año, fecha después que se le notificó la demanda por pérdida de investidura por pago de esos honorarios, es decir, por qué, después que se le notifica la demanda, es que se dan cuenta del error, prácticamente 6 meses después de haber cometido el error que usted está mencionando? A lo que contestó: precisamente, **no nos habíamos dado cuenta del error, pero el error fue subsanado al regresar los dineros de los concejales en la cuenta corriente del Concejo».**

111. Finalmente, la señora Margarita Rosa Villalobos Arrieta precisó que las sesiones realizadas los días 19 y 24 de febrero de 2021 fueron presenciales cuando indicó:

«Preguntado por la Magistrada: ¿Clarifique a la audiencia, las sesiones del 19 y 24 de febrero del 2021, fueron presenciales, virtuales o mixtas? A lo que contestó: fueron presenciales y vistas por toda la audiencia cataquera».

112. En el *sub examine*, a partir de una valoración de las pruebas que reposan en el plenario, la Sala concluye que el concejo del municipio de Aracataca, Magdalena, se reunió de manera ordinaria los días 19 y 24 de febrero de 2021, con el fin de adelantar debates de control político a los funcionarios de la secretaría de desarrollo social y de salud, en su orden; reuniones que se hicieron de manera presencial por parte de la duma municipal, las cuales fueron presididas por el concejal acusado, en su condición de presidente, tal y como se desprende del contenido de las videgrabaciones que reposan en el plenario.

113. En igual sentido, en concepto de la Sala, y por tratarse de un concejo municipal que tan solo está integrado por trece (13) concejales -dado que el municipio de Aracataca pertenece a la sexta (6ª) categoría⁵¹-, era perceptible a simple vista la ausencia de los concejales que no hicieron presencia en tales sesiones. Así lo ratificó el señor **Heriberto Roper Padilla**, secretario de desarrollo social, quien asistió a la sesión ordinaria de control político realizada el 19 de febrero de 2021 y sostuvo que por ser un grupo pequeño *«es fácil saber quién asiste o no asiste, porque estamos hablando de 13 concejales»*. Sumado a lo anterior, se tiene que la propia secretaria del concejo, al ser interrogada acerca de si el presidente del concejo municipal sabía y conocía sobre la ausencia de los concejales anteriormente indicados, manifestó lo siguiente: *«[...] Sí sabía de la ausencia»*.

⁵¹ <https://www.contaduria.gov.co/categorizacion-de-departamentos-distritos-y-municipios>.

RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

114. En armonía con lo anterior, se tiene que las pruebas recaudadas en el trámite procesal tampoco arrojan dudas en torno a que los señores Yoelmi Alberto Jiménez Cantillo, Luis Alberto López Visbal y José Artemo Marín Marulanda, concejales de la duma municipal de Aracataca, Magdalena, dejaron de asistir a la sesión de control político celebrada el día 19 de febrero, y respecto de que el concejal José Artemo Marín Marulanda no se hizo presente en la sesión de 24 de febrero del presente año.

115. En igual sentido, en las actas de las sesiones de tales fechas quedó consignado, de manera errada, que habían asistido la totalidad de los concejales. Recuérdesse que, según lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 136 de 1994 - modificado por el artículo 16 de la Ley 1551 de 2021- y en concordancia con el artículo 108 del Reglamento Interno del concejo municipal de Aracataca, de toda sesión del concejo se debe levantar un acta por parte de la secretaría, documento público que debe contener una relación sucinta de los temas debatidos, de las personas que han intervenido, de los mensajes leídos, de las proposiciones presentadas, de las comisiones que fueron designadas y de las decisiones adoptadas, **incluyendo el lugar, fecha, hora, nombre de los cabildantes asistentes a la sesión**, funcionarios e invitados. Las citadas normas son del siguiente tenor:

«Ley 136 de 1994. Artículo 26-. Actas. Modificado por el artículo 15 de la Ley 1551 de 2012. De las sesiones de los Concejos y sus Comisiones permanentes, El Secretario de la Corporación levantará actas que contendrán una relación sucinta de los temas debatidos, de las personas que hayan intervenido, de los mensajes leídos, las proposiciones presentadas, las comisiones designadas, resultado de la votación y las decisiones adoptadas.

Abierta la Sesión, el Presidente someterá a discusión y aprobación, previa lectura si los miembros de la Corporación lo consideran necesario, el Acta de la sesión anterior. No obstante el Acta debe ser puesta previamente en conocimiento de los miembros de la Corporación, bien por su publicación en la Gaceta del Concejo, o bien mediante el medio de que disponga en municipio para estos efectos.

Reglamento Interno del concejo municipal de Aracataca. ARTÍCULO 108. ACTAS. De las sesiones Plenarias y de Comisiones Permanentes del Concejo. Los secretarios respectivos levantarán actas que contendrán una relación sucinta de los temas debatidos, las personas que han intervenido, los mensajes leídos, las proposiciones presentadas, las Comisiones que fueron designadas y las decisiones adoptadas. Dichas actas se elaborarán con base en el orden del día aprobado, incluyendo lugar, fecha, hora, nombre de los Concejales asistentes a la sesión, funcionarios e invitados».

116. Así las cosas, las actas de las sesiones que llevan la firma del presidente son documentos públicos que dan fe sobre los hechos y del contenido que en ellas se incorpore. En este contexto, el presidente de la corporación política-administrativa



RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

de Aracataca, antes de proceder a consignar su firma, tenía el deber de constatar la veracidad de lo consignado en dicho documento, cuya elaboración se encuentra a cargo de la secretaria general de la duma municipal (artículo 26 de la Ley 1551 de 2012, en concordancia con el artículo 40.20 del Reglamento Interno); deber de corrección que resultaba aún más exigible respecto del acusado si se tiene en cuenta que la secretaria del concejo en su declaración indicó que tan solo se demoró «[...] unos dos o tres días haciéndola».

117. De otra parte, y en lo que respecta a las funciones a cargo del presidente del concejo municipal de Aracataca, resulta importante traer a colación el artículo 15 del Reglamento Interno, norma que es del siguiente tenor:

«ARTÍCULO 15.- FUNCIONES DEL PRESIDENTE. Al Presidente le corresponde:

1. Presidir la Mesa Directiva. 2. Convocar, presidir y dirigir las sesiones plenarias del Concejo

[...]

5. Suscribir con el Secretario las actas de plenaria y los proyectos de acuerdo aprobados en segundo debate

[...]

8. Cuidar que los Concejales concurren puntualmente a las sesiones, requiriendo con apremio si fuere el caso, la presencia de los ausentes que no estén legalmente excusados y mantener el orden interno.

9. Cumplir y hacer cumplir el reglamento, y decidir las cuestiones o dudas que se presenten sobre la aplicación del mismo. Contra esta decisión, cualquier Concejale puede apelar ante la Plenaria y esta adoptar otra posición.

[...]

18. Cuidar que el secretario y los demás empleados de la Corporación cumplan debidamente sus funciones y deberes

[...]

25. Actuar como ordenador de gasto del presupuesto de la Corporación, con sujeción a la ley orgánica del presupuesto. La cual podrá ser delegada en el Secretario General

[...]

34. Dirigir los debates, mantener el orden, cumplir y hacer cumplir el Reglamento interno del Concejo y decidir las cuestiones o dudas que se presenten sobre la aplicación del mismo. Contra esta decisión, cualquier

RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

Concejal puede apelar ante la Plenaria y esta podrá adoptar otra posición o ratificar la decisión del Presidente de la corporación (De conformidad con el artículo 44 de la Ley 5 de 1992 [...]» (destacado de la Sala).

118. Así las cosas, el Reglamento Interno del concejo municipal de Aracataca, Magdalena, le confió al presidente de la corporación político-administrativa la atribución de convocar, presidir y dirigir las sesiones plenarias del concejo; suscribir las actas de las plenarias con la concurrencia de la secretaría; velar que los concejales acudan puntualmente a las sesiones, requiriendo con apremio si fuere el caso, la presencia de los ausentes que no estén legalmente excusados y mantener el orden interno; cumplir y hacer cumplir el reglamento; cuidar que el secretario y los demás empleados de la Corporación cumplan debidamente sus funciones y deberes **y actuar como ordenador del gasto del presupuesto de la corporación.**

119. **Todo presidente del concejo que funge como ordenador del gasto debe velar por el correcto uso de los dineros públicos procedentes del tesoro.** Tales recursos deben destinarse a los fines y propósitos para los cuales fueron concebidos, y en esa medida, se incurre en la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos si en el cumplimiento de las funciones de las cuales ha sido investido **(i)** traiciona, cambia o distorsiona los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento, para destinar los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados, o a otros sí autorizados pero diferentes a aquellos para los cuales se encuentran asignados; o **(ii)** aplica tales recursos a materias expresamente prohibidas, no necesarias o injustificadas; o **(iii)** con la finalidad de obtener un incremento patrimonial personal o de terceros; o **(iv)** derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o de terceras personas.

120. Esta Sala no desconoce que el Reglamento Interno del concejo municipal de Aracataca, en su artículo 40, le confió al secretario general la función relativa a «[...] 1. Realizar sus funciones con eficiencia, para la buena marcha Administrativa de la Corporación. 2. Ser el Secretario de las sesiones plenarias del Concejo Municipal y de las Comisiones Conjuntas. 3. Registrar y certificar la asistencia de los concejales a las sesiones plenarias y de comisiones [...] 20. Levantar las actas tanto de la sesión plenaria como de las Comisiones permanentes. Actas que contendrán una relación sucinta de los temas debatidos de las personas que hayan intervenido, de los mensajes leídos, las proposiciones presentadas, las Comisiones designadas, resultados de las situaciones y las decisiones adoptadas (artículo 26 de la Ley 1551 de 2012)». Sin embargo, el presidente del concejo, como servidor público estaba en la obligación de verificar el presupuesto que se exige por la Constitución y la ley para el pago de los honorarios, esto es, que se compruebe la asistencia de los concejales, máxime cuando fue quien presidió tales reuniones y conocía sobre las

RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

ausencias de los concejales tantas veces mencionados. Luego, entonces no puede ampararse en el incumplimiento de los deberes funcionales a cargo de otro servidor público, cuando era su deber garantizar que los dineros públicos se destinaran a los propósitos y finalidades para las cuales fueron estatuidos.

121. En este sentido, no era suficiente por parte del presidente atenerse exclusivamente a las constancias y la certificación secretarial sobre tal hecho sino efectuar las verificaciones directas en orden a comprobar la autenticidad y veracidad respecto a lo consignado en dichos documentos, con mayor razón si se trata de una corporación pública integrada por trece (13) concejales. Así pues y contrario a lo considerado por el Tribunal de Primera instancia la responsabilidad por los hechos juzgados no puede recaer exclusivamente en la secretaria general, pues el presidente es el directamente responsable de los hechos juzgados ya que, se insiste, en su condición de jefe de la corporación política-administrativa debe velar por el correcto uso de los dineros públicos; cumplir y hacer cumplir el reglamento y velar por el adecuado y correcto funcionamiento del concejo.

122. Huelga concluir, entonces, que el presidente del concejo, en su condición de ordenador del gasto al disponer el pago de los honorarios a favor de los concejales Yoelmi Alberto Jiménez Cantillo, Luis Alberto López Visbal y José Artemo Marín Marulanda, servidores públicos que no asistieron a las sesiones realizadas los días 19 y 24 de febrero de la presente anualidad incurrió, desde el punto de vista objetivo, en la conducta descrita en el artículo 48.4 de la Ley 617 de 2000, al haber desviado la finalidad de los recursos públicos a unos propósitos no autorizados por la Constitución y la ley.

123. Ahora bien, valga aclarar que dicho análisis del elemento de la conducta del servidor público no se agota allí, en la medida que, el artículo 1° de la Ley 1881, modificado por el artículo 4 de la Ley 2003 de 2019⁵², concibe la pérdida de investidura como un proceso de carácter sancionatorio de tipo subjetivo, lo que significa que, para determinar si un concejal incurrió en las causales que se le imputan se debe empezar por analizar, inicialmente, la tipicidad de la conducta, lo que implica establecer si los hechos invocados en la solicitud y que se le atribuyen

⁵² «ARTÍCULO 1o. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 2003 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> El proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva. La acción se ejercerá en contra de los congresistas que, con su conducta dolosa o gravemente culpable, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución. Se observará el principio del debido proceso conforme al artículo 29 de la Constitución Política. PARÁGRAFO. Se garantizará el non bis in idem. Cuando una misma conducta haya dado lugar a una acción electoral y a una pérdida de investidura de forma simultánea, el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada sobre el otro proceso en todos los aspectos juzgados, excepto en relación con la culpabilidad del Congresista, cuyo juicio es exclusivo del proceso de pérdida de investidura. En todo caso, la declaratoria de pérdida de investidura hará tránsito a cosa juzgada respecto del proceso de nulidad electoral en cuanto a la configuración objetiva de la causal».

RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

al servidor público se adecúan a la causal endilgada y, superado dicho escrutinio se debe analizar si aquella conducta se realizó en forma dolosa o gravemente culposa.

II.6.2.- Análisis del elemento subjetivo o de la culpabilidad de la conducta

124. La institución de pérdida de investidura, como una manifestación del *ius puniendi* del Estado se encuentra gobernada por los principios que gobiernan el debido proceso, como el *pro homine*, el *in dubio pro reo*, el de legalidad, de objetividad, de razonabilidad, de favorabilidad, de proporcionalidad, y de culpabilidad, por lo que: «[...] [e]l análisis de responsabilidad que realiza el juez en el proceso sancionatorio de pérdida de investidura es subjetivo, pues en un Estado de Derecho los juicios sancionatorios, por regla general, no pueden operar bajo un sistema de responsabilidad objetiva, y las sanciones que se adopten en ejercicio del *ius puniendi* deberán verificar la ocurrencia de una conducta típica, antijurídica y culpable⁵³».

125. En relación con el análisis de la culpabilidad en los procesos de pérdida de investidura esta Sección acogió los planteamientos esbozados por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-424 de 2016 y esbozó en la sentencia de 25 de mayo de 2017⁵⁴, su posición en relación con este aspecto, la cual ha sido reiterada por esta Sala en las decisiones de 8 de junio de 2017⁵⁵, de 2 de agosto de 2017⁵⁶, 21 de septiembre de 2017⁵⁷, 12 de octubre de 2017⁵⁸, 20 de octubre de 2017⁵⁹, 27

⁵³ SU- 424 de 2016.

⁵⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Bogotá, D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 81001-23-39-000-2015-00081-01(PI). Actor: ANDRÉS ALBERTO PADILLA ÁVILA Y GREGORIO SANTAFÉ RODRÍGUEZ. Demandado: MARIO HINESTROZA ANGULO.

⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS. Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 05001-23-33-000-2016-01908-01(PI). Actor: PAOLA ANDREA CANO RAMÍREZ. Demandado: LINDON JOHNSON GALEANO ABELLO.

⁵⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Bogotá, D.C., dos (2) de agosto de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 76001-23-33-004-2016-01077-01(PI). Actor: JORGE NEIZER MUÑOZ VALENCIA. Demandado: NORBEY GIRALDO CARDONA.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Bogotá, D.C., dos (2) de agosto de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 73001-23-33-005-2016-00620-01(PI). Actor: NELSON LÓPEZ GARCÍA. Demandado: CHRISTIAN CAMILO REYES PALMA.

⁵⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ, Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 54001-23-33-000-2016-00346-01(PI). Actor: LUIS JESÚS BOTELLO GÓMEZ. Demandado: JAVIER ORLANDO PRIETO PEÑA.

⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ. Bogotá, D.C., doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 68001-23-33-000-2016-01393-01(PI). Actor: DIEGO FERNANDO PEÑUELA MELGAREJO. Demandado: HIPÓLITO DURÁN ZÚÑIGA. Referencia: Pérdida de investidura.

⁵⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS. Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 44001-23-31-001-2016-00055-01(PI). Actor: JANER JAVIER PÉREZ BRITO.

RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

de octubre de 2017⁶⁰, 10 de noviembre de 2017⁶¹, 1 de febrero de 2018⁶², 26 de abril de 2018⁶³, 10 de mayo de 2018⁶⁴, 24 de mayo de 2018⁶⁵, 8 de junio de 2018⁶⁶, 4 de octubre de 2018⁶⁷, 3 de mayo de 2019⁶⁸, 16 de mayo de 2019⁶⁹, 13 de junio de 2019⁷⁰ y 19 de septiembre de 2019⁷¹.

Demandado: JOSÉ GREGORIO MEJÍA HERRERA. Referencia: MEDIO DE CONTROL DE PÉRDIDA DE INVESTITURA.

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ, Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 76001-23-33-004-2016-01478-01(PI), Actor: FABIO HENRY LEMOS, Demandado: OCTAVIO JARAMILLO MORALES.

⁶⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 25000-23-42-000-2015-06456-01(PI). Actor: SERGIO FABIÁN MARTÍNEZ LEAL. Demandado: ELVIRA DÍAZ GARCÍA. Referencia: MEDIO DE CONTROL DE PÉRDIDA DE INVESTITURA-APELACIÓN.

⁶¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ. Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 66001-23-33-002-2016-00055-01(PI). Actor: LUIS ENRIQUE SALDARRIAGA LONDOÑO. Demandado: NELSON CARDONA MARÍN.

⁶² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ. Bogotá, D.C., primero (1) de febrero de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 66001-23-33-000-2017-00089-01(PI). Actor: DANIEL SILVA ORREGO. Demandado: JORGE LIBARDO MONTOYA ÁLVAREZ.

⁶³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 13001-23-33-000-2017-00277-01(PI). Actor: PABLO RODRÍGUEZ QUINTERO. Demandado: SELMEN DAVID ARANA CANO.

⁶⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS. Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 17001-23-33-000-2016-00473-01(PI). Actor: SIMÓN RAMÍREZ ALZATE. Demandado: RONAL FABIÁN BONILLA RICARDO.

⁶⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS. Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 70001-23-33-000-2016-00274-01(PI). Actor: MIGUEL ÁNGEL MEDINA ALANDETE. Demandado: ARIS HARVEY RAMÍREZ JUNIELES.

⁶⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ. Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 66001-23-33-000-2016-00080-01(PI). Actor: DANIEL SILVA ORREGO Y OTRO. Demandado: FERNANDO ANTONIO PINEDA TAMAYO.

⁶⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ. Bogotá D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 81001-23-39-000-2017-00118-01(PI). Actor: LUIS ALBERTO ARAÚJO GARCÍA. Demandado: JOSÉ ALFREDO PÉREZ RAMÍREZ.

⁶⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ. Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 76001-23-33-000-2018-00572-01(PI). Actor: HERMES CARDONA LASPILLA. Demandado: HERNÁN EDUARDO DÍAZ CRUZ. Referencia: Medio de control de pérdida de investidura de concejal.

⁶⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejera ponente: NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 81001-23-39-000-2016-00056-01(PI). Actor: JUAN ALFREDO QUENZA RAMOS. Demandado: DUVAN ISNARDO RAMÍREZ LÓPEZ.

⁷⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ. Bogotá, D.C., trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 05001-23-33-000-2018-00666-01(PI). Actor: LUCAS OSSA GUZMÁN. Demandado: DARÍO DE JESÚS CARRASQUILLA MUÑOZ.

⁷¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 13001-23-33-000-2018-00738-01(PI). Actor: JIMMY JOSÉ CRUZATE RAMÍREZ. Demandado: RAFAEL ANTONIO TEHERÁN LORA, LIBARDO VEGA PACHECO, RAFAEL PALMERA SULBARÁN Y HORACIO AVILA MEJÍA.

RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

126. Por su parte, la Sala Plena del Consejo de Estado, mediante sentencia de 22 de octubre de 2019⁷², y recogiendo el precedente jurisprudencial adoptado por esta Sección en sentencia de 25 de mayo de 2017⁷³, indicó que el estudio del elemento subjetivo requiere el análisis del dolo o culpa, en el siguiente entendido:

«[...] 200. Precisado lo anterior, es importante resaltar que el estudio del elemento subjetivo requiere el análisis del dolo y la culpa, entendido el primero como la intención positiva de lesionar un interés jurídico; entretanto, la segunda atañe a un concepto que está ligado a la diligencia debida para el desarrollo de determinada actividad.

201. Para llegar a definir si una conducta se cometió con dolo o con culpa deben analizarse los elementos que constituyen el aspecto subjetivo de la misma, los cuales corresponden al conocimiento tanto de los hechos como de la ilicitud de la conducta; es decir, se debe determinar si el sujeto conocía o debía conocer que su comportamiento resultaba contrario al ordenamiento jurídico.

[...]

Marco normativo del dolo

202. Por un lado, en los casos en los cuales se pruebe que el demandado **conocía plenamente que su comportamiento** era constitutivo de una causal de pérdida de investidura, estaríamos ante una situación de total intención en la realización de la misma y, por ende, de un grado de culpabilidad doloso; por el otro, en aquellos eventos en los que se concluya que el sujeto no conocía la ilicitud de su conducta, pero que en virtud de la diligencia requerida para el desarrollo de su actividad debía saber que la misma resultaba contraria a derecho y adoptar las medidas para evitar su realización, se estaría ante un comportamiento culposo, de no mediar sólidas circunstancias que se lo hubieran impedido.

204. El dolo se encuentra definido en el Código Civil como “[...] la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro [...]”. Para efectos de la configuración de una conducta dolosa se debe **determinar el pleno conocimiento del sujeto en relación a que determinada conducta** – en este caso haber violado el límite al monto de gastos en la campaña electoral al Senado de la República, para el periodo constitucional 2018 – 2022 –, **se encontraba prohibida por la Constitución y la ley**. Ante dicho conocimiento, la ejecución de la conducta demuestra la intención en la misma.

Marco normativo de la culpa

⁷² Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 22 de octubre de 2019, número único de radicado: 11001 0315 000 2018 01294 01, actor: Elvis Alberto López Sánchez, demandado: Aida Merlano Rebolledo, MP. Hernando Sánchez Sánchez.

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejera ponente María Elizabeth García González, sentencia de 25 de mayo de 2017, número único de radicado 81001-23-39-000-2015-00081-01(PI).

RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

205. Para determinar si la conducta fue culposa debe estar demostrado, al menos, que el sujeto debía conocer que su actuar era contrario a la ley, en virtud de la diligencia que, por su situación particular, le era exigible.

206. Para establecer esta diligencia acudiremos a los presupuestos señalados en el artículo 63 del Código Civil, que establece tres especies de culpa o descuido: i) Culpa grave, negligencia grave o culpa lata, “[...] es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios [...]”; la norma señala que esta culpa en materia civil equivale al dolo; ii) Culpa leve, descuido leve o descuido ligero “[...] es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios [...]”. La norma señala que la culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve, que esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano y que el que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa; iii) Culpa o descuido levísimo “[...] es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado [...]».

127. La citada sentencia también señala que, para establecer si la conducta se realizó con dolo o con culpa, se debe tener en cuenta la naturaleza del cargo, las funciones del mismo, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, y así definir si el acusado está en condiciones de comprender el hecho o circunstancia configurativa de la causal de pérdida de investidura; si acató las normas jurídicas, y si le era exigible otra conducta.

128. En relación con el examen del elemento subjetivo de la conducta del accionado resulta de gran relevancia el análisis de los testimonios de los señores Heriberto Roperio Padilla y Alfonso Fabián Vargas de Ávila, secretarios de Desarrollo Social y de Salud, quienes fueron coincidentes en indicar que las sesiones celebradas los días 17 y 24 de febrero de 2021 fueron presenciales. Así mismo, el primero de los testigos indicó que era fácil identificar los concejales ausentes pues el concejo municipal de Aracataca está integrado por tan solo trece (13) concejales. En igual sentido, resulta dicente el testimonio de la secretaria cuando indicó que el concejal acusado conocía sobre las ausencias de los mencionados servidores públicos.

129. En el *sub examine* se advierte que el señor Edgardo Enrique López Vergara, en su condición de presidente del concejo municipal de Aracataca y, por ello, ordenador del gasto de esa corporación, dispuso que se efectuara el pago de los honorarios a favor de los concejales Yoelmi Alberto Jiménez Cantillo, Luis Alberto López Visbal y José Artemo Marín Marulanda, develando con ello que no actuó con la diligencia debida en el cumplimiento de sus funciones en tanto permitió el reconocimiento de honorarios injustificados, dando lugar así a la configuración de la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos en la modalidad indirecta.



RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

130. También debe resaltarse que no reposa elemento de prueba alguno encaminado a demostrar que el accionado haya desplegado una conducta diligente dirigida a descontar las sumas de dinero pagadas en exceso, antes de ordenar el pago de los honorarios a favor de los concejales para evitar encontrarse incurso en la causal de pérdida de investidura y así garantizar que tales erogaciones se realicen a la luz de las disposiciones constitucionales y legales; todo ello a pesar de que debía conocer de las ausencias en las sesiones de los miembros de la corporación pública que él mismo presenció de forma directa y era fácil su identificación por tratarse de un concejo municipal integrado tan solo por trece (13) cabildantes.

131. En este punto, la Sala destaca que en la contestación de la demanda la defensa del concejal acusado se circunscribió en señalar que la función concerniente al llamado a lista y verificación de la asistencia recaía en la secretaria general del concejo municipal, la señora Margarita Rosa Villalobos Arrieta, de conformidad con lo previsto en el numeral 3° del artículo 40 del Reglamento Interno del concejo municipal de Aracataca, Magdalena, y por ende, tal funcionaria fue quien efectuó el llamado a lista y comprobación del cuórum en las aludidas fechas. Sin embargo, se insiste en que el accionado fue quien presidió las sesiones en un concejo integrado por trece (13) concejales donde fácilmente se puede advertir las ausencias de los concejales y por tanto pudo constatar de manera directa este hecho.

132. Si bien es cierto que en el proceso fueron aportadas las solicitudes de devolución de los honorarios pagados en exceso de fecha 17 de agosto de 2021, suscritas por el presidente del concejo municipal y dirigidas a los concejales Yoelmi Alberto Jiménez Cantillo (por la suma de 212.000), Luis Alberto López Visbal (por la suma de \$212.000) y José Artemo Marín Marulanda (por la suma de 424.000)⁷⁴, ello no es razón suficiente para descartar la existencia de la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos, pues la conducta se origina cuando el servidor público distorsiona los fines preestablecidos por la Constitución Política y la ley, con independencia de que se efectúe la devolución de los dineros por parte de los concejales.

133. Para la Sala, no resulta de recibo el argumento del accionado según el cual su comportamiento resulta excusable, tras señalar que actuó bajo la convicción que le otorgó la certificación y las actas suscritas por la secretaria general, documentos en los cuales se había indicado que habían asistido la totalidad de los concejales a las sesiones celebradas los días 17 y 24 de febrero de 2021. Lo anterior, por cuanto era su deber actuar de manera diligente en orden a verificar la autenticidad y

⁷⁴ 0016. Demanda PDF.

RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

veracidad de lo consignado en dichos documentos, pues en su condición de jefe de la corporación política-administrativa y ordenador del gasto debe velar por el correcto uso de los dineros públicos; cumplir y hacer cumplir el reglamento y cuidar que el secretario y los demás empleados de la corporación cumplan debidamente sus funciones y deberes; lo que implica que su actuar no estuvo amparado por la buena fe. Por tal motivo, el acusado estaba en el deber de efectuar los descuentos correspondientes a los concejales que no asistieron a las reuniones celebradas en tales fechas.

134. De esta manera, el grado de culpabilidad evidenciado en este proceso es la culpa grave, previsto en el artículo 1° de la Ley 1881 de 2018, modificado por el artículo 4° de la Ley 2003 de 2019 que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios (artículo 63 del Código Civil).

135. Por último, cabe agregar que el Tribunal Administrativo del Magdalena ordenó remitir copia del expediente a la Procuraduría General de la Nación, con el fin de que investigue el posible quebrantamiento del deber funcional que le asiste al presidente del concejo, a la mesa directiva y a la secretaria general del concejo municipal de Aracataca, Magdalena, el cual dio lugar al pago de los honorarios no debidos a los concejales Yoelmi Alberto Jiménez Cantillo, Luis Alberto López Visbal y José Artemo Marín Marulanda. Como complemento a dicha orden, se hace necesario remitir copia de esta providencia con destino a la Procuraduría General de la Nación para efectos de que sea incorporada a la investigación disciplinaria que se venga adelantando por estos mismos hechos, producto de la compulsión de copias anteriormente referida.

II.7. Conclusiones

136. En el presente caso, se advierte que el señor Edgardo Enrique López Vergara, en su condición de presidente del concejo municipal de Aracataca, Magdalena y, por ello ordenador del gasto de esa corporación, dispuso que se efectuara el pago de los honorarios a favor de los concejales Yoelmi Alberto Jiménez Cantillo, Luis Alberto López Visbal y José Artemo Marín Marulanda, a pesar de que no asistieron a las sesiones ordinarias celebradas los días 19 y 24 de febrero de esta anualidad encontrándose demostrado, entonces, el elemento objetivo de la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 48.4 de la Ley 617 de 2000. En igual sentido, dicha erogación se realizó con culpa grave quedando satisfecho el elemento subjetivo o de la culpabilidad de la conducta objeto de análisis, razón que impone revocar la decisión judicial de primera instancia y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la solicitud de pérdida de investidura.



RADICADO: 47001 2333 000 2021 00310 01
ACTOR: CARLOS ANDRÉS AVENDAÑO
ACCIONADO: EDGARDO ENRIQUE LÓPEZ VERGARA

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en 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: REVOCAR la sentencia de 22 de septiembre de 2021, proferida por la Sala Plena del Tribunal Administrativo del Magdalena. En su lugar, se **ACCEDE** a la solicitud de pérdida de investidura del concejal Edgardo Enrique López Vergara.

SEGUNDO: Remitir copia de esta providencia a la Procuraduría General de la Nación, de forma inmediata, para lo de su competencia.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

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

(Firmado electrónicamente)
HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado
Presidente

(Firmado electrónicamente)
OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado

(Firmado electrónicamente)
NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado

(Firmado electrónicamente)
ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado

P(5)