

PÉRDIDA DE INVESTIDURA - Concejal / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL POR INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS - Presupuestos / ELEMENTO OBJETIVO / DINEROS PÚBLICOS – Concepto / PROGRAMAS DE BIENESTAR SOCIAL DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS / SISTEMA DE ESTÍMULOS DE LOS EMPLEADOS DEL ESTADO – Educación formal / PRINCIPIO DE PROFESIONALIZACIÓN DEL SERVIDOR PÚBLICO / PROGRAMAS DE EDUCACIÓN FORMAL – Incentivos no pecuniarios en forma de beca / RECURSOS DESTINADOS A PROGRAMAS DE CAPACITACIÓN Y BIENESTAR SOCIAL – Prohibición de otorgar beneficios directos en dinero o en especie / AUXILIOS EDUCATIVOS / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL POR INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS - Al reconocer en favor de los hijos de los empleados del concejo y autorizarles el pago directo de sumas de dinero por concepto de auxilios educativos / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

La Sala considera que en el asunto sub examine los demandados, al expedir las resoluciones núms. 031 de 14 de marzo, 041 de 11 de abril, 061 de 19 de junio y 080 de 24 de septiembre de 2019, mediante las cuales se reconocieron unos auxilios educativos para primaria, secundaria y educación superior de hijos de empleados públicos del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander) y se ordenaron sus respectivos pagos, incurrieron en indebida destinación de dineros públicos. En primer término, porque aquellos se ordenaron pagar en dinero, directamente, a los referidos empleados, pese al mandato establecido en el artículo 18 de la Ley 1940, según el cual los recursos destinados a programas de bienestar social, dentro de los que se encuentran los estímulos de educación formal, no pueden servir para otorgar beneficios directos en dinero o en especie. Se recuerda que, en los términos del artículo 4º del Decreto Ley 1567 de 1998, la educación definida como formal por las leyes que rigen la materia no está incluida en los procesos definidos como ‘capacitación’, sino que el apoyo de las entidades a programas de ese tipo hace parte de los programas de bienestar social e incentivos y se regirá por las normas que regulan el sistema de estímulos. Además, de acuerdo con el artículo 33 del Decreto Ley 1567 de 1998, la educación formal quedó prevista bajo la modalidad de becas como un incentivo no pecuniario, para lo cual el concejo municipal de Barrancabermeja (Santander) tenía que haber seleccionado y asignado los incentivos no pecuniarios para el mejor equipo de trabajo y para sus mejores empleados, de acuerdo con los criterios, los requisitos, la organización y los procedimientos establecidos en la pluricitada norma, todo lo cual se omitió en el caso concreto. Estos pagos realizados por el concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), según consta en las mencionadas resoluciones y comprobantes de egreso, permiten advertir que no fueron girados a las instituciones educativas bajo la modalidad de becas sino que fueron enviados directamente a los empleados sindicalizados de ese concejo municipal, lo cual constituye una indebida destinación de dineros públicos en la medida en que la misma corporación permitió que resultaran por fuera del propósito establecido en los acuerdos laborales que le sirvieron de fundamento, esto es en contravía del mandato establecido en el mencionado artículo 18, de la Ley 1940. Pero, además, como fue reseñado, ello tampoco fue consecuencia de un diligente proceso de selección y asignación de incentivos no pecuniarios para el mejor equipo de trabajo ni para sus mejores empleados, de acuerdo con los criterios y requisitos preestablecidos en la reglamentación, tales como llevar por lo menos un año de servicio continuo en la entidad para la época de expedición de las citadas resoluciones y acreditar nivel sobresaliente en la calificación de servicios correspondiente al último año de servicio, circunstancias que permanecen improbadas en el presente asunto, -artículo 2.2.10.5 del Decreto Unico Reglamentario 1083 de 2015-. [...] A partir de lo anterior, la Sala observa

con certeza que los denominados ‘auxilios educativos para primaria, secundaria y educación superior’ reconocidos, autorizados y pagados a los hijos de empleados públicos del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), constituyeron en la práctica erogaciones arbitrarias e irregulares que no cumplieron con los estrictos lineamientos prestablecidos por el sistema de estímulos para los empleados del Estado y sus programas de incentivos en educación formal, esto es que, en los términos del artículo 355 de la Carta Política, desarrollado legalmente por el artículo 41, numeral 7, de la Ley 136, los concejales demandados incurrieron en la prohibición de decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales, restricción de especial acatamiento al interior de esta corporación pública territorial.

AUXILIOS O DONACIONES - Alcance de la prohibición del artículo 355 de la Constitución Política / AUXILIOS O DONACIONES –Prohibición no es absoluta / AUXILIOS O DONACIONES - Requisitos generales para su asignación / ASIGNACIÓN DE AUXILIOS EDUCATIVOS A HIJOS DE LOS EMPLEADOS DE CONCEJO MUNICIPAL – Transferencia mecánica de recursos sin ostentar un carácter redistributivo y con visos de privilegio / ASIGNACIÓN DE AUXILIOS EDUCATIVOS A HIJOS DE LOS EMPLEADOS DE CONCEJO MUNICIPAL – No cumplió con los requisitos fijados por la Corte Constitucional

[L]a Corte Constitucional ha establecido el contenido y alcance del artículo 355 superior y, al efecto, ha concluido que la prohibición allí prevista no resulta absoluta, pues admite ‘excepciones’ que se legitiman dentro del marco de un Estado Social de Derecho, tales como la asignación de recursos a sectores especialmente protegidos por la Constitución Política. Así en sentencia C-324 de 2009 señaló que, en aplicación de los principios de racionalidad e integridad, se tiene que la restricción contenida en el artículo 355 debe buscarse no a título de excepción de una disposición frente a la otra, sino precisamente en función de que el auxilio o subsidio alcance la finalidad para la cual fue creado y reporte un beneficio social pues, de lo contrario, se estaría en el campo de la prohibición de que trata aquel. Por tal razón, la Corte Constitucional señaló los requisitos para que proceda la excepción a la prohibición de la siguiente manera: “[...] Pues bien, la prohibición consagrada en el inciso primero del artículo 355 de la Carta se activará cuando la donación, auxilio, subsidio o incentivo, cualquiera que sea su origen, se reconozca por mera liberalidad como una simple transferencia de recursos y, no con criterio redistributivo, de manera que se convierta en un privilegio aislado, empaquetado en medidas paliativas que no contribuyan al bienestar general y, que en cambio, si puedan ser usados como instrumentos de manipulación política. [...] Por lo tanto, los ‘auxilios educativos para primaria, secundaria y educación superior’ de hijos de empleados públicos del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), tampoco cumplieron con los criterios fijados por la Corte Constitucional, porque se evidencia su reconocimiento sin apego a los citados fundamentos normativos, como si fuese una transferencia mecánica de recursos sin ostentar un carácter redistributivo, y con visos de privilegio para los parientes de determinadas personas de esa corporación edilicia, lo que en todo caso no contribuye con el bienestar de la comunidad general en los términos de la jurisprudencia constitucional. Dicha condición de donación prohibida por la Constitución y la ley, queda corroborada, además, porque los referidos auxilios educativos para estudios superiores al núcleo familiar de los servidores públicos, señalados en el artículo 51 del Acuerdo Laboral pactado el 7 de julio de 2016, suscrito entre el concejo municipal de Barrancabermeja (Santander) y el sindicato SUNET, representaban gastos con una marcada vocación de permanencia, convirtiéndose así en una carga constante al

presupuesto público del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), tal como consta en el Oficio Externo núm. 382-101 de 5 de agosto de 2020, suscrito por el presidente de esa corporación pública en la que, una vez revisados los archivos, adjuntó al proceso “[...] copia de las resoluciones por las cuales se ordenó el reconocimiento de auxilios educativos realizados por las Mesas Directivas del Concejo Municipal de Barrancabermeja durante los años 2012 a 2018 [...]”; así como las demás resoluciones mediante las cuales se dispuso un rubro fijo bajo el número 03010116, correspondiente a pactos laborales.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Concejal / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS - Concejal / ELEMENTO SUBJETIVO / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL POR INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS - Al reconocer en favor de hijos de los empleados del concejo y autorizarles el pago directo de sumas de dinero por concepto de auxilios educativos / DILIGENCIA Y CUIDADO – Gestión que permite su demostración / SOLICITUD DE CONCEPTOS JURÍDICOS Y OPINIONES A ENTIDADES PÚBLICAS, CUERPOS U ÓRGANOS CONSULTIVOS – Precisión / CONCEPTOS JURÍDICOS EMITIDOS POR ABOGADOS – Parámetros / CONOCIMIENTO DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES – Presunción / CONDUCTA GRAVEMENTE CULPOSA – Configuración / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

El entendimiento del comportamiento asumido por los demandados, debe analizarse de acuerdo con las condiciones personales de los sujetos, esto es el grado de formación, profesión, circunstancias que los rodearon, así como con los actos que haya realizado para conocer del respectivo marco normativo, por ejemplo solicitar conceptos o asesorarse frente a la configuración o no de la referida causal de pérdida de investidura, para con base en ello determinar si se obró con el cuidado requerido y así definir si la conducta es culposa o si, por el contrario, se está ante una situación de buena fe exenta de culpa que impida el reproche subjetivo de su obrar. [...] La Sala reitera que no es cualquier gestión la que permite demostrar diligencia y cuidado por parte de quien es acusado de haber incurrido en una causal de pérdida de investidura; no por el solo hecho de haber elevado una consulta o formulado una inquietud a una entidad de derecho público o a un particular, se debe tener por superada la censura de su conducta. Precisamente, tal como se ha hecho referencias líneas atrás, el análisis de la culpabilidad del demandado no se agota allí, sino que el Juez tiene la obligación de auscultar las singularidades de cada caso en aras de calificar el comportamiento desplegado por el demandado. En los conceptos jurídicos y opiniones solicitados a entidades públicas, cuerpos u órganos consultivos, así como las asesorías jurídicas requeridas a profesionales del derecho, se debe propender por la formulación correcta y completa de las preguntas, con el acompañamiento, de ser necesario, de la documentación y demás elementos para su debida comprensión, inquietud que debe coincidir con los supuestos fácticos y jurídicos que son verdaderos motivos de duda y que podrían encuadrar en la causal de pérdida de investidura. Por su parte, para responder el asunto que se ha encomendado, las apreciaciones o recomendaciones jurídicas vertidas en los conceptos y asesorías, deben ser conclusivas y contener medianos criterios de idoneidad, congruencia, pertinencia y sustentación razonada en su elaboración, de modo tal que de estos se desprenda un convencimiento justificado, defendible y razonable de no estar incurso en una conducta constitutiva de pérdida de investidura. Una vez revisados estos documentos, la Sala observa que los dos conceptos de MINTRABAJO que se adjuntaron con la contestación de la demanda, son generales, hipotéticos y no guardan estrecha relación con el asunto abordado [...] Resulta imposible, por lo mismo, que los citados concejales

demandados, en condiciones normales de diligencia, prudencia y cuidado, obtuviesen de estos dos oficios la certeza y convicción necesarias para sustentar la expedición de las resoluciones núms. 031 de 14 de marzo de 2019, 041 de 11 de abril de 2019, 061 de 19 de junio de 2019 y 080 de 24 de septiembre de 2019. Con relación a los conceptos jurídicos suscritos por los abogados Andrei Alexander Díaz Solano, Leonardo Antonio Arias Martínez y Nohora Cristina Gutiérrez Barrera, la Sala advierte, como principales impedimentos para predicar de estos una fuente confiable de convencimiento íntimo para expedir los mencionados actos administrativos, los siguientes: (I) Lo primero es que son documentos planos sin sellos ni marca o distintivo alguno que demuestre cuándo fueron recibidos por la Mesa Directiva del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), si es que lo hicieron. Ahora, de haber sido así tales conceptos no se incluyeron como motivación fáctica y jurídica de la expedición de las resoluciones núms. 031 de 14 de marzo de 2019, 041 de 11 de abril de 2019, 061 de 19 de junio de 2019 y 080 de 24 de septiembre de 2019, lo que demuestra que no es cierto que los concejales demandados hubiesen acudido a ellos, oportunamente, como guía jurídica para los efectos. A contrario sensu, en esos actos no hay asomo alguno de los conceptos invocados por los demandados a su favor, así como tampoco en los documentos soporte que se adjuntaron a cada una de las resoluciones. [...] (II) En gracia de discusión, en cuanto al contenido de los conceptos, la Sala resalta que un asunto de tanta trascendencia, importancia y extensión normativa y jurisprudencial, como lo es el del reconocimiento y pago de estímulos de educación formal a título de incentivo no pecuniario, no se logra evacuar con escritos tan escasos de insumos jurídicos y ligeros de razones argumentativas como los de aquellos. Esas brevísimas opiniones de los citados abogados no fueron conclusivas ni contienen medianos criterios de idoneidad, congruencia, pertinencia y sustentación razonada en su elaboración, de modo tal que era ilógico que se desprendiera un convencimiento justificado, defendible y razonable de no estar incurso en una conducta constitutiva de indebida destinación de dineros públicos. [...] La diligencia, prudencia y cuidado en el asunto bajo examen, riñen con el comportamiento asumido por los demandados, señores LEONARDO GONZÁLEZ CAMPERO y LUÍS FERNANDO CALDERÓN MEJÍA, a quien se le reprocha haber destinado indebidamente los dineros públicos del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), como consecuencia de una conducta gravemente culposa, lo que corresponde a la falta de cuidado que los hombres emplean ordinariamente en los negocios propios.

DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE EMPLEADOS PÚBLICOS - Marco normativo / DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE EMPLEADOS PÚBLICOS – Desarrollo jurisprudencial / DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE EMPLEADOS PÚBLICOS - Evolución

FUENTE FORMAL: LEY 136 DE 1994 ARTÍCULO 55 NUMERAL 3 / LEY 617 DE 2000 – ARTÍCULO 48 NUMERLA 4 / CONVENIO OIT-151 / DECRETO 160 DE 2014 / DECRETO LEY 1567 DE 1998 / DECRETO 1227 DE 2005 / DECRETO 1083 DE 2015 / LEY 1940 DE 2018 / LEY 1960 DE 2019 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 9 / LEY 1881 DE 2018 – ARTÍCULO 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejera ponente: NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Bogotá D.C., veintiuno (21) de mayo dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 68001-23-33-000-2020-00172-01(PI)

Actor: JHON JAIRO RUEDA CALDERÓN

Demandado: JASER CRUZ GAMBINDO, LEONARDO GONZALEZ CAMPERO Y LUIS FERNANDO CALDERON MEJIA

Recurso de apelación contra la sentencia de 30 de octubre de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander

TESIS: CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTITURA ESTABLECIDA EN LOS ARTÍCULOS 55, NUMERAL 3, DE LA LEY 136 Y 48, NUMERAL 4, DE LA LEY 617, SOBRE INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS DE LOS CONCEJALES MUNICIPALES DE BARRANCABERMEJA (SANTANDER) QUE RECONOCIERON Y ORDENARON PAGAR AUXILIOS EDUCATIVOS DE PRIMARIA, SECUNDARIA Y EDUCACIÓN SUPERIOR A FAMILIARES DE EMPLEADOS DE DICHA CORPORACIÓN PÚBLICA TERRITORIAL.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 30 de octubre de 2020¹, proferida por la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Santander, por medio de la cual decretó la pérdida de investidura de los concejales del municipio de Barrancabermeja (Santander), señores **LEONARDO GONZÁLEZ CAMPERO** y **LUÍS FERNANDO CALDERÓN MEJÍA**, y denegó las pretensiones respecto del concejal de la misma corporación, señor **JASER CRUZ GAMBINDO**.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- El ciudadano **JHON JAIRO RUEDA CALDERÓN**, actuando en nombre propio, solicitó decretar la pérdida de investidura² de los señores **LEONARDO GONZÁLEZ CAMPERO**, **LUÍS FERNANDO CALDERÓN MEJÍA** y **JASER CRUZ GAMBINDO**, concejales del municipio de Barrancabermeja (Santander), período constitucional 2016-2019, por considerar que incurrieron en la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos, prevista en los

¹ Folios 4 a 14, cuaderno de apelación.

² Folio 41, CD con expediente digital.

artículos 55, numeral 3, de la Ley 136 de 2 de junio de 1994³ y 48, numeral 4, de la Ley 617 de 6 de octubre de 2000⁴.

I.2.- En apoyo de su pretensión el actor adujo, en síntesis, los siguientes fundamentos de hecho y de derecho de la causal de pérdida de investidura invocada:

Afirmó que el 25 de octubre de 2015 fueron elegidos concejales del municipio de Barrancabermeja (Santander), los señores **LEONARDO GONZÁLEZ CAMPERO**, -por el Partido de La U-, **LUÍS FERNANDO CALDERÓN MEJÍA**, -por el Partido Alianza Verde- y **JASER CRUZ GAMBINDO**, -por el Partido Polo Democrático Alternativo-, para el período constitucional 2016-2019, cuya posesión tuvo lugar el 2 de enero de 2016.

Sostuvo que los demandados fueron elegidos como miembros de la Mesa Directiva del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), según Acta núm. 023 de 19 de marzo de 2018; y que en virtud de tal condición, autorizaron y ordenaron el pago de derechos pecuniarios a favor de funcionarios sindicalizados pertenecientes a la planta de personal de esa corporación pública territorial, contrariando así lo dispuesto en los artículos 355 de la Constitución Política, 55, numeral 3, de la Ley 136, y 48, numeral 4, de la Ley 617, así como los deberes inherentes a sus cargos, tal como se demuestra con la expedición de las resoluciones núms. 031 de 14 de marzo de 2019, 041 de 11 de abril de 2019, 061 de 19 de junio de 2019 y 080 de 24 de septiembre de 2019, los que, según el demandante, no fueron firmados por el concejal **JASER CRUZ GAMBINO**.

Mencionó, en cuanto a la motivación de tales actos administrativos, que a los empleados públicos de cualquier orden, sea territorial o nacional, no les está permitido suscribir o pactar convenciones colectivas, toda vez que sólo tienen este derecho los empleados oficiales; e insistió en que los concejales demandados, como miembros de la Mesa Directiva del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander) durante el año 2019, y ordenadores del gasto, configuraron la referida causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos, con

³ “[...] Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios [...]”.

⁴ “[...] 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 [...]”.

ocasión de la expedición y autorización de pagos de auxilios y subsidios a través de los citados actos administrativos, a favor de empleados públicos, hijos o cónyuges de empleados públicos de ese cabildo municipal, excediendo así las facultades del Decreto 160 de 5 de febrero de 2014⁵, sobre negociación colectiva de empleados públicos, que limita la entrega de esta clase de recursos; y que, además, contraviene lo establecido en los artículos 355 de la Carta Política y 41, numeral 7, de la Ley 136.

Aseveró que la Mesa Directiva del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander) actuó con dolo, habida cuenta que buscó cómo burlar la norma al expedir y autorizar esta clase de pagos de auxilios educativos y becas, a través de las referidas resoluciones, estando prohibidos por la Constitución y la ley, siendo ello de conocimiento de los demandados ante la pérdida de investidura de miembros de la Mesa Directiva por hechos anteriores similares. De ahí que aquellas no se fundamentan en capacitación formal para empleados públicos, ni que en estas resoluciones se distinga si se trata de hijos de empleados públicos nombrados en carrera administrativa, libre nombramiento y remoción o en provisionalidad, como sucede en este caso que solo algunos de los empleados públicos son nombrados en carrera administrativa y otros en provisionalidad, por lo cual tampoco tendrían derecho a ninguna clase de capacitación formal ni ellos ni sus hijos, esta distinción no la hace el demandante, lo hace directamente el legislador, y lo omiten a sabiendas de las consecuencias jurídicas.

Agregó que con la expedición de los citados actos administrativos no se benefició el interés general ni tienen un carácter altruista en los términos del artículo 355 de la Constitución Política, no siendo otra finalidad que la de destinar indebidamente dineros públicos bajo la figura de auxilios educativos y becas, recursos públicos prohibidos taxativamente por la norma superior y la ley para ser otorgados por los concejales con estos fines; y que si fuese el caso de tratarse de capacitación formal, en los actos administrativos no se motivó de esa manera ni se distinguió cuáles empleados estaban nombrados en carrera administrativa o eran de libre nombramiento y remoción, o en provisionalidad, o por orden de prestación de servicios, tal como varios de ellos lo son.

⁵ “[...] Por el cual se reglamenta la Ley 411 de 1997, aprobatoria del Convenio 151 de la OIT, en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos [...]”.

Indicó que en el artículo 73 del Decreto 1227 de 21 de abril de 2005⁶, compilado en el Decreto Único Reglamentario 1083 de 26 de mayo de 2015⁷, se puede evidenciar la naturaleza, requisitos, reglamentación y condiciones que deben tenerse en cuenta para acceder a los incentivos pecuniarios por parte de empleados públicos nombrados en cargos de libre nombramiento y remoción o en carrera administrativa, normas que excluyen de toda clase de capacitación formal a los empleados públicos nombrados en provisionalidad y que fueron desconocidas en su totalidad por los demandados, por cuanto se trató de justificar en un ‘acuerdo laboral’ que tampoco faculta a los entes territoriales ni a los concejos municipales para que desconozcan normas sobre asignación de dineros públicos para auxilios y becas.

I.3.- Los demandados contestaron la solicitud de pérdida de investidura, así:

I.3.1.- El concejal **LEONARDO GONZÁLEZ CAMPERO**, obrando mediante apoderado judicial, presentó escrito de contestación de la demanda con el que se opuso a la pretensión de la solicitud de pérdida de investidura.

Para tal efecto, aseguró que deberá probarse que los incentivos sí se encuadran en la prohibición del artículo 355 de la Carta Política, aclarando que lo que se suscribió entre las partes fue un acuerdo de negociación colectiva y no una convención colectiva, siendo aquella permitida dentro del sector público de conformidad el Convenio 154 OIT, el cual fue adoptado por la Ley 524 de 12 de agosto de 1999⁸.

Formuló como excepciones de fondo las que denominó:

- (i) “LA ACCIÓN NO REÚNE LOS PRESUPUESTOS PARA DECRETAR LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE LA DEMANDADA”, por cuanto los auxilios educativos otorgados a los empleados públicos del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander) no responden a incentivos prohibidos por el legislador, no obedeciendo a la mera liberalidad del ordenador del gasto sino al

⁶ “[...] Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998 [...]”.

⁷ “[...] Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública [...]”.

⁸ “[...] Por medio de la cual se aprueba el "Convenio Número Ciento Cincuenta y Cuatro (154) sobre el Fomento de la Negociación Colectiva", adoptado en la Sexagésima Séptima (67) Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, con fecha diecinueve (19) de junio de mil novecientos ochenta y uno (1981) [...]”.

cumplimiento del acuerdo laboral de la entidad, apoyando su argumento en la sentencia de 23 de julio de 2015 del Consejo de Estado (Expediente núm. 2007-00391-00) y sentencia C-324 de 2009 de la Corte Constitucional.

Afirmó que los auxilios o becas otorgadas en el presente caso, a los funcionarios del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), no respondieron a donaciones prohibidas por la Constitución Política porque fueron convenidas mediante convención colectiva en el año 2016 entre esa corporación pública y sus empleados; que, por el contrario, atienden al mejoramiento de la calidad de vida de los funcionarios y sus familias, es decir están relacionadas con el interés general de mejora continua de la administración pública, respetan el principio presupuestal de legalidad del gasto, conforme está incluido en el presupuesto del mencionado concejo; sus otorgamientos responden al cumplimiento de un deber constitucional legítimo, relacionado con la promoción de la educación en todos los niveles y ello habilita al Estado para financiar un programa académico por medio de incentivos; y que no tenían vocación de permanencia, por cuanto están sujetas al cumplimiento de unos requisitos concretos que no encajan en los conceptos del artículo 355 Superior.

- (ii) La “NO EXISTENCIA DE CULPABILIDAD EN EL OTORGAMIENTO DE LOS AUXILIOS EDUCATIVOS”, habida cuenta que el actor no acreditó una conducta dolosa o culposa del demandado dentro del caso *sub examine*; que, por el contrario, se tiene que el reconocimiento de un beneficio educativo a los hijos de los empleados públicos del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander) tuvo en cuenta la asesoría de abogados especialistas que conceptuaron sobre que éste se encontraba ajustado a la legislación y a la convención colectiva suscrita entre esa corporación y los empleados en el año 2016, de manera que él actuó de manera prudente y buena fe en la suscripción de los actos administrativos que otorgaron el auxilio educativo.

I.3.2.- El concejal **LUÍS FERNANDO CALDERÓN MEJÍA**, actuando a través de apoderado judicial, presentó escrito de contestación de la demanda con el que se opuso a la pretensión de la solicitud de pérdida de investidura, para lo cual manifestó que la suscripción de convenios de empleados públicos se sujeta a la Constitución Política y los tratados internacionales, además los trabajadores del municipio y concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), entre otras entidades públicas pertenecientes a los Sindicatos Asociación Santandereana de

Servidores Públicos ASTDEMP-Subdirectiva Barrancabermeja y Sindicato Nacional de Servidores Públicos del Estado Colombiano-Subdirectiva Barrancabermeja, se encuentran vinculados en carrera administrativa y el auxilio concedido a empleados públicos a través de las resoluciones referidas en la demanda se hizo por solicitud del Sindicato de acuerdo a lo previsto en el artículo 51 del Acuerdo Laboral vigente para el año 2019.

Mencionó que la Mesa Directiva del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), para año 2019, al aprobar el reconocimiento y pago de auxilios educativos para los empleados públicos de la corporación, se fundamentó en los artículos 33 del Decreto Ley 1567 de 5 de agosto de 1998⁹, 73 del Decreto 1227 de 2005 y, especialmente, en el artículo 1°, parágrafo, del Decreto 4661 de 19 de diciembre de 2005¹⁰, el cual estipula que los programas de educación no formal y formal de primaria, secundaria y de educación superior estarán dirigidos a los empleados públicos así como a sus familias cuando la entidad cuente con recursos apropiados en sus respectivos presupuestos, conforme aconteció en el presente caso.

Refirió que tal determinación también tuvo como sustento el concepto del Ministerio de Trabajo de 23 de julio de 2018, en el cual en ningún momento se prohibió el otorgamiento de beneficios laborales pactados en los diferentes convenios suscritos por el sindicato y los trabajadores públicos; y que, de igual manera, se solicitó la asesoría de abogados especialistas en la materia, por lo tanto su actuar no puede calificarse como doloso.

Propone como excepciones de fondo las denominadas: i) “AUSENCIA DE INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS”, por cuanto las resoluciones que reconocieron el beneficio educativo tuvieron como fundamento el acuerdo laboral suscrito por una vigencia de dos años entre el concejo municipal de Barrancabermeja (Santander) y los sindicatos ASTEDEM y SINTRAESTATALES-Subdirectiva Barrancabermeja; ii) “LOS BENEFICIOS EDUCATIVOS QUE REALIZARON LOS INTEGRANTES DE LA MESA DIRECTIVA 2019 DEL CONCEJO MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA NO ESTÁ CATALOGADO COMO AUXILIO O DONACIÓN PROHIBIDO POR EL ARTICULO 355 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA”, según el criterio del

⁹ “[...] Por el cual se crea el sistema nacional de capacitación y el sistema de estímulos para los empleados del Estado [...]”.

¹⁰ “[...] por el cual se modifica el Decreto 1227 de 2005 [...]”.

Honorable Consejo de Estado (Rad. 250002324000-2007-00391-01), a partir del cual el reconocimiento por concepto de educación no hace parte de un auxilio prohibido por el artículo 355 Constitucional; además, el beneficio educativo no tiene carácter permanente al encontrarse al cumplimiento de unos requisitos y obedece a los programas de bienestar social y; iii) “AUSENCIA DE DOLO EN EL ACTUAR DE LOS MIEMBROS DE LA MESA DIRECTIVA 2019 DEL HONORABLE CONCEJO MUNICIPAL”, toda vez que el auxilio educativo otorgado a los empleados públicos de esa corporación tuvo como sustento tratados internacionales – Convenios 151 y 154 OIT, Constitución Política, Ley 411 de 5 de noviembre de 1997¹¹, Ley 524 de 1999, Decreto 424 de 14 de marzo de 2001¹², Decreto 160 de 2014, y Acuerdo Laboral (artículo 63).

I.3.3.- El concejal **JASER CRUZ GAMBINDO**, actuando mediante apoderado judicial, presentó escrito de contestación de la demanda con el que se opuso a la pretensión de la solicitud de pérdida de investidura, para lo cual argumentó que ni autorizó ni ordenó los pagos por auxilios educativos reconocidos en las resoluciones núms. 031, 041, 061 y 080 de 2019, pues no participó en la producción ni suscripción de estas.

No obstante, resalta que en varias oportunidades se ha explicado al Tribunal en demandas similares que en cumplimiento del acuerdo laboral entre el concejo municipal de Barrancabermeja (Santander) y el Sindicato Unitario de Trabajadores del Estado-SUNET, Subdirectiva Barrancabermeja, se ha venido reconociendo y autorizando auxilios educativos, entendido éste como una financiación de la educación formal, no suponiendo ello un desconocimiento en el artículo 355 Constitucional por encontrarse respaldado en convenios internacionales 151 y 154 OIT, aprobados y ratificados en Colombia, como tampoco contraría el principio presupuestal de legalidad del gasto ya que tuvo sustento en el Decreto 111 de 15 de enero de 1996¹³; y que la pagadora del concejo sostuvo que este gasto estaba incluido en el presupuesto de la corporación edilicia.

¹¹ “[...] Por medio de la cual se aprueba el "Convenio 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública", adoptado en la 64 Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1978 [...]”.

¹² “[...] Por el cual se promulga el "Convenio 151 sobre la protección del derecho de Sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública", adoptado en la 64 Reunión de la Conferencia General de la Organización internacional de Trabajo Ginebra, 1978 [...]”.

¹³ “[...] 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 [...]”.

Comentó que los auxilios educativos no fueron una mera liberalidad de los concejales accionados, sino que tiene su sustento en la resolución núm. 069 de 2016, contentivo del acuerdo laboral entre el Concejo Municipal y SUNET, consultorías jurídicas, contables y presupuestales para proceder a suscribir los actos administrativos que otorgaron dicho beneficio con el convencimiento que se actuaba en derecho.

Sostuvo que el municipio de Barrancabermeja (Santander) como otras entidades descentralizadas, como la Inspección de Tránsito y Transporte de Barrancabermeja, EDUBA, han pactado acuerdos laborales con los mismos contenidos y privilegios; y que en más de 180 municipios se encuentran vigentes acuerdos laborales, incluyendo concejos municipales como el de Facatativá (Cundinamarca) quien, a través de resolución núm. 026 de 2018, también adoptó acuerdo colectivo con SUNET en el que se reconocen, como política de bienestar social, aportes en monturas y lentes, apoyo educativo al empleado y grupo familiar, auxilio de enfermedad, reconocimiento de dotación.

Indicó que la finalidad de la financiación de la educación formal de los familiares de los empleados públicos obedece a planes y programas de fortalecimiento de los principios de la función pública, a través de un sistema de estímulos recogidos y plasmados en el acuerdo laboral suscrito en el año 2016 y elevado en actos administrativos que gozan del principio de legalidad, acuerdos labores que vienen suscribiéndose desde el año 2013.

Propuso como excepción la de: “INEPTA DEMANDA FRENTE A LA PRETENSION DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA CONTRA JASER CRUZ GAMBINO POR INEXISTENCIA DEL HECHO IMPUTADO EN CUANTO NO SUSCRIBIÓ LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE OTORGARON LOS RECONOCIMIENTOS DE AUXILIOS EDUCATIVOS”, habida cuenta que la acción pública de pérdida de investidura es un proceso disciplinario especial y la consecuencia de no haber participado y suscrito ninguna de las resoluciones que reconocieron los beneficios educativos, lleva a concluir que el investigado no cometió el hecho que se le imputa, por tanto deben denegarse las pretensiones de la demanda en cuanto a él se refiere.

II.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El *a quo*, a través de sentencia de 30 de octubre de 2020, decretó la pérdida de investidura de los señores **LEONARDO GONZÁLEZ CAMPERO** y **LUÍS FERNANDO CALDERÓN MEJÍA**, y denegó las pretensiones respecto del señor **JASER CRUZ GAMBINDO**, para lo cual sostuvo que está demostrada tanto la condición de concejal de los demandados como su elección como miembros de la Mesa Directiva del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander) para el año 2019.

Encontró probado que los concejales **LEONARDO GONZÁLEZ CAMPERO** y **LUÍS FERNANDO CALDERÓN MEJÍA**, como presidente y segundo vicepresidente de la Mesa Directiva del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), suscribieron las resoluciones núms. 031 de 14 de marzo de 2019, 041 de 11 de abril de 2019, 061 de 19 de junio de 2019 y 080 de 24 de septiembre de 2019, mediante las cuales se reconoce y autoriza pagar, directamente, auxilio educativo para gastos educacionales de primaria, secundaria y estudios superiores, a favor de los hijos de los empleados de esa corporación pública territorial.

Mencionó que la anterior conducta no se predica del concejal **JASER CRUZ GAMBINDO**, habida cuenta que los citados actos administrativos no contienen su firma en su condición de primer vicepresidente del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), de manera que no se cumple el primer presupuesto definido por la jurisprudencia del Consejo de Estado para que se estructure la causal de pérdida de investidura invocada en el caso *sub iudice*, esto es la materialización de una actuación en ejercicio de su investidura con la cual se le atribuya o se le cuestione haber destinado de manera indebida dineros públicos. En consecuencia, como se había anunciado, denegó las pretensiones de la demanda respecto del ciudadano **JASER CRUZ GAMBINDO**.

Determinó que los demandados incurrieron en la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos, porque el Decreto Ley 1567 de 1998, por el cual se crea el sistema nacional de capacitación y el sistema de estímulos para los empleados del Estado, establece en su artículo 13 que la finalidad del sistema de estímulos, -conformado por la implementación de políticas, planes, programas de bienestar, incentivos, etc.-, tiene como propósito esencial elevar los niveles de eficiencia, satisfacción, desarrollo y bienestar de éstos en el desempeño de su labor y de contribuir al cumplimiento efectivo de los resultados

institucionales; que, específicamente, en el programa de incentivos, el artículo 26 *ídem* prevé que éstos deben orientarse a “1. Crear condiciones favorables al desarrollo del trabajo para que el desempeño laboral cumpla con los objetivos y, 2. Reconocer o premiar los resultados del desempeño en niveles de excelencia”; y que en tratándose de incentivos pecuniarios, la norma es clara en determinar que los mismos se asignan a los mejores equipos de trabajo de cada entidad pública, siendo éste el único criterio para determinar el reconocimiento de éstos.

Comentó que tampoco puede perderse de vista que si bien el Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015¹⁴, reconoce beneficiarios de los programas de educación no formal y formal básica, primaria, secundaria y superior a las familias de los empleados, la finalidad de este incentivo se orienta únicamente al mejoramiento del desempeño laboral y el compromiso de sus empleados; de ahí que se exija el cumplimiento de requisitos para su otorgamiento, como “[...]1. Llevar por lo menos un año de servicio continuo en la entidad y 2 Acreditar nivel sobresaliente en la calificación de servicios correspondiente al último año de servicio [...]”, de manera que la inversión de recursos públicos en esta clase de estímulos persigue como retribución el cumplimiento de los objetivos y metas institucionales. Que, en efecto, el fundamento jurídico para otorgar el beneficio educativo a ciertos empleados sindicalizados del Concejo Municipal de Barrancabermeja se limitó a la verificación de requisitos como parentesco entre hijo y empleado afiliado al sindicato SUNET, acreditación de estudios en educación formal y aprobación del año escolar o semestre, sin tenerse en cuenta criterios objetivos relacionados con la eficiencia, desarrollo y eficacia del desempeño laboral en beneficio de la Corporación.

Recordó que en casos similares al analizado en esta oportunidad, esto es, el reconocimiento y pago de incentivos a empleados sindicalizados en cumplimiento de un acuerdo laboral suscrito entre el concejo municipal de Barrancabermeja (Santander) y asociaciones de sindicato, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha adoptado la tesis pacífica que tal destinación de recursos públicos no se acompasa con los fines previstos por el Legislador para otorgarlos, lo que trajo como consecuencia la pérdida de investidura de concejales de ese cuerpo colegiado en distintas ocasiones. Que, para el momento de proferirse las resoluciones núms. 031 de 14 de marzo de 2019, 041 de 11 de abril de 2019, 061

¹⁴ “[...] Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública [...]”.

de 19 de junio de 2019 y 080 de 24 de septiembre de 2019, existía antecedente jurisprudencial inmediato que censuraba la conducta de concejales del municipio de Barrancabermeja (Santander) en antaño.

Sostuvo que los conceptos emitidos por los abogados Andrei Alexander Díaz Solano, Leonardo Antonio Arias Martínez y Nohora Cristina Gutiérrez Barrera, refieren de manera lacónica sobre el cumplimiento obligatorio de los beneficios acordados en pactos laborales, en virtud de la leyes aprobatorios de los convenios internacionales con la OIT; y que en lo que respecta al auxilio educativo se limitan a indicar que el artículo 2.2.10.2 del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015, extendió este beneficio a las familias de los empleados públicos sin hacerse una interpretación integral de la normatividad que reglamenta el sistema de estímulos, circunstancia que obligaba a los concejales accionados a analizar el tema con mayor diligencia para ordenar el pago de pluricitado auxilio ante la ausencia de un criterio jurídico suficiente sobre el tema objeto de estudio.

Igual observación hizo respecto de los conceptos del Ministerio del Trabajo de 29 de febrero de 2016 y 25 de noviembre de 2019, en los que sólo se imparten pautas en lo concerniente a acuerdos laborales y convenciones colectivas, no tratándose de manera específica el reconocimiento de los auxilios educativos a la luz del Decreto Ley 1567 de 1998; que, contrario a lo manifestado por los demandados, no se evidenció una opinión o recomendación jurídica positiva y concreta por parte de esta cartera sobre la procedencia de este beneficio atendiendo el espíritu del citado precepto jurídico.

A partir de lo anterior, encontró acreditada la conducta culposa desplegada por los demandados, toda vez que estaban en la capacidad de conocer las prohibiciones previstas en el ordenamiento jurídico en tratándose de donaciones y beneficios a empleados del Estado, en tanto, se repite, era su obligación revisar la norma que regula la materia para actuar con la diligencia y cuidado que requería el presente asunto antes de proceder a la suscripción de las pluricitadas resoluciones, máxime cuando era de público conocimiento las decisiones judiciales dictadas por el Consejo de Estado que dirimieron controversias similares que involucraban a miembros del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander).

III.- FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

III.1.- A través de escrito remitido por correo electrónico de 11 de noviembre de 2020¹⁵, el demandado **LUÍS FERNANDO CALDERÓN MEJÍA**, por intermedio de su apoderado, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 30 de octubre de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, con el que solicitó su revocatoria y, en su lugar, la denegación de la solicitud de pérdida de investidura.

Para tal efecto, adujo que el Tribunal omitió realizar el estudio sobre la validez del Acuerdo Laboral de 2016 suscrito entre el empleador municipio de Barrancabermeja (Santander), concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), Empresa de Desarrollo Urbano de Barrancabermeja EDUBA, Instituto de Tránsito y Transporte de Barrancabermeja, y el Instituto para el Fomento del Deporte y la Recreación de Barrancabermeja INDERBA; y obrando en representación de los trabajadores de las Entidades Públicas antes mencionadas, los Sindicatos Asociación Santandereana de Servidores públicos ASTDEMP-Subdirectiva Barrancabermeja, y Sindicato Nacional de Servidores Públicos del Estado Colombiano SINTRAESTATALES-Subdirectiva Barrancabermeja.

Anotó que no se tuvo en cuenta el marco normativo que regula y garantiza el derecho de la libertad sindical de los servidores públicos en Colombia, en primera medida el Convenio 151 de la OIT, que a grandes rasgos trata las relaciones de trabajo en la administración pública, la protección del derecho sindical y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública; asimismo, el Convenio 154 de la OIT que facilita y aprueba el fomento de la negociación colectiva, ambos convenios ratificados por Colombia y hacen parte de las leyes internas del Estado colombiano, toda vez que se han sometido a una rigurosa revisión por parte de la Corte Constitucional y en su momento por el Congreso de la República.

Sostuvo que el beneficio educativo reconocido para el núcleo familiar del trabajador en las resoluciones núms. 031 de 14 de marzo de 2019, 041 de 11 de abril de 2019, 061 de 19 de junio de 2019 y 080 de 24 de septiembre de 2019, hace parte del programa de Bienestar Social porque aquellos se pueden beneficiar de estos en los términos del artículo 2.2.10.2 del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015, por lo que en el presente caso no se configura la indebida destinación de recursos públicos debido a que siempre obró de acuerdo con los

¹⁵ Folios 20 a 29, cuaderno de apelación.

tratados internaciones, salvaguardando lo contenido en nuestra Constitución Política, de conformidad con la normas vigentes, observando el principio de legalidad y la buena fe y convencido de que su actuar no contrariaba en ningún momento la Carta Política.

Adujo que el beneficio educativo hace parte de una de las excepciones del artículo 355 de la Constitución Política, además que el reconocimiento tiene su génesis en el Acuerdo Laboral, que fue debidamente acogido por el concejo municipal de Barrancabermeja (Santander); y que de la misma manera se establecieron los respectivos rubros presupuestales, por lo que dicho reconocimiento no obedece a una destinación irregular de los dineros públicos.

Señaló que en la sentencia proferida en el proceso con número único de radicado 25000-23-24-000-2007-00391-01, (consejero ponente Guillermo Vargas Ayala), la Sección Primera realizó un estudio de las normas y la jurisprudencia en las que determinó que el reconocimiento por concepto de educación y becas no hacen parte de un auxilio o donación prohibido por el artículo 355 de la Constitución Política.

Afirmó que las actuaciones que realizó la mesa directiva del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander) de 2008, relativas al reconocimiento y pago del bono navideño, no guardan similitud con los beneficios educativos autorizados por la mesa directiva del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander) de 2014, en cuanto a las actuaciones surtidas para cimentar el principio de legalidad, por lo que no puede tenerse en cuenta dicho caso para fundamentar la decisión en el presente asunto.

Resaltó que el Tribunal no tuvo en cuenta que en el proceso se acreditó que los demandados se asesoraron por profesionales titulados para expedir los mencionados reconocimientos, lo que demuestra que actuaron de conformidad al deber objetivo de cuidado, toda vez que al desconocer el amplio espectro de las leyes, se asesoraron de profesionales en el derecho con experiencia en la materia, ello, con el fin de cumplir con lo estipulado en la ley y no incurrir en cualquier arbitrariedad ni error, por lo tanto, en el presente caso, no existe dolo en el actuar y de tal forma existe una circunstancia que excluye la responsabilidad.

Argumentó que se desconoció el principio presupuestal de legalidad del gasto, teniendo en cuenta que las resoluciones fueron expedidas cumpliendo con los requisitos del Decreto 160 de 2014 en cuanto a la destinación del presupuesto, mediante la Resolución núm. 109 de 2018, en la que se hicieron las apropiaciones presupuestales del pacto Laboral suscrito el año 2013 entre el empleador concejo municipal de Barrancabermeja (Santander) y los trabajadores a través de sus Sindicatos.

Indica que la sentencia apelada no guarda congruencia con la demanda, como quiera que allí el actor afirmó que el comportamiento desplegado por el señor **LUIS FERNANDO CALDERÓN MEJÍA**, había sido bajo el dolo, sin embargo, la tesis desarrollada por la Sala lo fue sobre la culpa. Que, así las cosas, es claro que no había evidencia alguna en torno a que el demandado debía saber, cuándo contestó la demanda y efectuó su solicitud probatoria, que también tenía que demostrar que su comportamiento no había sido gravemente culposo.

Concluye que, bajo el principio de especialidad y favorabilidad, no puede ser el contenido del artículo 63 del Código Civil el llamado por remisión a gobernar el concepto de lo que puede denominarse una conducta “gravemente culposa”, pues con posterioridad, y de manera especial, se ha desarrollado por el legislador un concepto distinto que como puede advertirse, no ha sido desarrollado por el Tribunal. Que, en otras palabras, el Tribunal no ha explicado porqué puede considerarse que la conducta del señor **LUIS FERNANDO CALDERON MEJÍA** infringió la Constitución o la Ley, se extralimitó en sus funciones o si se adecuó su conducta a una cualesquiera de las presunciones previstas en el artículo sexto de la Ley 678 de 3 de agosto de 2001¹⁶.

Con base en lo expuesto anteriormente, y teniendo en cuenta los argumentos expuestos en su escrito, el apelante solicita que se revoque íntegramente la sentencia proferida el 30 de octubre de 2020 por el Honorable Tribunal Administrativo de Santander y, en su lugar, se mantenga la investidura del señor **LUIS FERNANDO CALDERON MEJÍA**.

¹⁶ “[...] Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición [...]”.

III.2.- De igual forma, mediante escrito enviado por correo electrónico de 13 de noviembre de 2020¹⁷, el demandado **LEONARDO GONZÁLEZ CAMPERO**, por intermedio de su apoderado, interpuso recurso de apelación contra la misma providencia, solicitando su revocatoria y, en consecuencia, la denegación de la solicitud de pérdida de investidura.

Sostiene que el Tribunal se equivoca al otorgarle valor probatorio a los certificados de egreso aportados por el concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), siendo que los mismos carecen de autenticidad y no se tiene certeza de quién los elaboró por carecer de las firmas autorizadas para su creación, así como la firma del beneficiario. Que el demandado no participó en la creación de los certificados de egresos y estos tampoco se pueden tener como auténticos al haber sido aportados por una entidad que no es parte dentro del proceso.

Agrega que aparece igual número de cuenta para todos los certificados de egreso aportados, pero no se establece la transferencia a favor de alguna cuenta del beneficiario, lo que no permite concluir que el beneficio económico haya sido recibido por los empleados públicos sindicalizados del concejo de Barrancabermeja (Santander) y no hubo afectación al erario.

Señala que los demandados no estaban en la obligación de conocer la jurisprudencia del Consejo de Estado como antecedente inmediato en el que se censuró la conducta de los otrora concejales municipales de Barrancabermeja (Santander), como en efecto no se probó que la conociesen, así como tampoco se demuestra que aquellos tuvieran estudios técnicos o profesionales, o hubiesen recibido capacitación antes de tomar posesión de su cargo por parte de la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, o de otra entidad que pudiera brindar una capacitación previa al ejercicio de sus funciones.

Indica que no se pueden descartar de plano los conceptos jurídicos suscritos por los abogados consultados por haber sido elaborados de manera lacónica, como quiera que ello descalifica la conducta de los profesionales del derecho, pero no de los concejales demandados; y que aunque se suscribieron con criterio orientador al ejercicio de la función pública de la Mesa Directiva del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), tienen la fuerza suficiente para la viabilidad de la expedición de las resoluciones que reconocieron y pagaron los

¹⁷ Folios 30 a 39, cuaderno de apelación.

auxilios educativos. Que tampoco se podían descartar los conceptos del Ministerio del Trabajo porque la materia versa no solo sobre la legalidad de otorgar el auxilio educativo sino de dar cumplimiento al acuerdo laboral suscrito con el sindicato SUNET, siendo así prudente su observación.

Concluye, en tal sentido, que los concejales demandados sí verificaron el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normatividad, lo que se demuestra con lo expresado en el párrafo anterior, por lo que comprendieron que con la suscripción de las resoluciones núms. 031 de 14 de marzo de 2019, 041 de 11 de abril de 2019, 061 de 19 de junio de 2019 y 080 de septiembre 24 de 2019 y su autorización de pago, no se contrariaba el ordenamiento jurídico atendible a la materia. Que en el proceso se observa que la autorización fue consecuencia del beneplácito que otorgaban los conceptos jurídicos expedidos por sus asesores y demás pruebas anexas, aunado a la inexistencia de jurisprudencia que tratara la materia de los auxilios educativos, lo que tornaba en invencible la actuación de los concejales demandados.

IV.- TRASLADO DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Durante el traslado del recurso de apelación previsto en el artículo 14, numeral 3, de la Ley 1881 de 15 de enero de 2018¹⁸, tanto el actor como el agente del Ministerio Público guardaron silencio.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

V.1.- Problema jurídico

Le corresponde a la Sala establecer si los concejales demandados, señores **LEONARDO GONZÁLEZ CAMPERO** y **LUÍS FERNANDO CALDERÓN MEJÍA**, incurrieron en la comisión de la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos, prevista en los artículos 55, numeral 3, de la Ley 136 y 48, numeral 4, de la Ley 617.

V.2.- De la indebida destinación de dineros públicos como causal de pérdida de investidura¹⁹

¹⁸ “[...] Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los Congresistas, se consagra la doble instancia, el término de caducidad, entre otras disposiciones [...]”.

Con relación a la controversia sometida al estudio de la Sala, se advierte que la causal de pérdida de investidura que se invoca en la presente demanda es la prevista en los artículos 55, numeral 3, de la Ley 136 y 48, numeral 4, de la Ley 617, cuyo tenor es el siguiente:

“[...] **Ley 136**

Artículo 55. Pérdida de la investidura de Concejal. Los concejales perderán su investidura por: (...)

3. Por indebida destinación de dineros públicos [...]” (Negrillas y subrayas por fuera de texto).

“[...] **Ley 617**

Artículo 48. Pérdida de investidura de Diputados, Concejales Municipales y Distritales y de Miembros de Juntas Administradoras Locales. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:

(...)

4. Por indebida destinación de dineros públicos [...]” (Negrillas y subrayas por fuera de texto).

Como los elementos que estructuran esta causal no se encuentran desarrollados en la Constitución ni en las normas legales que las ordenan, resulta pertinente acudir al sentido y alcance con los que esta Corporación la ha tratado de forma reiterada. En sentencia de 3 de octubre de 2000, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en relación con los congresistas, pertinente también para los restantes miembros de corporaciones públicas de elección popular, como los concejales, precisó:

“[...] La causal de indebida destinación de dineros públicos se configura cuando el congresista **destina los dineros públicos a**

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 29 de marzo de 2019, número único de radicado 66001233300020180024601, consejero ponente Nubia Margoth Peña Garzón.

unas finalidades y cometidos estatales distintos a los establecidos en la Constitución, en la ley o en los reglamentos, como ocurre en los siguientes casos:

a. Cuando destina los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados;

b. Cuando los destina a objetos, actividades o propósitos autorizados pero diferentes a los cuales esos dineros se encuentran asignados;

c. Cuando aplica los dineros a objetos, actividades o propósitos expresamente prohibidos por la Constitución, la ley o el reglamento.

d. Cuando esa aplicación se da para materias innecesarias o injustificadas.

f. Cuando la destinación tiene la finalidad de obtener un incremento patrimonial personal o de terceros.

g. Cuando la destinación tiene la finalidad de derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o en el de terceros [...]²⁰ (Negritas y subrayas fuera de texto).

De igual forma, ha explicado que:

“[...] Esta norma, como sucede con las demás causales de pérdida de investidura, tampoco describe la conducta. No obstante, la jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado ha delimitado los presupuestos para que se configure. En este sentido, como su denominación lo indica, se realiza cuando un congresista destina los dineros públicos a unas finalidades y cometidos estatales distintos a los establecidos en la Constitución, en la ley o en los reglamentos. Bien puede utilizarlos o dirigirlos a actividades o propósitos no autorizados; o a aquéllos que estando autorizados no correspondan a la finalidad asignada; o a cometidos prohibidos, entre otros.

²⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 3 de octubre de 2000, Expedientes AC-10529 y AC-10968, consejero ponente Darío Quiñones Pinilla.

En estos términos, la Sala Plena, en sentencia del 7 de junio de 2012, señaló que, aunque la causal no está definida en el ordenamiento jurídico, se configura cuando la destinación de los dineros públicos no corresponde a los fines estatales preestablecidos por la Constitución, la ley o el reglamento:

“[...] La causal de indebida destinación de dineros públicos no está definida en la Constitución ni en las normas legales que rigen el ejercicio de la acción de pérdida de investidura. Es, entonces, pertinente consignar el sentido y alcance con que esta Corporación le ha definido. **La causal de indebida destinación de dineros públicos se configura cuando el concejal destina los dineros públicos a unas finalidades y cometidos estatales distintos a los establecidos en la Constitución, en la ley o en los reglamentos [...]**”²¹ (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Respecto a los elementos constitutivos de este tipo disciplinario, la Sala Plena, en sentencia del 6 de marzo de 2003²² también señaló: “[...] **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 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**

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 7 de junio de 2012, número único de radicado 73001233100020100035201, consejera ponente María Claudia Rojas Lasso.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en sentencia de 6 de marzo de 2003, número único de radicado 2000123310002002100701, consejera ponente Olga Inés Navarrete Barrero.

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’ [...].” (Negritas y subrayas fuera de texto).

De allí que, para que la causal se configure es necesario que el Congresista, en su condición de servidor público, distorsione o cambie el cometido estatal consagrado en la Constitución, la Ley o el Reglamento, para destinar los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados, o que estando autorizados sean diferentes a aquellos para los cuales se encuentran asignados, o haya destinado o utilizado los recursos a materias expresamente prohibidas, no necesarias o injustificadas; o perseguido la finalidad de obtener un incremento patrimonial personal o de terceros; o hubiere pretendido derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o de terceras personas.

En este orden, no es necesario que el sujeto activo de la causal ostente la condición de nominador u ordenador del gasto, basta con que deba respetar, defender y cuidar el patrimonio público, toda vez que es imperativo cuidar los bienes del Estado para evitar su menoscabo. **En este sentido, la Sala Plena ha señalado que la causal comporta dos elementos: i) la conducta y ii) el fin.** La Sentencia del 1 de noviembre de 2005²³ señaló: **“[...] Para la configuración de la causal de indebida destinación de dineros públicos prevista en el num. 4º del artículo 183 de la Constitución Política (reproducida en el numeral 4º del artículo 298 de la Ley 5ª de 1992) se destacan o requieren dos elementos como son la conducta y el fin [...]”**

En el primero –como se exige para las demás causales por las que se puede demandar la pérdida de investidura- es necesario, que el sujeto activo que la agota ostente la calidad de Congresista y precisamente que en esa condición ejerza competencias para las que fue investido.

²³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 1º de noviembre de 2005, número único de radicado 11001031500020040167300, consejero ponente Tarsicio Cáceres Toro.

El segundo elemento, consiste en el fin de la conducta, es decir que al ejercer las competencias propias de su investidura: i) cambie o distorsione los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento al destinar los recursos públicos a materias, actividades o propósitos no autorizados, o a aquéllos que autorizados son diferentes a los que se encuentran asignados; ii) aplique tales dineros a objetos prohibidos, no necesarios o injustificados; iii) obtenga un incremento patrimonial para sí o a favor de terceros, o iv) pretenda derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o en el de terceras personas, etc. [...] (Negritas y subrayas fuera de texto).

A su turno, esta Sección, siguiendo los planteamientos de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, ha expresado, frente a la configuración de la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos que:

“[...] La causal de indebida destinación de dineros públicos no se encuentra definida en la Constitución ni en las normas legales que regulan el ejercicio de la acción de pérdida de investidura. No obstante, la jurisprudencia de esta Corporación se ha referido en distintas oportunidades al sentido y alcance que esta causal tiene.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en sentencia 30 de mayo de 2000 (Expediente núm. AC-9877, Consejero ponente doctor Germán Rodríguez Villamizar), se pronunció sobre los alcances del concepto de indebida destinación de dineros públicos, señalando que el elemento tipificador de esta causal de pérdida de investidura “[...] **está en el hecho de que el Congresista, en su condición de servidor público, con su conducta funcional al ejercer las competencias de las que ha sido revestido, traiciona, cambia o distorsiona los fines o 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 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 [...]”.

Esta postura ha sido objeto de múltiples reiteraciones por la misma Sala Plena de lo Contencioso Administrativo²⁴ y también por la Sección Primera del Consejo de Estado, entre otras, en sentencias de 1º de julio de 2004 (Expediente núm. 2003-00194, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), 9 de noviembre de 2006 (Expediente núm. 2005-01133, Consejero ponente doctor Camilo Arciniegas Andrade), 16 de julio de 2009 (Expediente núm. 2008-00700, Consejera ponente doctora Martha Sofía Sanz Tobón) 14 de diciembre de 2009 (Expediente núm. 2009-00012 (Expediente núm. 2009-00012, Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), 3 de noviembre de 2011 (Expediente núm. 2011-00009, Consejera ponente María Elizabeth García González) y 1º de agosto de 2013 (Expediente núm. 2012-00151, Consejera ponente María Elizabeth García González) [...]”²⁵ (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Con fundamento en el marco normativo y en el desarrollo jurisprudencial citado anteriormente, se tiene que los dineros públicos son “[...] todos aquellos que provienen de una actividad económica del Estado y se integran al ciclo presupuestal con el propósito de ser redistribuidos para la satisfacción de las necesidades que demanda el interés general [...]”²⁶, por lo que, en el mismo

²⁴ En sentencias de 20 de junio de 2000 (Expediente núm. 9876); de 6 de marzo de 2001 (Expediente núm. AC-11854) y de 17 de julio de 2001 (Expediente núm. 0063-01).

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencias de 4 de septiembre de 2014, número único de radicado 63001233300020130014801 (PI), consejero ponente Guillermo Vargas Ayala; de 6 de septiembre de 2018, número único de radicado 70001233300020180001901(PI), consejera ponente María Elizabeth García González; de 28 de julio de 2016, número único de radicado 15001233300020150073901(PI), consejero ponente Roberto Augusto Serrato Valdés.

²⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 28 de marzo de 2017, número único de radicado 11001031500020150011100, consejero ponente Rafael Francisco Suárez Vargas.

sentido, los eventos en que se puede configurar su indebida destinación²⁷ son aquellos en los que un miembro de la corporación pública territorial de elección popular los asigna para:

- i) Cubrir objetos, actividades o propósitos no autorizados.
- ii) Costear objetos, actividades o propósitos que sí están autorizados, pero que son diferentes a aquellos para los cuales están previamente asignados.
- iii) Sufragar objetos, actividades o propósitos expresamente prohibidos por la Constitución, la ley o el reglamento.
- iv) Pagar por materias innecesarias o injustificadas.
- v) Cuando la destinación de los dineros públicos tiene la finalidad de obtener un incremento patrimonial personal o de terceros.
- vi) Y, cuando la destinación de los dineros públicos tiene la finalidad de derivar un beneficio, no necesariamente económico, en su favor o en el de terceros.

Para los efectos, no es indispensable que el miembro de la corporación pública territorial de elección popular sea ordenador del gasto, pues lo importante es que adelante actuaciones certeras o utilice instrumentos idóneos para cambiar la destinación de los dineros públicos²⁸.

V.3.- Del caso concreto

Descendiendo al caso concreto, se observa que el actor solicita la pérdida de investidura de los concejales demandados, señores **LEONARDO GONZÁLEZ CAMPERO** y **LUÍS FERNANDO CALDERÓN MEJÍA**, por incurrir en una indebida destinación de dineros públicos al suscribir, en calidad de presidente y segundo

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 15 de marzo de 2018, número único de radicado 13001233300020160110701(PI), consejero ponente Hernando Sánchez Sánchez.

²⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 24 de abril de 2018, número único de radicado 11001-03-15-000-2017-01062-00, consejero ponente Carmelo Perdomo Cuéter.

vicepresidente, respectivamente, de la Mesa Directiva del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), la Resolución núm. 031 de 14 de marzo de 2019, mediante la cual se reconoció y autorizó un ‘auxilio educativo para el pago de gastos educacionales primaria y secundaria’ a hijos de empleados públicos de dicha corporación territorial, así como las resoluciones núms. 041 de 11 de abril, 061 de 19 de junio y 080 de 24 de septiembre de 2019, a través de las cuales se reconoció y autorizó un ‘auxilio educativo para estudios superiores’ también para hijos de empleados públicos de esa corporación, sindicalizados en el Sindicato Unitario Nacional de Trabajadores del Estado, Subdirectiva Barrancabermeja (Santander), en adelante SUNET.

V.3.1.- Marco normativo, desarrollo jurisprudencial y evolución del derecho a la negociación colectiva de empleados públicos²⁹

Tal como se puso advertir, como quiera que el asunto bajo examen gira en torno a la eventual configuración de la causal de pérdida de investidura consistente en indebida destinación de dineros públicos a partir de la expedición de actos administrativos que reconocieron auxilios educativos para primaria, secundaria y educación superior de hijos de empleados públicos sindicalizados, en cumplimiento del acuerdo laboral suscrito entre el concejo municipal de Barrancabermeja (Santander) y el sindicato SUNET, la Sala, de forma previa, procede a reiterar las consideraciones vertidas en asunto similar, en torno al marco normativo, desarrollo jurisprudencial y evolución del derecho a la negociación colectiva de empleados públicos.

Como lo explica la Corte Constitucional en la sentencia C-086 de 11 de septiembre 2018³⁰, la negociación colectiva de empleados públicos en Colombia ha superado diversas etapas.

En una **primera etapa**, en aplicación de los artículos 55 de la Constitución Política, según el cual “[...] se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley [...]”, y 416 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual “[...] los sindicatos de empleados

²⁹ Acápito desarrollado por esta Sala en sentencia de 11 de febrero de 2021, número único de radicado 68001233300020190089301, consejero ponente Hernando Sánchez Sánchez, asunto similar al caso concreto por tratarse de la expedición de resoluciones mediante las cuales se reconocieron y autorizaron pagar ‘auxilios educativos y becas’ a empleados del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander).

³⁰ M.P. doctora Diana Fajardo Rivera

públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas [...]”, se estableció un panorama normativo que imposibilitaba a los empleados públicos participar en escenarios de negociación colectiva, posición que fue avalada por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-110 de 10 de marzo de 1994³¹, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 416 *supra*, bajo el argumento de que la prohibición se ajustaba a la norma constitucional y se justificaba en el tipo de vinculación de los empleados públicos con el Estado y que para estos la regulación laboral correspondía a la ley y al reglamento.

Posteriormente, en una **segunda etapa**, la aprobación de los Convenios OIT 151³², “[...] *sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública [...]*”, y 154³³, “[...] *sobre fomento de la negociación colectiva [...]*” y su entrada en vigor para el Estado colombiano generaron un panorama diferente que fue explicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1234 de 29 de noviembre de 2005³⁴, que declaró la exequibilidad condicionada de la expresión “[...] *los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliego de peticiones ni celebrar convenciones colectivas [...]*” contenida en el artículo 416 *supra*, bajo el entendido que “[...] *para hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva consagrado en el artículo 55 de la Constitución Política, y de conformidad con los Convenios 151 y 154 de la OIT, las organizaciones sindicales de empleados públicos podrán acudir a otros medios que garanticen la concertación en las condiciones de trabajo, a partir de la solicitud que al respecto formulen estos sindicatos, mientras el Congreso de la República regule el procedimiento para el efecto [...]*”.

En efecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-086 de 2018, consideró lo siguiente:

“[...] 47. En esta nueva oportunidad, en la sentencia C-1234 de 2005, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la expresión **“[Los**

³¹ M.P. doctor José Gregorio Hernández Galindo.

³² Adoptado en la 64 Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, en Ginebra, 1978. Aprobado por el Congreso de la República mediante la Ley 411 de 5 de noviembre de 1997 y declarado exequible por la sentencia C-377 de 27 de julio de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero. En vigor para el Estado colombiano.

³³ Adoptado en la Sexagésima Séptima (67) Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, en Ginebra, el 19 de junio de 1981. Aprobado mediante la Ley 524 de 12 de agosto de 1999 y considerado constitucional en la providencia C-161 de 23 de febrero de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero. En vigor para el Estado colombiano.

³⁴ M.P. doctor Alfredo Beltrán Sierra.

sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliego de peticiones ni celebrar convenciones colectivas” en el entendido de que “para hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva consagrado en el artículo 55 de la Constitución Política, y de conformidad con los Convenios 151 y 154 de la OIT, las organizaciones sindicales de empleados públicos podrán acudir a otros medios que garanticen la concertación en las condiciones de trabajo, a partir de la solicitud que al respecto formulen estos sindicatos, mientras el Congreso de la República regule el procedimiento para el efecto”.

Al inicio, la Sala Plena soportó su competencia superando el presunto efecto de cosa juzgada que recaía sobre la constitucionalidad del artículo 416 del C.S.T., argumentando que **los Convenios 151 y 154 de la OIT generaban un nuevo escenario normativo³⁵, en virtud del cual el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos no es pleno, como ocurre frente a los trabajadores oficiales, pero sí comprende la facultad de presentar peticiones y realizar consultas, y de que éstas sean oídas y tenidas en cuenta, y de interferir en la determinación de sus condiciones laborales a través de mecanismos de concertación, sin perjuicio de la competencia última que constitucionalmente se le otorga al Legislador y al Ejecutivo en la materia. También destacó que la Corte ya había precisado la inexistencia de un imperativo en los instrumentos internacionales de la OIT para la implementación de la negociación plena en el caso de los empleados públicos, lo que no era óbice para que en el futuro el legislador les concediera la prerrogativa de presentar, v. gr., pliegos de peticiones³⁶.**

³⁵ Por expresa disposición del artículo 53 de la C.P., los convenios internacionales del trabajo ratificados hacen parte de la legislación interna. Además, según lo ha sostenido la Corte, algunos de ellos [como los Convenios 87, sobre libertad sindical y el derecho de sindicación; 98, sobre la aplicación de los principios de sindicación y negociación colectiva; 138, sobre la edad mínima de admisión al empleo; 182, sobre las peores formas de trabajo infantil; y, 169, sobre el derecho a la participación de las comunidades indígenas] hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, y otros en sentido lato.

³⁶ Al respecto, citó la sentencia C-201 de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería: “*Con fundamento en consideraciones similares, la Corte Suprema de Justicia ha encontrado justificada la restricción al derecho a la negociación colectiva de los sindicatos de empleados públicos, señalando además que aquélla “no se contrapone a los Convenios 151 y 154 de la OIT, ... porque en tales instrumentos internacionales se consagra la negociación colectiva para los empleados públicos como una de las opciones que puede adoptar la autoridad nacional competente o también como medida deseable para que las organizaciones que representan a aquellos participen con las autoridades públicas competentes en el establecimiento de las condiciones de trabajo, así como en la solución de sus diferencias laborales. Por ello, se hace en estos una invitación a los Estados para que, de acuerdo con las situaciones propias de cada nación, se adelanten las campañas de estímulo y fomento de tal mecanismo de concertación en el sector público. Lo que, además, por*

Resuelto lo anterior advirtió que, como especie de la negociación colectiva, la presentación de pliegos y la suscripción de convenciones podía ser objeto de restricciones a quienes tienen una responsabilidad alta en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, según el artículo 123 de la C.P., sin que ello implique, atendiendo a los mandatos de los artículos 2, 39 y 55 de la C.P. y a los compromisos adquiridos con la aprobación de los convenios 151 y 154 de la O.I.T., el desconocimiento por parte del Estado del deber de promover la concertación, de recibir, de oír y tener en cuenta las peticiones de los empleados públicos.

48. De lo hasta aquí expuesto,³⁷ se concluye que, para la determinación de las posiciones de derecho sobre la negociación colectiva, como garantía fundamental de la libertad sindical, es relevante el tipo de vínculo que une al servidor público con el Estado. En esta delimitación es claro que, constitucionalmente, la fijación del régimen salarial y prestacional para los empleados públicos, sin perjuicio de los mecanismos de concertación, es de orden legal (art. 150, numeral 19 literal e)³⁸; mientras que, como se ha afirmado desde temprana jurisprudencia por parte de esta Corporación, a los trabajadores oficiales les es dado negociar este tipo de cláusulas económicas³⁹, pues la Constitución solo le otorga al Congreso –sobre este aspecto– la competencia para regular su régimen mínimo de prestaciones sociales (literal f ídem)⁴⁰ [...]” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

mandato constitucional - inciso dos del artículo 55 de la C.P. – constituye un deber para el Estado colombiano”.

³⁷ Con posterioridad al pronunciamiento del año 2005 la Corte se ha ocupado del derecho a la negociación colectiva en varias oportunidades [entre otras, las sentencias C-472 de 2006. Manuel José Cepeda Espinosa; C-466 de 2008. M.P. Jaime Araujo Rentería; C-349 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-741 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; y, C-018 de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo], empero, no se precisa su análisis detallado dado el objeto de este asunto.

³⁸ Actualmente a través del Decreto 160 de 2014, se “reglamenta la Ley 411 de 1997 aprobatoria del Convenio 151 de la OIT, en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias por las organizaciones de empleados públicos”.

³⁹ Evidentemente con respeto de los mandatos constitucionales que sean aplicables.

⁴⁰ En este sentido, en la sentencia C-484 de 1995. M.P. Fabio Morón Díaz, la Corte consideró que: “[p]or su parte, para los trabajadores oficiales se encuentra la referencia que se hace al régimen de prestaciones sociales mínimas que debe expedir el legislador y que aparece mencionada en el numeral 19 literal f) del artículo 150 de la Carta Política como una de las leyes marco, lo cual da idea y fundamento para afirmar que bajo esta categoría, los servidores públicos pueden negociar las cláusulas económicas de su vinculación a la administración y que las prestaciones sociales pueden aumentarse convencionalmente en el contrato, así sea por virtud del conflicto colectivo y de la negociación o de la huelga, salvo en materia de servicios públicos esenciales.”

Lo anterior implica que, para efectos de la negociación colectiva y en los términos de los instrumentos internacionales y de la normativa interna, se debe garantizar a los empleados públicos el derecho a la negociación colectiva, sin perjuicio de los límites que se establezcan en razón de la naturaleza del vínculo del empleado público con el Estado, la materia de negociación, los procedimientos que garanticen el ejercicio del derecho y las restricciones que se deban establecer en atención a situaciones especiales.

V.3.1.1.- Convenio OIT 151, “sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública”

Como se indicó *supra*, el Convenio OIT 151 “sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública” fue adoptado en el año 1978 durante la 64 Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, en Ginebra.

Dicho convenio fue aprobado por el Congreso de la República de Colombia mediante la Ley 411 de 5 de noviembre de 1997⁴¹ y posteriormente la ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-377 de 27 de julio de 1998. El artículo 1 del Convenio OIT 151 estableció que ese instrumento internacional se debía aplicar “[...] a todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo [...]” y que la legislación nacional debía determinar, por un lado, hasta qué punto las garantías previstas en ese Convenio se aplican a los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial; y, por el otro, hasta qué punto las garantías previstas en ese Convenio son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía.

Los artículos 7° y 8° del Convenio OIT 151, sobre procedimiento para la determinación de las condiciones de empleo y solución de conflictos, establecen, por un lado, que en cada Estado se deberán adoptar, de ser necesario, medidas

⁴¹ “Por medio de la cual se aprueba el “Convenio 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública”, adoptado en la 64 Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1978”.

adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones. Y, por el otro, que la solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados.

V.3.1.2.- Decreto 160 de 2014, compilado en el Decreto Único 1072 de 2015

En materia de negociación colectiva se expidió el Decreto 160 de 5 de febrero de 2014⁴², el cual fue compilado posteriormente en el Capítulo 4 del Decreto Único 1072 de 26 de mayo de 2015⁴³, sobre sindicatos de empleados públicos.

El artículo 1° del Decreto 160 de 2014, establece que esa normativa tiene como objeto “[...] regular los **términos y procedimientos que se aplicarán a la negociación entre las organizaciones sindicales de empleados públicos y las entidades públicas** en la determinación de las condiciones de empleo de los empleados públicos de las entidades públicas del orden nacional, departamental, distrital y **municipal**; los organismos de control, la Organización Electoral y los órganos autónomos e independientes [...]” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

El artículo 2.2.2.4.1. del Decreto 1072 de 2015, sobre el campo de aplicación, establece que el capítulo 4 se aplicará a los empleados públicos de todas las entidades y organismos del sector público, con excepción de: i) los empleados públicos que desempeñen empleos de alto nivel político, jerárquico o directivo, cuyas funciones comporten atribuciones de gobierno, representación, autoridad o de conducción institucional, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas públicas; ii) los trabajadores oficiales; iii) los servidores de elección popular o los

⁴² “[...] Por el cual se reglamenta la Ley 411 de 1997 aprobatoria del Convenio 151 de la OIT, en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos [...]”

⁴³ “[...] Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo [...]”.

directivos elegidos por el Congreso o corporaciones territoriales; y iv) el personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Dicha normativa estableció en su artículo 2.2.2.4.2. las reglas de aplicación de ese capítulo al señalar, entre ellas, que se debe respetar la competencia constitucional y legal atribuida a las entidades públicas y que, en consecuencia, la negociación debe respetar las competencias exclusivas que la Constitución Política y la ley atribuyen a las entidades y autoridades.

Asimismo, la norma estableció, por un lado, que la negociación debe respetar el presupuesto público o principio de previsión y provisión presupuestal en la ley, ordenanza o acuerdo, para la suscripción de los acuerdos colectivos con incidencia económica presupuestal, teniendo en cuenta el marco de gasto de mediano plazo, la política macroeconómica del Estado y su sostenibilidad y estabilidad fiscal; y, por el otro, solo se debe implementar una mesa de negociación y un solo acuerdo colectivo por entidad o autoridad pública.

A su turno, el artículo 2.2.2.4.4., sobre materias de negociación, establece que son materias de negociación: i) las condiciones de empleo, entendidas en la misma norma (art. 2.2.2.4.3.) como “[...] *los aspectos propios de la relación laboral de los empleados públicos [...]*”; y ii) “[...] *las relaciones entre las entidades y autoridades públicas competentes y las organizaciones sindicales de empleados públicos para la concertación de las condiciones de empleo [...]*”.

El mismo artículo 2.2.2.4.4. establece en forma expresa las materias que no son objeto de negociación colectiva y que se encuentran excluidas, al señalar lo siguiente:

“[...] **Artículo 2.2.2.4.4. Materias de negociación.** Son materias de negociación:

1. Las condiciones de empleo, y
2. Las relaciones entre las entidades y autoridades públicas competentes y las organizaciones sindicales de empleados públicos para la concertación de las condiciones de empleo.

PARÁGRAFO 1. No son objeto de negociación y están excluidas, las siguientes materias:

1. La estructura del Estado y la estructura orgánica y la interna de sus entidades y organismos.

2. Las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado.

3. El mérito como esencia y fundamento de las carreras especiales y de la carrera administrativa general y sistemas específicos.

4. La atribución disciplinaria de las autoridades públicas.

5. La potestad subordinante de la autoridad pública en la relación legal y reglamentaria.

PARÁGRAFO 2. En materia salarial podrá haber negociación y concertación, consultando las posibilidades fiscales y presupuestales. Sin perjuicio de lo anterior, en el nivel territorial, **se respetarán los límites que fije el Gobierno nacional. En materia prestacional las entidades no tienen facultad de negociar y concertar, toda vez que por mandato constitucional y legal la única autoridad competente para regular la materia es el Presidente de la República [...]**” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

La normativa anterior es clara al establecer que no es posible de negociación colectiva entre las organizaciones sindicales de empleados públicos y las entidades públicas lo atinente a: i) La estructura del Estado y la estructura orgánica e interna de sus entidades y organismos; ii) las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado; iii) el mérito como esencia y fundamento de las carreras especiales y de la carrera administrativa general y sistemas específicos; iv) la atribución disciplinaria de las autoridades públicas; v) la potestad subordinante de la autoridad pública en la relación legal y reglamentaria; y vi) en materia prestacional.

La norma establece además que, en materia salarial, podrá haber negociación y concertación, siempre y cuando se consulte a las posibilidades fiscales y presupuestales y sin perjuicio del deber en el nivel territorial de respetar los límites que fije el Gobierno Nacional.

Los artículos siguientes regulan el ámbito de negociación (artículo 2.2.2.4.6); las condiciones y requisitos para la comparecencia sindical a la negociación (artículo 2.2.2.4.7); el grado de representatividad sindical y conformación de la comisión negociadora (artículo 2.2.2.4.8); las reglas de la negociación (artículo 2.2.2.4.9); los términos y etapas de la negociación (artículo 2.2.2.4.10); las actas (artículo 2.2.2.4.11) y, en especial, el contenido del acuerdo colectivo (artículo 2.2.2.4.12) y el cumplimiento e implementación del mismo (artículo 2.2.2.4.13); normas que establecen, por un lado, que *“[...] una vez suscrito el acuerdo colectivo será depositado en el Ministerio del Trabajo dentro de los diez (10) días siguientes a su celebración [...]”* y, en todo caso *“[...] una vez firmado el acuerdo colectivo no se podrán formular nuevas solicitudes durante la vigencia del mismo [...]”*; y, por el otro, que *“[...] la autoridad pública competente, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la suscripción del acta final, y con base en esta, expedirá los actos administrativos a que haya lugar, respetando las competencias constitucionales y legales [...]”*.

V.3.2.- Programas de bienestar social de las entidades públicas, como parte del sistema de estímulos para los empleados del Estado⁴⁴

El Decreto Ley 1567 de 19988 creó **el sistema nacional de capacitación** y **el sistema de estímulos** para los empleados del Estado. Los programas de bienestar social, por su parte, se diseñaron dentro del sistema de estímulos para los empleados del Estado.

Para entender la regulación de los programas de bienestar social de las entidades públicas, es necesario diferenciar el sistema de capacitación y el sistema de estímulos para los empleados del Estado.

⁴⁴ Este asunto fue abordado por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en concepto de 18 de diciembre de 2020, número único de radicado 11001-03-06-000-2020-00205-00 (2455), consejero ponente Germán Alberto Bula Escobar, acápite que la Sala cita y prohija en su integridad.

- **Sistema nacional de capacitación para los empleados del Estado. Título I del Decreto Ley 1567 de 1998**

En la norma se estableció el sistema de capacitación como el conjunto coherente de políticas, planes, disposiciones legales, organismos, escuelas de capacitación, dependencias y recursos organizados con el propósito común de generar una mayor capacidad de aprendizaje y de acción en las entidades y en los empleados del Estado, en función de lograr la eficiencia y la eficacia de la administración (artículo 2º). Anualmente, cada entidad debe definir un plan institucional de capacitación interna (artículo 3º, literal c).

El artículo 4º del Decreto 1567 de 1998 definió ‘capacitación’ en los siguientes términos:

“[...] **Artículo 4º. Definición de capacitación.** Se entiende por capacitación el conjunto de procesos organizados, relativos tanto a la **educación no formal como a la informal** de acuerdo con lo establecido por la ley general de educación⁴⁵, dirigidos a prolongar y a complementar la educación inicial mediante la generación de conocimientos, el desarrollo de habilidades y el cambio de actitudes, con el fin de incrementar la capacidad individual y colectiva para contribuir al cumplimiento de la misión institucional, a la mejor prestación de servicios a la comunidad, al eficaz desempeño del cargo y al desarrollo personal integral. Esta definición comprende los procesos de formación, entendidos como aquellos que tienen por objeto específico desarrollar y fortalecer una ética del servicio público basada en los principios que rigen la función administrativa.

Parágrafo. Educación formal. La educación definida como formal por las leyes que rigen la materia no se incluye dentro de los procesos aquí definidos como capacitación. El apoyo de las entidades a programas de este tipo hace parte de los programas de bienestar social e incentivos y se regirá por las normas que

⁴⁵ Advierte la Sala que la denominación «educación no formal» fue remplazada por la denominación ‘Educación para el Trabajo y el Desarrollo Humano’, de acuerdo con el artículo 1o. de la Ley 1064 de 26 de julio de 2006 “[...] por la cual se dictan normas para el apoyo y fortalecimiento de la educación para el trabajo y el desarrollo humano establecida como educación no formal en la Ley General de Educación [...]”.

regulan el sistema de estímulos [...]” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Del párrafo transcrito se entiende con claridad **que la educación formal de los empleados del Estado no está contenida en los programas de capacitación de las entidades públicas, sino que es un apoyo que hace parte de los programas de bienestar social e incentivos y se regula por el sistema de estímulos de los empleados del Estado.**

El artículo 6º del mismo Decreto Ley 1567 de 1998, estableció los principios rectores de la capacitación, que deberán aplicar las entidades públicas al momento de diseñar e impartir capacitación a sus empleados. Estos principios son: complementariedad, integralidad, objetividad, participación, prevalencia del interés de la organización, integración a la carrera administrativa, economía, énfasis en la práctica y continuidad⁴⁶.

Además, como se explicará más adelante, el artículo 6º original del Decreto Ley 1567 de 1998, incluía como principio el de la ‘Prelación de los empleados de carrera’ para los programas de capacitación, con la exclusión expresa de ‘los empleados vinculados mediante nombramiento provisional, dada la temporalidad de su vinculación’, para quienes solo se contemplaban los programas de inducción para entrenamiento en el puesto de trabajo.

⁴⁶ En el Decreto Ley 1567 de 1998 también se reguló, dentro del sistema nacional de capacitación, los programas de inducción y reinducción (capítulo II, artículos 7º y 8º); las áreas y modalidades de la capacitación (capítulo III, artículos 9º y 10), y el régimen de obligaciones para las entidades y empleados con respecto a la capacitación (capítulo IV, artículos 11 y 12). Por su parte, el Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015 (Único Reglamentario del Sector de Función Pública) dedicó el Título 9 a la «Capacitación» y precisó: que los planes anuales de capacitación deben responder a estudios técnicos que indiquen los requerimientos y necesidades de cada área de trabajo (artículo 2.2.9.1.); que el Departamento Administrativo de la Función Pública, con el apoyo de la Escuela Superior de Administración Pública, adelantará la evaluación anual del Plan Nacional de Formación y Capacitación, con el fin de revisar el cumplimiento por parte de las entidades de las orientaciones y prioridades allí establecidas. Igualmente, establecerá los mecanismos de seguimiento a los Planes Institucionales de Capacitación que éstas formulen (artículo 2.2.9.3.); que existirá una Red interinstitucional de Capacitación para empleados públicos, administrada por la Escuela Superior de Administración Pública, con el objetivo de apoyar los planes de capacitación interinstitucional (artículo 2.2.9.4.), y que los instrumentos necesarios para la formulación e implementación de los planes institucionales de capacitación serán diseñados y divulgados por el departamento Administrativo de la Función Pública y la Escuela superior de Administración Pública (artículo 2.2.9.6.).

El mencionado principio fue sustituido por el de ‘profesionalización del servidor público’, inicialmente mediante el Decreto Ley 894 de 28 de mayo de 2017⁴⁷ como parte relacionada, exclusivamente, con el desarrollo normativo del Acuerdo de Paz, en los términos de su alcance precisado por la Corte Constitucional mediante la sentencia de constitucionalidad C-527 de 14 de agosto de 2017⁴⁸ y, luego, de manera general, por la Ley 1960 de 27 de junio de 2019⁴⁹, conforme a la cual los destinatarios del mencionado principio son todos los servidores públicos sin consideración del tipo de vinculación, tal como será abordado más adelante.

- **Sistema de estímulos para los empleados del Estado. Título II del Decreto Ley 1567 de 1998**

El sistema de estímulos se definió como el conjunto interrelacionado y coherente de políticas, planes, entidades, disposiciones legales y programas de bienestar e incentivos que interactúan con el propósito de elevar los niveles de eficiencia, satisfacción, desarrollo y bienestar de los empleados del Estado en desempeño de la labor y de contribuir al cumplimiento efectivo de los resultados institucionales (artículo 13).

En efecto, los programas de bienestar social e incentivos constituyen uno de los componentes del sistema de estímulos, y se deben formular y ejecutar de forma anual, así: “[...] **Artículo 16. Componentes del Sistema de Estímulos. El sistema de estímulos está integrado por los siguientes componentes: [...] e. Los programas de bienestar social e incentivos. El sistema de estímulos a los empleados del Estado expresará en programas de bienestar social e incentivos.** Dichos programas serán diseñados por cada entidad armonizando las políticas generales y las necesidades particulares e institucionales. // **Artículo 18. Programas de Bienestar Social e Incentivos. A través de los programas de**

⁴⁷ “[...] Por el cual se dictan normas en materia de empleo público con el fin de facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera [...]”.

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-527 de 14 de agosto de 2017, magistrada ponente Cristina Pardo Schlesinger: “[...] la Sala considera que es preciso condicionar la norma en cuestión, como lo pidió una de las intervenciones (la Academia Colombiana de Jurisprudencia), puesto que su forma de redacción genérica, sin alusión expresa a los casos relacionados con la implementación del Acuerdo de Paz, podría llevar a que se pensara en la posibilidad de interpretar y aplicar la regla fuera de ese contexto. **En tal sentido, se declarará la constitucionalidad del artículo 1° del Decreto Ley 894 de 2017, en el entendido de que la capacitación se utilizará para la implementación del Acuerdo,** dando prelación a los municipios priorizados por el Gobierno Nacional [...]” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

⁴⁹ “[...] Por la cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones [...]”.

bienestar social y de los programas de incentivos que formulen y ejecuten las entidades, se pondrá en funcionamiento el sistema de estímulos para los empleados. // **Artículo 19. Programas Anuales.** Las entidades públicas que se rigen por las disposiciones contenidas en el presente Decreto-ley **están en la obligación de organizar anualmente, para sus empleados, programas de bienestar social e incentivos** [...]” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Sobre los programas de bienestar social, el artículo 20 del Decreto Ley 1567 de 1998 previó:

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

Parágrafo. Tendrán derecho a beneficiarse de los programas de bienestar social todos los empleados de la entidad **y sus familias** [...]” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Del artículo transcrito es claro que la regulación de los programas de bienestar configura: i) el deber para el empleador público de organizar tales programas a partir de la iniciativa de sus servidores públicos, y ii) el derecho de «todos los empleados» **y sus familias**, sin hacer diferencia alguna por razón del tipo de vinculación. Sin embargo, debe tenerse presente que, dentro de los programas de bienestar, algunos incentivos no tienen como destinatarios a todos los empleados.

Para los programas de incentivos, el artículo 26 del referenciado Decreto Ley 1567 de 1998, determinó:

“[...] **Artículo 26. Programas de incentivos.** Los programas de incentivos, como componentes tangibles del sistema de estímulos, deberán orientarse a:

1. Crear condiciones favorables al desarrollo del trabajo para que el desempeño laboral cumpla con los objetivos previstos.

2. Reconocer o premiar los resultados del desempeño en niveles de excelencia.

Los programas de incentivos dirigidos a crear condiciones favorables al buen desempeño se desarrollarán a través de proyectos de calidad de vida laboral. Y los programas de incentivos que buscan reconocer el desempeño en niveles de excelencia se estructurarán a través de planes de incentivos [...]

(Negrillas y subrayas fuera de texto).

Esta norma también articula los programas de incentivos a la creación de condiciones de trabajo que sean favorables para el correcto desempeño de las labores en la entidad pública. Igualmente, los planes de incentivos para los empleados se orientarán a reconocer los desempeños individuales del mejor empleado de la calidad y de cada uno de los niveles jerárquicos que la conforman, así como el de los equipos de trabajo que alcancen niveles de excelencia (artículo 29).

Como tipos de planes de incentivos, el artículo 30 referenció los pecuniarios y los no pecuniarios, en los siguientes términos:

[...] Artículo 30. Tipos de planes. Para reconocer el desempeño en niveles de excelencia podrán organizarse planes de incentivos pecuniarios y planes de incentivos no pecuniarios.

Tendrán derecho a incentivos pecuniarios y no pecuniarios todos los empleados de carrera, así como los de libre nombramiento y remoción **de los niveles profesional, técnico, administrativo y operativo** [...]" (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Advierte la Sala que los planes a los que se refiere el artículo 30 del Decreto Ley 1567 de 1998, esto es, planes pecuniarios y no pecuniarios, no están dirigidos a todos los empleados del respectivo organismo o entidad, puesto que expresamente la norma señala a los empleados de carrera y de libre

nombramiento y remoción, que se encuentran en los niveles jerárquicos indicados, **con lo cual quedan excluidos los niveles asesor y directivo y los nombrados en provisionalidad.**

También observa la Sala que de acuerdo con el artículo 33 del Decreto Ley 1567 de 1998, **la educación formal quedó prevista bajo la modalidad de beca dentro de los incentivos no pecuniarios,** así:

“[...] **Artículo 33. Clasificación de los planes de incentivos no pecuniarios.** Las entidades de las órdenes nacional y territorial podrán incluir dentro de sus planes específicos de incentivos no pecuniarios los siguientes: ascensos, traslados, encargos, comisiones, **becas para educación formal,** participación en proyectos especiales, publicación de trabajos en medios de circulación nacional e internacional, reconocimientos públicos a la labor meritoria, financiación de investigaciones, programas de turismo social, puntaje para adjudicación de vivienda y otros que establezca el Gobierno Nacional.

Cada entidad seleccionará y asignará los incentivos no pecuniarios para el mejor equipo de trabajo y para sus mejores empleados, de acuerdo con los criterios, los requisitos, la organización y los procedimientos que establezca el Gobierno Nacional [...].”

De manera que, en virtud de la ley, -toda vez que el Decreto Ley 1567 de 1998 es una ley en sentido material-, **la educación formal, para ese momento, quedó excluida para los empleados nombrados en provisionalidad.**

- **El Decreto 1227 de 2005, reglamentario del Decreto Ley 1567 de 1998, compilado en el Decreto Reglamentario Único 1083 de 2015 del Sector Administrativo de la Función Pública.**

El Decreto 1227 de 2005, que reglamentó parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998, en su Título V se ocupó del ‘Sistema nacional de capacitación y estímulos’. Respecto de la capacitación hizo mención genérica de los empleados públicos y se centró en los contenidos y evaluaciones de los planes

y la conformación de la Red Interinstitucional de Capacitación para Empleados Públicos.

Por su parte, sobre el sistema de estímulos, en el artículo 69 dispuso que estos se implementarían a través de los programas de bienestar social; en el artículo 70 relacionó los programas de protección y servicios sociales que se podrían ofrecer a 'todos los empleados y sus familias'.

El párrafo primero del citado artículo 70 fue modificado por el Decreto reglamentario 4661 de 2005, que en su artículo 1º ordenó:

“[...] Artículo 1º. Modifícase el párrafo 1º del artículo 70 del Decreto 1227 de 2005, el cual quedará así:

“Parágrafo 1º. Los programas de educación no formal y de educación formal básica primaria, secundaria y media, o de educación superior, estarán dirigidos a los empleados públicos.

También se podrán beneficiar de estos programas las familias de los empleados públicos, cuando la entidad cuente con recursos apropiados en sus respectivos presupuestos para el efecto” [...] (Negrillas y subrayas fuera de texto).

En el artículo 73, el Decreto 1227 de 2005, determinó:

“[...] Artículo 73. La financiación de la educación formal hará parte de los programas de bienestar social dirigidos a los empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera. Para su otorgamiento, el empleado deberá cumplir las siguientes condiciones:

73.1. Llevar por lo menos un año de servicio continuo en la entidad.

73.2. Acreditar nivel sobresaliente en la calificación de servicios correspondiente al último año de servicio.

Parágrafo. Los empleados vinculados con nombramiento provisional y los temporales, dado el carácter transitorio de su relación laboral, **no podrán participar de programas de educación formal o no formal ofrecidos por la entidad, teniendo únicamente derecho a recibir inducción y entrenamiento en el puesto de trabajo [...]**” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Hace notar la Sala que, de acuerdo con el parágrafo del artículo 73, **los empleados con nombramiento provisional y los temporales fueron excluidos de los programas de educación formal y no formal**. Dicha norma reglamentaria guardó armonía con el Decreto Ley 1567 de 1998, respecto de los destinatarios de estímulos no pecuniarios dentro de los programas de incentivos y de bienestar.

En cuanto a la educación no formal, recuérdese que el Decreto Ley 1567 de 1998 en su artículo 6º, literal g) original, también expresamente dispuso que los empleados en provisionalidad solo accederían a programas de inducción y entrenamiento para el empleo. Por lo cual, la norma reglamentaria igualmente fue armónica con la norma legal reglamentada.

Posteriormente, el Decreto Ley 894 de 2017, por el cual se dictan normas en materia de empleo con el fin de facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, en su artículo 1o. estableció:

“[...] Artículo 1º. Modificar el literal g) del artículo 6º del Decreto-ley 1567 de 1998 el cual quedará así:

“g) **Profesionalización del servidor público.** Todos los servidores públicos independientemente de su tipo de vinculación con el Estado podrán acceder en igualdad de condiciones a la capacitación, al entrenamiento y a los programas de bienestar que adopte la entidad para garantizar la mayor calidad de los servicios públicos a su cargo, atendiendo a las necesidades y presupuesto de la entidad. En

todo caso si el presupuesto es insuficiente se dará prioridad a los empleados con derechos de carrera administrativa [...]”.

El artículo transcrito, como se había mencionado, fue declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-527 de 2017, **“[...] en el entendido de que la capacitación de los servidores públicos nombrados en provisionalidad se utilizará para la implementación del Acuerdo de Paz,** dando prelación a los municipios priorizados por el Gobierno Nacional [...]” (Negrillas y subrayas fuera de texto). Es decir que, pese a su redacción aparentemente genérica y extensa, el juez de constitucionalidad determinó que, al haberse expedido en el marco de un decreto ley regulador de empleos para facilitar y asegurar la implementación del Acuerdo de Paz, la capacitación de todos los servidores públicos, al margen de su tipo de vinculación, debía girar en torno a la implementación y desarrollo normativo de dicho acuerdo, exclusivamente.

Por la misma razón, fue solo hasta la Ley 1960 que, con su artículo 3° se introdujo, allí sí de forma genérica y absoluta, el principio de profesionalización del servidor público:

“[...] **Artículo 3°.** El literal g) del artículo 6° del Decreto-ley 1567 de 1998 quedará así:

“g) Profesionalización del servidor público. **Los servidores públicos, independientemente de su tipo de vinculación con el Estado, podrán acceder a los programas de capacitación y bienestar que adelante la entidad, atendiendo a las necesidades y al presupuesto asignado.** En todo caso, si el presupuesto es insuficiente se dará prioridad a los empleados con derechos de carrera administrativa [...]” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

En la exposición de motivos de la Ley 1960 (Proyecto de Ley 006/2017 Cámara y 200/2018 Senado), se fundamentó el cambio legal en el reconocimiento de “[...] la ineficiencia histórica del Estado Colombiano en la realización de concursos [...]” que mantiene sin proveer un importante número de empleos de carrera, especialmente en el nivel territorial, por lo que, “[...] de esta manera se busca garantizar la idoneidad de los servidores públicos en el entendido que la

consecuencia lógica de que todos puedan acceder a capacitación y programas de bienestar, independientemente de su vinculación, asegura que las entidades destinatarias cuenten con servidores mejor capacitados que lograrán una función pública más eficaz en sus cometidos [...]”⁵⁰.

En este sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el referido concepto de 18 de diciembre de 2020, al que se ha venido haciendo alusión, manifestó lo siguiente:

“[...] Por lo tanto, a partir de esta norma, todos los empleados, sin considerar el tipo de vínculo laboral, tienen derecho a los programas de capacitación y bienestar que adopte su respectivo empleador público. Solo la limitación de los recursos presupuestales dará lugar a que se priorice el derecho de los empleados de carrera administrativa.

Como se mencionó atrás, la Sala hace notar que, **si bien el principio de prelación de los empleados de carrera administrativa era uno de los principios del sistema de capacitación, la reforma de la Ley 1960 lo amplió al sistema de bienestar.**

Corolario de tal ampliación es que, por mandato legal, todos los empleados, sin tener en cuenta el tipo de vinculación pueden acceder a los programas de capacitación y de bienestar, y entre estos, a la educación no formal y a los apoyos para la educación formal.

Lo dicho, sin perjuicio de conservar la prioridad de los empleados de carrera cuando los recursos disponibles no sean suficientes para atender a todos los empleados.

En efecto, el cambio dispuesto por el legislador, de dar prelación a los empleados de carrera a la profesionalización del servidor público, deja en claro que la filosofía de la modificación normativa es la mejora del servicio público, que sin duda se logra a través de servidores mejor capacitados y que se desarrollen en condiciones de trabajo

⁵⁰ Gaceta del Congreso núm. 587 del 24 de julio de 2017.

favorables. Lo anterior, sin alterar la prioridad que debe otorgarse a los empleados con derechos de carrera administrativa 'si el presupuesto es insuficiente'.

(...)

Como se ha señalado, la Ley 1960 de 2019 modificó varios artículos de la Ley 909 de 2004. Lo propio hizo en relación con el Decreto Ley 1567 de 1998, incluida la modificación del literal g) del artículo 6°, que traía consagrado el principio de profesionalización del servidor público. Tales modificaciones tienen, jurídicamente, el efecto de una derogatoria porque los textos precedentes pierden vigencia.

Textualmente, el último artículo de la Ley 1960 de 2019 dispuso:

“Artículo 7. La presente Ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.”

La Ley 1960 fue publicada en el Diario Oficial núm. 50.997 del 27 de junio 2019, de manera que en esta fecha entró en vigencia y desde ella debe entenderse el cambio del principio de prelación de los empleados de carrera por el principio de profesionalización del servidor público.

La Ley 1960 es por supuesto una norma de superior jerarquía que, por lo mismo, prima sobre el Decreto reglamentario 1227 de 2005 y sobre el Decreto Reglamentario Único 1083 de 2015, de acuerdo con los criterios atrás enunciados.

Pero es igualmente claro que dicha Ley 1960 modificó uno de los principios que el Decreto Ley 1567, -norma de igual jerarquía-, traía consagrado para el sistema de capacitación de los servidores públicos.

(...)

Así, la derogatoria o modificación de una norma legal conlleva la pérdida de ejecutoriedad de los actos administrativos que la reglamentaban.

Es lo que ocurrió con el párrafo 1º del artículo 71, y con el artículo 73, ambos del Decreto reglamentario 1227 de 2005, compilados en los artículos 2.2.10.2 y 2.2.10.5 del Decreto 1083 de 2015 Reglamentario Único del Sector Administrativo de la Función Pública: operó respecto de ellos el decaimiento porque fue modificada la norma legal que reglamentaban, esto es, el artículo 6º, literal g) del Decreto Ley 1567 de 1998, hecha por el artículo 3º de la Ley 1960 de 2019.

En efecto, el principio de prelación de los empleados de carrera, - contenido en el Decreto Ley 1567 de 1998 para el sistema de capacitación- fue ampliado al sistema de bienestar por la modificación introducida en el artículo 3º de la Ley 1960, y los destinatarios son todos los empleados públicos sin distinción por razón de la clase de vínculo laboral [...]⁵¹ (Negritas y subrayas fuera de texto).

Del análisis abordado, la Sala de Consulta y Servicio Civil concluyó, -deducción que esta Sección ahora prohíja-, **que sí son beneficiarios de los programas de bienestar social, a partir de la entrada en vigor de la Ley 1960⁵², todos los servidores públicos de la entidad, independientemente de su tipo de vinculación. Todos, por consiguiente, tienen acceso a la educación no formal y a los apoyos para la educación formal que como parte de los incentivos del sistema de bienestar deben regular internamente los organismos y entidades a las cuales se aplica el Decreto Ley 1567 de 1998, con las modificaciones de la Ley 1960.**

Las restricciones a los empleados con nombramiento provisional, dentro del sistema de bienestar, desaparecieron en tanto el principio de profesionalización consagrado en la Ley 1960 tiene como destinatarios a todos los servidores

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 18 de diciembre de 2020, número único de radicado 11001-03-06-000-2020-00205-00 (2455), consejero ponente Germán Alberto Bula Escobar.

⁵² Publicada en el Diario Oficial, año CLV, núm. 50997 de 27 de junio de 2019, pág. 1.

públicos de los organismos y entidades del sector público, en los sistemas de capacitación y de bienestar.

El cambio de principio rector del sistema nacional de capacitación denominado en el Decreto Ley 1567 de 1998, 'prelación de los empleados de carrera', por el principio de 'profesionalización del servidor público' extendido al sistema de bienestar, en virtud de la Ley 1960, implica la ampliación de sus destinatarios, además de recoger una transformación en el espíritu de ambos.

V.3.3.- Los programas de educación formal del sistema de estímulos en el sector público: compilación en el Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015

Ahora bien, teniendo en cuenta que, en el caso *sub examine*, la negociación colectiva versó entre otras, sobre el reconocimiento y pago de un auxilio educativo para estudios de primaria, secundaria y superiores de hijos de empleados públicos del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), la Sala procederá con el análisis del sistema de estímulos a partir de su compilación final en el Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015, -recopila las normas pertinentes del Decreto 1227 de 2005, reglamentario del Decreto Ley 1567 de 1998-.

El artículo 26 de la Ley 489 de 29 de diciembre de 1998⁵³, establece que el Gobierno Nacional **otorgará anualmente estímulos a los servidores públicos que se distingan por su eficiencia, creatividad y mérito en el ejercicio de sus funciones**, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida, con fundamento en la recomendación del Departamento Administrativo de la Función Pública y sin perjuicio de los estímulos previstos en otras disposiciones.

En el título 10 del 'sistema de estímulos', el artículo 2.2.10.1. del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015, establece que las entidades deberán organizar programas de estímulos **con el fin de motivar el desempeño eficaz y el compromiso de sus empleados y que los estímulos se implementarán a través de programas de bienestar social**.

⁵³ “[...] Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones [...]”

El artículo 2.2.10.2 establece, por su parte, en cuanto a los beneficiarios del sistema de estímulos, que las entidades públicas, en coordinación con los organismos de seguridad y previsión social, **podrán ofrecer a todos los empleados y sus familias los siguientes programas de protección y servicios sociales**: i) deportivos, recreativos y vacacionales; ii) artísticos y culturales; iii) promoción y prevención de la salud; iv) capacitación informal en artes y artesanías u otras modalidades que conlleven la recreación y el bienestar del empleado y que puedan ser gestionadas en convenio con Cajas de Compensación u otros organismos que faciliten subsidios o ayudas económicas; y v) promoción de programas de vivienda ofrecidos por el Fondo Nacional del Ahorro, los Fondos de Cesantías, las Cajas de Compensación Familiar u otras entidades que hagan sus veces, facilitando los trámites, la información pertinente y presentando ante dichos organismos las necesidades de vivienda de los empleados.

En sus párrafos 1 y 2, dicha norma establece que “[...] **los programas de educación no formal y de educación formal básica primaria, secundaria y media, o de educación superior, estarán dirigidos a los empleados públicos** [...]”, y que “[...] **también se podrán beneficiar de estos programas las familias de los empleados públicos, cuando la entidad cuente con recursos apropiados en sus respectivos presupuestos para el efecto** [...]” (Negrillas y subrayas fuera de texto). Para efectos de lo anterior, esa normativa establece que se entenderá por familia el cónyuge o compañero permanente, los padres del empleado y los hijos hasta los 25 años o discapacitados mayores, que dependan económicamente del servidor.

No obstante lo anterior, el artículo 2.2.10.8 prevé que los planes de incentivos, enmarcados dentro de los planes de bienestar social, tienen por objeto “[...] **otorgar reconocimientos por el buen desempeño, propiciando así una cultura de trabajo orientada a la calidad y productividad bajo un esquema de mayor compromiso con los objetivos de las entidades** [...]”⁵⁴, lo cual se ve reforzado con el artículo 2.2.10.10 del mismo compendio, sobre otorgamiento de incentivos, que establece que “[...] **para otorgar los incentivos, el nivel de excelencia de los empleados se establecerá con base en la calificación definitiva resultante de la evaluación del desempeño laboral** y el de los equipos de trabajo se determinará con base en la evaluación de los resultados del trabajo en equipo; de la calidad del mismo y de sus efectos en el mejoramiento del

⁵⁴ Artículo 2.2.10.8 del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015.

servicio; de la eficiencia con que se haya realizado su labor y de su funcionamiento como equipo de trabajo [...]” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

La normativa, entonces, establece los requisitos que deben cumplir los empleados para participar de los incentivos institucionales, en el siguiente sentido:

“[...] Artículo 2.2.10.12. Requisitos para participar de los incentivos institucionales. Los empleados deberán reunir los siguientes requisitos para participar de los incentivos institucionales:

1. Acreditar tiempo de servicios continuo en la respectiva entidad no inferior a un (1) año.

2. No haber sido sancionados disciplinariamente en el año inmediatamente anterior a la fecha de postulación o durante el proceso de selección.

3. Acreditar nivel de excelencia en la evaluación del desempeño en firme, correspondiente al año inmediatamente anterior a la fecha de postulación [...]” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Específicamente, para efectos de la financiación de la educación formal, el artículo 2.2.10.5 establece lo siguiente:

“[...] Artículo 2.2.10.5. Financiación de la educación formal. La financiación de la educación formal hará parte de los programas de bienestar social dirigidos a los empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera. Para su otorgamiento, el empleado deberá cumplir las siguientes condiciones:

1. Llevar por lo menos un año de servicio continuo en la entidad.

2. Acreditar nivel sobresaliente en la calificación de servicios correspondiente al último año de servicio.

Parágrafo. Los empleados vinculados con nombramiento provisional y los temporales, dado el carácter transitorio de su relación laboral, no podrán participar de programas de educación formal o no formal ofrecidos por la entidad, teniendo únicamente derecho a recibir inducción y entrenamiento en el puesto de trabajo [...]” (Negritas y subrayas fuera de texto).

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el Parágrafo de esta norma, como se explicó líneas atrás, resultó afectado a partir de la modificación introducida por la Ley 1960, que entró en vigor el 27 de junio de 2019, con la cual se impuso el nuevo principio de ‘profesionalización del servidor público’ en perjuicio del de ‘prelación de los empleados de carrera’ que estuvo vigente con el otrora artículo 6, literal g), del Decreto Ley 1567 de 1998, reglamentado a través del artículo 73 del Decreto 1227 de 2005, y compilado en el citado artículo 2.2.10.5 del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015.

Lo que quiere decir que, a partir del 27 de junio de 2019, en virtud de la consagración del principio de profesionalización del servidor público’, en los términos del artículo 3º de la Ley 1960, ya no del artículo 2.2.10.5 del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015, puede concluirse que son beneficiarios de los programas de capacitación y bienestar social todos los servidores públicos de la entidad, independientemente de su tipo de vinculación como empleados de carrera, libre nombramiento y remoción, de período fijo y temporales o transitorios (provisionales).

Ahora bien, la Ley 1940 de 26 de noviembre de 2018⁵⁵, vigente para la época en que se expidieron las resoluciones que reconocieron y ordenaron los pagos que fundamentan la solicitud de desinvertidura, en el caso bajo estudio-, establece en su artículo 18 que “[...] **los recursos destinados a programas de capacitación y bienestar social no pueden tener por objeto crear o incrementar salarios, bonificaciones, sobresueldos, primas, prestaciones sociales, remuneraciones extralegales o estímulos pecuniarios ocasionales que la ley no haya establecido para los servidores públicos, ni servir para otorgar beneficios directos en dinero o en especie [...]**”; y que “[...] **las matrículas de los funcionarios de la planta permanente o temporal se girarán directamente**

⁵⁵ “[...] Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1o. de enero al 31 de diciembre de 2019 [...]”.

a los establecimientos educativos, salvo lo previsto por el artículo 114 de la Ley 30 de 1992, modificado por el artículo 27 de la Ley 1450 de 2011. Su otorgamiento se hará en virtud de la reglamentación interna para la planta permanente o temporal del órgano respectivo [...]" (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Lo anterior permite a la Sala concluir que la educación formal es uno de los programas que integran el sistema de estímulos, el cual solamente está dirigido a los mejores empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera que acrediten el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa indicada **supra y tiene como objeto el de propiciar una cultura de trabajo orientada a la calidad y productividad bajo un esquema de mayor compromiso con los objetivos de las entidades.**

En todo caso, se trata de incentivos no pecuniarios que, por expresa disposición legal, por un lado, no pueden tener por objeto el de crear o incrementar salarios, bonificaciones, sobresueldos, primas, prestaciones sociales, remuneraciones extralegales o estímulos pecuniarios ocasionales que la ley no haya establecido para los servidores públicos, ni servir para otorgar beneficios directos en dinero o en especie; y, por el otro, en el caso de los programas de capacitación, podrán comprender la matrícula de los funcionarios, bajo la condición de que el giro se haga directamente a los establecimientos educativos.

V.3.4.- Del análisis objetivo de la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos en el caso concreto

En aras de la verificación de los requisitos que exige la configuración de la citada causal, inicialmente se procederá con su examen objetivo y, de resultar probado, con el consecuente estudio subjetivo de la conducta de los concejales demandados.

La Sala, a partir del análisis del acervo probatorio, evidencia que, en efecto, en las elecciones territoriales de 25 de octubre de 2015, los señores **LEONARDO GONZÁLEZ CAMPERO**, -Partido De La U- y **LUÍS FERNANDO CALDERÓN MEJÍA**, -Partido Alianza Verde-, fueron elegidos concejales del municipio de Barrancabermeja (Santander), para el período 2016-2019, según consta en el formulario E26 CON de 12 de noviembre de 2015, quienes se posesionaron el 2 de enero de 2016, de conformidad con el Acta núm. 001 de 2016 y resultaron

elegidos en la Mesa Directiva para la vigencia 2019, como presidente y segundo vicepresidente, respectivamente, conforme consta en el Acta núm. 023 de 19 de marzo de 2018. La condición de concejales de los demandados, por lo tanto, se encuentra probada.

Por su parte, para la expedición de las resoluciones núms. 031 de 14 de marzo, 041 de 11 de abril, 061 de 19 de junio y 080 de 24 de septiembre de 2019, los demandados invocaron el cumplimiento del artículo 51 del Acuerdo Laboral pactado el 7 de julio de 2016, suscrito entre el concejo municipal de Barrancabermeja (Santander) y el sindicato SUNET, y acogido mediante la Resolución núm. 069 de 21 de julio de 2016, expedida por el concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), que establece:

“[...] ARTÍCULO CINCUENTA Y UNO: AUXILIO EDUCATIVO PARA ESTUDIOS SUPERIORES AL NÚCLEO FAMILIAR DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

EL CONCEJO MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA, cancelarán dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes por matrícula de cada hijo (as), cónyuge y/o compañera (o) permanente de los servidores públicos afiliados al SINDICATO que estén cursando estudios técnicos, tecnológicos, pregrado y posgrado en universidades públicas o privadas reconocidas por el Ministerio de Educación y que demuestran haber aprobado el semestre.

“Para el pago del Auxilio Educativo para Estudios Superiores al Núcleo Familiar de los Servidores Público, deberá hacer llegar la constancia que cursó y aprobó el semestre”.

PARÁGRAFO 1.- El concejo cancelará el 50% del valor del pre-universitario previa presentación de la certificación de la aprobación.

PARÁGRAFO 2- El pago de los gastos educacionales para preescolar, primaria y secundaria, se destinará un monto de DIECISIETE (17) SMLMV que es el resultado de dividir el valor global del recurso asignado por el Concejo Municipal de

Barrancabermeja para becas entre el número de beneficiarios conforme a la relación y soportes que suministre EL SINDICATO. Este beneficio será otorgado siempre y cuando demuestre que su año fue aprobado y promovido al año siguiente para el caso de primaria y secundaria.

PARÁGRAFO 3.- Los hijos (as), hijastros (as) e hijos adoptivos de los servidores públicos y pensionados afiliados al SINDICATO, que se encuentren en el último año de los niveles técnico, tecnológico y profesional, el CONCEJO estudiará la posibilidad de realizar sus respectivas prácticas en la Corporación sin ningún tipo de remuneración, en caso de ser aprobadas sus prácticas, se les garantizará la vinculación a la seguridad social.

PARÁGRAFO 4.- EL CONCEJO MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA, cancelará a los servidores públicos afiliados al SINDICATO, el ciento por ciento (100%) sobre un plan educacional (matricula y pensiones) que se ocasionen por los hijos con necesidades educativas especiales, incluyendo aquellos que padezcan pérdida auditiva y/o visual, en Entidades de educación especial, públicas o privadas [...]” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

En las resoluciones núms. 061 y 080 de 2019, además de hacerse referencia a los beneficios pactados en el acuerdo de negociación colectiva, se citó el artículo 2.2.10.2, parágrafo 1°, del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015, según el cual “[...] *Los programas de educación no formal y de educación formal básica primaria, secundaria y media, o de educación superior, estarán dirigidos a los empleados públicos. También se podrán beneficiar de estos programas las familias de los empleados públicos, cuando la entidad cuente con recursos apropiados en sus respectivos presupuestos para el efecto [...]*”, y mencionaron que dicha situación fue confirmada por el Departamento Administrativo de la Función Pública, en adelante DAFP, mediante el concepto núm. 93151 de 3 de junio de 2015.

La siguiente es una síntesis de los mencionados actos administrativos:

(i) Con la Resolución núm. 031 de 14 de marzo de 2019, “[...] POR MEDIO DE LA CUAL SE RECONOCE Y AUTORIZA UN AUXILIO EDUCATIVO PARA EL PAGO DE GASTOS EDUCACIONALES PRIMARIA, SECUNDARIA A EMPLEADOS PÚBLICOS DEL CONCEJO MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA [...]”, la Mesa Directiva de esa corporación, conformada por los concejales **LEONARDO GONZÁLEZ CAMPERO**, -presidente-, y **LUÍS FERNANDO CALDERÓN MEJÍA**, -segundo vicepresidente-, bajo la ausencia del concejal **JASER CRUZ GAMBINDO**, -primer vicepresidente-, resolvió reconocer el derecho del auxilio educativo para el pago de los gastos escolares a favor de los menores Rafael Ángel Rodríguez Cáceres y Andrés Mauricio Rodríguez Cáceres, quienes cursaban 10° grado en la Institución Educativa ‘CASD José Prudencio Padilla’, en su condición de hijos beneficiarios de la empleada pública del concejo municipal, Nhora Cecilia Cáceres Roa; Elián Jiménez Ballesteros quien cursaba 9° grado de Educación Básica Secundaria en la Institución Educativa ‘Instituto Técnico Superior Industrial’, en su condición de hijo beneficiario de la empleada pública del concejo municipal, Siomara Ballesteros Caneva; Gledis Tatiana Ávila Escudero, quien cursaba 11° grado de Educación Básica Secundaria en la Institución Educativa ‘Colegio Real Mares’, en su condición de hija beneficiaria del empleado público del concejo municipal, Robinson Ávila Cantillo; Katherin Julieth González Figueroa, quien cursaba 11° grado de Educación Básica Secundaria en la Institución Educativa ‘Colegio Miguel Antonio Caro’, en su condición de hija beneficiaria de la empleada del concejo municipal, Omaira Figueroa Medina; y Karen Yulieth García Castillo, quien cursaba 10° grado en el Institución Educativa ‘26 de marzo’, en su condición de hija beneficiaria del empleado público del concejo municipal, Hollman García Marín.

En aras de materializar estos auxilios educativos, en el artículo segundo de su parte resolutive la Mesa Directiva autorizó el pago directo por dicho concepto a los referidos empleados públicos del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), en su calidad de padres de los menores involucrados, así: a Nhora Cecilia Cáceres Roa la suma de \$4.427.038.00; a Siomara Ballesteros Caneva la suma de \$2.213.519.00; a Robinson Ávila Cantillo la suma de \$2.213.519.00; a Omaira Figueroa Medina la suma de \$2.213.519.00; y a Hollman García Marín la suma de \$2.213.519.00. Así fue como se ordenó al Profesional Universitario (Pagadora) realizar los respectivos pagos, una vez constatará el cumplimiento de los requisitos, y afectar el numeral presupuesto PACTO LABORAL 03010116.

(ii) Con la Resolución núm. 041 de 11 de abril de 2019, “[...] POR MEDIO DE LA CUAL SE RECONOCE Y AUTORIZA UN AUXILIO EDUCATIVO PARA ESTUDIOS SUPERIORES [...]”, la Mesa Directiva del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), conformada por los concejales **LEONARDO GONZÁLEZ CAMPERO**, -presidente-, y **LUÍS FERNANDO CALDERÓN MEJÍA**, -segundo vicepresidente-, bajo la ausencia del concejal **JASER CRUZ GAMBINDO**, -primer vicepresidente-, resolvió reconocer el derecho del auxilio educativo para estudios superiores al señor Hollman Jeferson García Castillo, quien había aprobado tercer semestre, período 2018-B y cursaba cuarto semestre, período 2019-A del programa de Medicina Veterinaria y Zootecnia en el ‘Instituto Universitario de la Paz–UNIPAZ’, en su condición de hijo beneficiario del empleado público del concejo municipal, Hollman García Marín.

Para materializar este auxilio educativo, en el artículo segundo de su parte resolutive la Mesa Directiva autorizó el pago directo por dicho concepto al empleado público del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), señor Hollman García Marín, en calidad de padre del beneficiario, por valor de \$1.562.484.00. Por último, se ordenó al Profesional Universitario (Pagadora), realizar el respectivo pago, una vez constatará el cumplimiento de los requisitos, y afectar el numeral del pacto laboral 03010116.

(iii) Con la Resolución núm. 061 de 19 de junio de 2019, “[...] POR MEDIO DE LA CUAL SE RECONOCE Y AUTORIZA UN AUXILIO EDUCATIVO PARA ESTUDIOS SUPERIORES [...]”, la Mesa Directiva del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), conformada por los concejales **LEONARDO GONZÁLEZ CAMPERO**, -presidente-, y **LUÍS FERNANDO CALDERÓN MEJÍA**, -segundo vicepresidente-, bajo la ausencia del concejal **JASER CRUZ GAMBINDO**, -primer vicepresidente-, resolvió reconocer el derecho del auxilio educativo para estudios superiores al señor Jhoyner Andrey González Figueroa, quien había aprobado primer semestre y cursaba segundo semestre del programa de Ingeniería Civil en la ‘Universidad Santo Tomás de Aquino’, en su condición de hijo beneficiario de la empleada pública del concejo municipal, Omaira Figueroa Medina.

Para materializar este auxilio educativo, en el artículo segundo de su parte resolutive la Mesa Directiva autorizó el pago directo por dicho concepto a la empleada pública del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), señora

Omaira Figueroa Medina, en calidad de madre del beneficiario, por valor de \$1.562.484.00. Por último, se ordenó al Profesional Universitario (Pagadora), realizar el respectivo pago, una vez constatará el cumplimiento de los requisitos y relación de gastos anexo aprobada para éste.

(iv) Con la Resolución núm. 080 del 24 de septiembre de 2019, “[...] POR MEDIO DE LA CUAL SE RECONOCE Y AUTORIZA UN AUXILIO EDUCATIVO PARA ESTUDIOS SUPERIORES [...]”, la Mesa Directiva del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), conformada por los concejales **LEONARDO GONZÁLEZ CAMPERO**, -presidente-, y **LUÍS FERNANDO CALDERÓN MEJÍA**, -segundo vicepresidente-, bajo la ausencia del concejal **JASER CRUZ GAMBINDO**, -primer vicepresidente-, resolvió reconocer el derecho del auxilio educativo para estudios superiores nuevamente al señor Jhoyner Andrey González Figueroa, quien había aprobado segundo semestre y cursaba tercer semestre del programa de Ingeniería Civil en la ‘Universidad Santo Tomás de Aquino’, en su condición de hijo beneficiario de la empleada pública del concejo municipal, Omaira Figueroa Medina.

Para materializar este auxilio educativo, en el artículo segundo de su parte resolutive la Mesa Directiva autorizó el pago directo por dicho concepto a la empleada pública del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), señora Omaira Figueroa Medina, en calidad de madre del beneficiario, por valor de \$1.652.232.00. Por último, se ordenó al Profesional Universitario (Pagadora), realizar el respectivo pago, una vez constatará el cumplimiento de los requisitos y relación de gastos anexo aprobada para éste.

Con Oficio Externo núm. 382-101 de 5 de agosto de 2020, el concejo municipal de Barrancabermeja (Santander) remitió y certificó, con destino al expediente, copia de los comprobantes de pago de las mencionadas resoluciones núms. 031 de 14 de marzo, 041 de 11 de abril, 061 de 19 de junio y 080 de 24 de septiembre de 2019, documentos sobre los cuales recae presunción de autenticidad al provenir de autoridad como lo dispone el artículo 244 del Código General del Proceso, así:

- Comprobante de egreso núm. 19-00148 de 29 de marzo de 2019, beneficiaria Siomara Ballesteros Caneva, por el concepto “[...] CG 19-00113, causación de la nómina del mes #CP 19-00135, causación de la nómina del mes #CD 19-00109, PAGO LABORAL AUXILIOS EDUCATIVOS PARA FUNCIONARIOS

DE PLANTA (HOLMMAN GARCÍA - OMAIRA FIGUEROA – ROBINSON ÁVILA - SIOMARA BALLESTEROS- NHORA CECILIA CÁCERES) SEGÚN RESOLUCIÓN #031-2019. MARZO 14, EXCEDENTE AÑO 2019 [...]", por valor pagado de \$ 123,321.00.

- Comprobante de egreso núm. 19-00149 de 29 de marzo de 2019, beneficiario Robinson Ávila Cantillo, por el concepto “[...] CG 19-00109, causación de la nómina del mes #CP 19-00136, causación de la nómina del mes #CD 19-00109, PAGO LABORAL AUXILIOS EDUCATIVOS PARA FUNCIONARIOS DE PLANTA (HOLMMAN GARCÍA - OMAIRA FIGUEROA – ROBINSON ÁVILA - SIOMARA BALLESTEROS- NHORA CECILIA CÁCERES) SEGÚN RESOLUCIÓN #031-2019. MARZO 14, EXCEDENTE AÑO 2019 [...]", por valor pagado de \$ 123,321.00.
- Comprobante de egreso núm. 19-00151 de 29 de marzo de 2019, beneficiario Hollman García Marín, por el concepto “[...] CG 19-00109, causación de la nómina del mes #CP 19-00138, causación de la nómina del mes #CD 19-00109, PAGO LABORAL AUXILIOS EDUCATIVOS PARA FUNCIONARIOS DE PLANTA (HOLMMAN GARCÍA - OMAIRA FIGUEROA – ROBINSON ÁVILA - SIOMARA BALLESTEROS- NHORA CECILIA CÁCERES) SEGÚN RESOLUCIÓN #031-2019. MARZO 14, EXCEDENTE AÑO 2019 [...]", por valor pagado de \$ 123,321.00.
- Comprobante de egreso núm. 19-00157 de 1o. de abril de 2019, beneficiaria Nhora Cecilia Cáceres Roa, por el concepto “[...] CG 19-00118, SIN DESCUENTOSCP 19-00140, CD 19-00109, PAGO LABORAL AUXILIOS EDUCATIVOS PARA FUNCIONARIOS DE PLANTA (HOLMMAN GARCÍA - OMAIRA FIGUEROA – ROBINSON ÁVILA - SIOMARA BALLESTEROS- NHORA CECILIA CÁCERES) SEGÚN RESOLUCIÓN #031-2019. MARZO 14 [...]", por valor pagado de \$ 2,592,840.00.
- Comprobante de egreso núm. 19-00200 de 12 de abril de 2019 Conc: 3, beneficiario Hollman García Marín, por el concepto “[...] CG 19-00152, SIN DESCUENTOSCP 19-00164, CD 19-00123, RECONOCIMIENTO AL DERECHO DE AUXILIO EDUCATIVO PARA ESTUDIOS SUPERIORES AL SEÑOR HOLLMAN JEFERSON GARCÍA CASTILLO. SEGUN RESOLUCIÓN 041 2019 [...]", por valor pagado de \$ 1,562,484.00.

- Comprobante de egreso núm. 19-00200 de 12 de abril de 2019, Conc: 2, beneficiario Hollman García Marín, por el concepto “[...] CG 19-00152, SIN DESCUENTOSCP 19-00164, CD 19-00123, RECONOCIMIENTO AL DERECHO DE AUXILIO EDUCATIVO PARA ESTUDIOS SUPERIORES AL SEÑOR HOLLMAN JEFERSON GARCÍA CASTILLO. SEGUN RESOLUCIÓN 041 2019 [...]”, por valor pagado de \$ 1,562,484.00.
- Comprobante de egreso núm. 19-00503 de 25 de junio de 2019, beneficiaria Omaira Figueroa Medina, por el concepto “[...] CG 19-00422, causación de la nómina del mes #CP 19-00342, causación de la nómina del mes #CD 19-00255, PAGO DE RECONOCIMIENTO Y AUTORIZACIÓN UN AXULIO EDUCATIVO PARA ESTUDIOS SUPERIORES, PARA LA FUNCIONARIA OMAIRA FIGUEROA MEDINA, SEGUN RESOLUCIÓN 061 DE 2019 [...]”, por valor pagado de \$1,540,484.00.
- Comprobante de egreso núm. 19-01065 de 3 de octubre de 2019, beneficiaria Omaira Figueroa Medina, por el concepto “[...] CG 19-00920, causación de la nómina del mes #CP 19-00493, causación de la nómina del mes #CD 19-00315, SE RECONOCE Y AUTORIZA UN AUXILIO EDUCATIVO PARA ESTUDIOS SUPERIORES, A FAVOR DEL HIJO DE LA FUNCIONARIA OMAIRA FIGUEROA MEDINA, SEGÚN RESOLUCIÓN #080 DE 2019, FECHA DE SEPTIEMBRE 24 [...]”, por valor pagado de \$ 1,656,232.00.

Se encuentra acreditado que los recursos que se utilizaron para el pago de las mencionadas resoluciones núms. 031 de 14 de marzo, 041 de 11 de abril, 061 de 19 de junio y 080 de 24 de septiembre de 2019, en favor de diversos empleados del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), corresponden a dineros públicos. En efecto, una vez verificadas cada una de las citadas resoluciones, así como los mencionados comprobantes de egreso, se observa que la Mesa Directiva reconoció y ordenó el pago de diversas sumas de dinero que se imputaron al rubro denominado “PACTOS LABORALES”, identificado con el código 03010116 en su presupuesto.

A su vez, conforme se indicó en el marco normativo *supra*, sobre el sistema de estímulos en el sector público y los programas de educación formal, la Sala reitera que las entidades públicas deberán organizar programas de estímulos con el fin

de motivar el desempeño eficaz y el compromiso de sus empleados, los cuales se implementarán a través de programas de bienestar social, entre los cuales se destacan los programas de educación formal⁵⁶.

En efecto, el artículo 2.2.10.5 del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015, establece que los programas de educación formal están dirigidos a los empleados -y sus familiares en los términos y grados establecidos, conforme con el artículo 2.2.10.2-, que lleven por lo menos un año de servicio continuo en la entidad y acrediten un nivel sobresaliente en la calificación de servicios correspondiente al último año de servicio⁵⁷.

Asimismo, el párrafo del artículo 2.2.10.5 establece que “[...] *los empleados vinculados con nombramiento provisional y los temporales, dado el carácter transitorio de su relación laboral, no podrán participar de programas de educación formal o no formal ofrecidos por la entidad, teniendo únicamente derecho a recibir inducción y entrenamiento en el puesto de trabajo [...]*”⁵⁸ (Negrillas y subrayas fuera de texto). Esta prohibición, como se ha explicado, resultó relevada desde el pasado 27 de junio de 2019, fecha de entrada en vigor de la Ley 1960 y su implementación del principio ‘profesionalización del servidor público’, que habilita a todos los servidores públicos de las entidades y sus familiares, independientemente de su tipo de vinculación, para ser beneficiarios de los programas de capacitación y bienestar social.

Por tratarse de un programa de estímulos, los incentivos que se ofrecen en el marco del bienestar social deben cumplir con su objeto, cual es el de otorgar reconocimientos a los mejores empleados por su buen desempeño, propiciando así una cultura de trabajo orientada a la calidad y productividad bajo un esquema de mayor compromiso con los objetivos de las entidades y, adicionalmente, en los términos del artículo 18, Ley 1940, de ninguna manera estos programas “[...] *pueden tener por objeto crear o incrementar salarios, bonificaciones, sobresueldos, primas, prestaciones sociales, remuneraciones extralegales o estímulos pecuniarios ocasionales que la ley no haya establecido para los*

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 11 de febrero de 2021, número único de radicado 68001233300020190089301, consejero ponente Hernando Sánchez Sánchez.

⁵⁷ *Ídem*.

⁵⁸ *Ídem*.

*servidores públicos, ni servir para otorgar beneficios directos en dinero o en especie [...]*⁵⁹ (Negritas y subrayas fuera de texto).

La Sala considera que en el asunto *sub examine* los demandados, al expedir las resoluciones núms. 031 de 14 de marzo, 041 de 11 de abril, 061 de 19 de junio y 080 de 24 de septiembre de 2019, mediante las cuales se reconocieron unos auxilios educativos para primaria, secundaria y educación superior de hijos de empleados públicos del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander) y se ordenaron sus respectivos pagos, incurrieron en indebida destinación de dineros públicos. **En primer término**, porque aquellos se ordenaron pagar en dinero, directamente, a los referidos empleados, pese al mandato establecido en el artículo 18 de la Ley 1940, según el cual los recursos destinados a programas de bienestar social, dentro de los que se encuentran los estímulos de educación formal, no pueden servir para otorgar beneficios directos en dinero o en especie. Se recuerda que, en los términos del artículo 4º del Decreto Ley 1567 de 1998, la educación definida como formal⁶⁰ por las leyes que rigen la materia no está incluida en los procesos definidos como ‘capacitación’, sino que el apoyo de las entidades a programas de ese tipo hace parte de los programas de bienestar social e incentivos y se regirá por las normas que regulan el sistema de estímulos.

Además, de acuerdo con el artículo 33 del Decreto Ley 1567 de 1998, la educación formal quedó prevista bajo la modalidad de becas como un incentivo no pecuniario, para lo cual el concejo municipal de Barrancabermeja (Santander) tenía que haber seleccionado y asignado los incentivos no pecuniarios para el mejor equipo de trabajo y para sus mejores empleados, de acuerdo con los criterios, los requisitos, la organización y los procedimientos establecidos en la pluricitada norma, todo lo cual se omitió en el caso concreto.

Estos pagos realizados por el concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), según consta en las mencionadas resoluciones y comprobantes de egreso, permiten advertir que no fueron girados a las instituciones educativas bajo la modalidad de becas sino que fueron enviados directamente a los empleados sindicalizados de ese concejo municipal, lo cual constituye una indebida

⁵⁹ *Ídem*.

⁶⁰ Ley 115 de 8 de febrero de 1994 “[...] por la cual se expide la ley general de educación [...]”, “[...] **Artículo 10. Definición de educación formal.** Se entiende por educación formal aquella que se imparte en establecimientos educativos aprobados, en una secuencia regular de ciclos lectivos, con sujeción a pautas curriculares progresivas, y conducente a grados y títulos [...]”.

destinación de dineros públicos en la medida en que la misma corporación permitió que resultaran por fuera del propósito establecido en los acuerdos laborales que le sirvieron de fundamento, esto es en contravía del mandato establecido en el mencionado artículo 18, de la Ley 1940.

Pero, además, como fue reseñado, ello tampoco fue consecuencia de un diligente proceso de selección y asignación de incentivos no pecuniarios para el mejor equipo de trabajo ni para sus mejores empleados, de acuerdo con los criterios y requisitos prestablecidos en la reglamentación, tales como llevar por lo menos un año de servicio continuo en la entidad para la época de expedición de las citadas resoluciones y acreditar nivel sobresaliente en la calificación de servicios correspondiente al último año de servicio, circunstancias que permanecen improbadas en el presente asunto, -artículo 2.2.10.5 del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015-.

En virtud de la ley de presupuesto, vigente para la época en que se expidieron los actos administrativos involucrados, -vigencia 2019-, tampoco estaba permitido que en el marco de los programas de educación formal se entregaran dineros directamente a los empleados públicos como quiera que, se reitera, se trata de un incentivo no pecuniario en forma de beca que debía concederse acorde con el objeto y la finalidad del mismo, que es el de otorgar reconocimientos a los mejores empleados y generar una cultura de trabajo orientada a la calidad y productividad bajo un esquema de mayor compromiso con los objetivos de las entidades, y que no puede constituirse en un beneficio directo en dinero.

A partir de lo anterior, la Sala observa con certeza que los denominados 'auxilios educativos para primaria, secundaria y educación superior' reconocidos, autorizados y pagados a los hijos de empleados públicos del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), constituyeron en la práctica erogaciones arbitrarias e irregulares que no cumplieron con los estrictos lineamientos prestablecidos por el sistema de estímulos para los empleados del Estado y sus programas de incentivos en educación formal, esto es que, en los términos del artículo 355 de la Carta Política, desarrollado legalmente por el artículo 41, numeral 7, de la Ley 136, los concejales demandados incurrieron en la prohibición de decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales, restricción de especial acatamiento al interior de esta corporación pública territorial.

En igual sentido, la Corte Constitucional ha establecido el contenido y alcance del artículo 355 superior y, al efecto, ha concluido que la prohibición allí prevista no resulta absoluta, pues admite 'excepciones' que se legitiman dentro del marco de un Estado Social de Derecho, tales como la asignación de recursos a sectores especialmente protegidos por la Constitución Política.

Así en sentencia C-324 de 2009 señaló que, en aplicación de los principios de racionalidad e integridad, se tiene que la restricción contenida en el artículo 355 debe buscarse no a título de excepción de una disposición frente a la otra, sino precisamente en función de que el auxilio o subsidio alcance la finalidad para la cual fue creado y reporte un beneficio social pues, de lo contrario, se estaría en el campo de la prohibición de que trata aquel⁶¹. Por tal razón, la Corte Constitucional señaló los requisitos para que proceda la excepción a la prohibición de la siguiente manera:

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

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

⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 26 de noviembre de 2015, número único de radicado 68001-23-33-000-2015-00324-01 (PI), consejero ponente Roberto Augusto Serrato Valdés.

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

(ii) Cuando la ley que crea la subvención o auxilio en desarrollo de los artículos 334 y siguientes de la C.P. o desarrolla las subvenciones autorizadas directamente por la Constitución Política, omite determinar de manera concreta y explícita su finalidad, destinatarios, alcances materiales y temporales, condiciones y criterios de asignación, publicidad e impugnación, así como los límites a la libertad económica.

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

Vale la pena recordar lo que en el tema concreto y frente al principio de igualdad ha manifestado la Corte:

“Luego de la reiterada y consistente jurisprudencia constitucional en la materia no parece necesario explicar, una vez más, porqué en un Estado de derecho toda asignación de recursos públicos debe estar sometida estrictamente al principio de igualdad. En particular, cuando se trata de la asignación de bienes o recursos públicos sin contraprestación, la sociedad tiene derecho a que existan garantías legales claras, expresas y exigibles, que aseguren que el proceso distributivo está guiado de manera estricta por el artículo 13 de la Carta.

En este sentido, tanto la Corte como la doctrina y la jurisprudencia internacional han encontrado que las medidas

distributivas o de satisfacción de derechos sociales o incentivos económicos, que se adopten como resultado de un proceso que no respete el principio de igualdad o que pueda terminar generando privilegios constitucionalmente injustificados son, en principio, inconstitucionales. Tales medidas no sólo vulnerarían el artículo 13 de la Carta sino los artículos 2.2 y 3 del PIDESC.⁶²

La obligación de respetar el principio de igualdad reduce de manera considerable la discrecionalidad del Estado a la hora de asignar recursos públicos. En este sentido, si parte de los recursos escasos que deben ser destinados para promover la igualdad real y efectiva y evitar las violaciones constantes de los derechos de millones de colombianos que deben vivir por debajo de la línea de pobreza, se destina a un sector determinado o a un sólo segmento de la población, en natural detrimento de otro, las autoridades competentes deberán demostrar que la medida respeta el principio de igualdad y no está destinada a generar privilegios.

En consecuencia, en aplicación de la doctrina reiterada de esta Corte, cualquier autorización para asignar recursos escasos debe asegurarse de que el proceso se soporte en argumentos objetivos, razonables y proporcionados. (...)'

Según la jurisprudencia trascrita, para que el proceso de asignación de subsidios sea respetuoso de la Constitución, debe estar consagrado en una ley que establezca claramente las condiciones objetivas que van a permitir la selección de los beneficiarios en condiciones de igualdad. Adicionalmente, debe contener garantías suficientes – claridad, publicidad, y recursos – para que tanto su diseño como su implementación, pueda ser efectivamente controvertida por las personas que se consideren afectadas. Esas son, nada menos, las garantías de vivir en un Estado de derecho. De otra forma, como lo ha

⁶² La discriminación puede producirse tanto en el proceso de asignación como en el resultado de la misma. Sobre lo primero, Cfr. Entre otras T-499 de 1995. Sobre lo segundo Comité ECOSOC, Observación General No. 12, párrafo 18.

señalado la Corte, la política pública podría ser fácilmente confundida con la ‘dilapidadora y venal concesión de privilegios’⁶³ contraria a cualquier Estado democrático.”⁶⁴

(iii) **La asignación será inconstitucional cuando obedezca a criterios de mera liberalidad, es decir, no se encuadre en una política pública reflejada en el Plan Nacional de Desarrollo o en los planes seccionales de desarrollo.**

Sobre este punto, la Corporación reitera la necesidad de que las asignaciones de recursos o bienes públicos que realice el Gobierno Nacional se ajusten o encuentren en plena armonía con lo fijado, dispuesto y determinado en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, así como con lo contenido en la Ley de Inversiones correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 339 Superior.

Lo anterior, por cuanto en el Plan Nacional de Desarrollo se señalan los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno. Así mismo, en la Ley de Inversiones se determinan los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución. Por tanto, cualquier asignación de recursos o bienes públicos que haga el Gobierno Nacional, de conformidad con una ley preexistente, deberá encontrarse en armonía tanto con lo fijado a largo y mediano plazo en el Plan Nacional de Desarrollo como consultar el presupuesto plurianual contenido en la Ley de Inversiones que determina la inversión pública nacional.

(iv) **Cuando el costo del subsidio para el Estado sea mayor que el beneficio social que se obtiene a partir de su implementación o cuando el auxilio o subsidio sólo beneficie a un grupo de interés**

⁶³ C-205 de 1995.

⁶⁴ Sentencia C-507 de 2008. Ver también sentencia T-499 de 1995 y C-423 de 1997.

sin que reporte beneficios a la sociedad en su conjunto o contribuya a ampliar las diferencias sociales.

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

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

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

(v) **Cuando la asignación de recursos públicos no contribuya a fortalecer la capacidad de acceso de los más pobres a los bienes y servicios públicos esenciales, en la medida en que se entreguen a quienes menos los necesita o menos los merecen.**

(vi) **Cuando el subsidio tenga vocación de permanencia convirtiéndose en una carga al presupuesto público, en la medida que el subsidio o auxilio está llamado a producir efectos**

inmediatos dentro de una determinada coyuntura económica, de manera que una vocación de permanencia indica que la situación o sector al cual se dirige requiere de otras y más profundas medidas estructurales.

(vii) Cuando el subsidio entrañe la figura de la desviación de poder, esto es, cuando el incentivo se cree con un propósito distinto de aquel para el cual aparentemente fue creado. **Es decir, que de manera intrínseca “corresponde a una asignación de tal garantía, para perseguir intereses particulares que se contraponen a los principios de transparencia, economía, eficiencia, celeridad, imparcialidad y obviamente el de moralidad que debe acompañar las actuaciones de todo servidor público comprometido con sus funciones bajo el marco de la Constitución y la ley⁶⁵”.**

La Constitución determina los fines de interés público que justifican y determinan la actividad tanto legislativa como administrativa, de modo que si se apartan de los mismos en el desempeño de sus funciones se incurre en *desviación de poder*. De esta manera cuando la Carta asigna determinadas competencias, lo hace con la finalidad de que se procure la satisfacción de unos determinados propósitos orientados siempre por el interés público. Sin embargo, cuando se hace uso de tales atribuciones, ya no orientados por el interés público sino por intereses particulares, se está en el campo de la desviación de poder [...]”⁶⁶ (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Por lo tanto, los ‘auxilios educativos para primaria, secundaria y educación superior’ de hijos de empleados públicos del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), tampoco cumplieron con los criterios fijados por la Corte Constitucional, porque se evidencia su reconocimiento sin apego a los citados fundamentos normativos, como si fuese una transferencia mecánica de recursos sin ostentar un carácter redistributivo, y con visos de privilegio para los parientes de determinadas personas de esa corporación edilicia, lo que en todo

⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia C-1168 de 6 de noviembre de 2001, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett.

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia C-324 de 13 de mayo de 2009, magistrado ponente Juan Carlos Henao Pérez.

caso no contribuye con el bienestar de la comunidad general en los términos de la jurisprudencia constitucional.

Dicha condición de donación prohibida por la Constitución y la ley, queda corroborada, además, porque los referidos auxilios educativos para estudios superiores al núcleo familiar de los servidores públicos, señalados en el artículo 51 del Acuerdo Laboral pactado el 7 de julio de 2016, suscrito entre el concejo municipal de Barrancabermeja (Santander) y el sindicato SUNET, representaban gastos con una marcada vocación de permanencia, convirtiéndose así en una carga constante al presupuesto público del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), tal como consta en el Oficio Externo núm. 382-101 de 5 de agosto de 2020, suscrito por el presidente de esa corporación pública en la que, una vez revisados los archivos, adjuntó al proceso “[...] **copia de las resoluciones por las cuales se ordenó el reconocimiento de auxilios educativos realizados por las Mesas Directivas del Concejo Municipal de Barrancabermeja durante los años 2012 a 2018** [...]” (Negrillas y subrayas fuera de texto); así como las demás resoluciones mediante las cuales se dispuso un rubro fijo bajo el número 03010116, correspondiente a pactos laborales.

Es decir que, contrario a lo ocurrido en el asunto bajo examen, el subsidio o auxilio, por definición, está llamado a producir efectos inmediatos, puntuales y esporádicos dentro de una determinada coyuntura económica, laboral o social, de manera que si se torna permanente, como en el caso de estos ‘auxilios educativos’ entregados durante varios años consecutivos y a los mismos empleados públicos, pierde la posibilidad de emerger como excepción a la regla general determinada en los artículos 355 superior y 41, numeral 7, de la Ley 136.

En segundo término, tres de las cuatro resoluciones envueltas en el presente asunto, esto es, las núms. 031 de 14 de marzo, 041 de 11 de abril y 061 de 19 de junio de 2019, fueron expedidas y pagadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1960, -27 de junio de 2019-, por lo cual tenían que haber seguido el criterio de escogencia de empleados públicos beneficiarios de educación formal para sus familiares que persistía en ese momento, esto es el de ‘prelación de los empleados de carrera’ previsto en el artículo 6º, literal g), del Decreto Ley 1567 de 1998, reglamentado a través del artículo 73 del Decreto 1227 de 2005, y compilado en el citado artículo 2.2.10.5 del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015, que impedía que los empleados vinculados con nombramiento provisional y

los temporales, dado el carácter transitorio de su relación laboral, pudieran participar de programas de educación formal ofrecidos por el cabildo municipal.

Tal como lo hizo constar el propio concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), a través de certificado de 5 de agosto de 2020, si bien los señores Nhora Cecilia Cáceres Roa, Hollman García Marín y Austin Mora Ángulo, eran empleados de carrera administrativa para la fecha de expedición de los tres actos mencionados, los señores **Siomara Ballesteros Caneva, Robinson Ávila Cantillo y Omaira Figueroa Medina** eran empleados vinculados en provisionalidad; se insiste en que la educación formal, para ese momento, no estaba reservada para los empleados nombrados en provisionalidad y sus familiares.

A la fecha de expedición de la restante Resolución núm. 080 de 24 de septiembre de 2019, si bien se incluyó nuevamente a la señora Omaira Figueroa Medina, empleada pública en condición de provisionalidad, ya había entrado en vigor la Ley 1960 y, por lo mismo, estaba vigente la disposición que prevé estímulos de educación formal para todos los empleados públicos y sus familiares sin distinción de vinculación, por lo que frente a ese acto administrativo no cabrían estas últimas consideraciones sin perjuicio de lo expuesto con anterioridad.

Por tales razones, contrario a los argumentos expuestos en los recursos de apelación, resulta inevitable concluir que en el presente asunto sí aparece configurado el elemento objetivo de la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos, prevista en los artículos 55, numeral 3, de la Ley 136 y 48, numeral 4, de la Ley 617, como quiera que los concejales municipales de Barrancabermeja (Santander), señores **LEONARDO GONZÁLEZ CAMPERO** y **LUÍS FERNANDO CALDERÓN MEJÍA**, en sus condiciones de presidente y segundo vicepresidente, respectivamente, de la Mesa Directiva de esa corporación pública, con la expedición de las resoluciones núms. 031 de 14 de marzo, 041 de 11 de abril, 061 de 19 de junio y 080 de 24 de septiembre de 2019, asignaron dineros públicos para i) cubrir objetos, actividades o propósitos no autorizados; ii) sufragar objetos, actividades o propósitos expresamente prohibidos por la Constitución, la ley o el reglamento; y (iii) procurar la obtención de un incremento patrimonial a terceros.

Acreditado el elemento objetivo, la Sala continuará con el análisis subjetivo de la conducta desplegada por los concejales demandados.

V.3.5.- Del análisis subjetivo de la conducta de los concejales demandados

Previo a continuar con la indagación de la conducta de los concejales demandados, se reafirman los criterios elaborados por la Sala en la sentencia de 25 de mayo de 2017⁶⁷, frente al análisis del elemento subjetivo, que al tenor indicó:

“[...] En cuanto al análisis subjetivo de la conducta desplegada por el señor MARIO HINESTROZA ANGULO, en medio del respeto a sus garantías al Debido Proceso sancionatorio y en aras de establecerse si en aquélla estuvo presente o no el elemento de la culpabilidad en los términos explicados, se recuerda y reitera lo considerado recientemente por la Corte Constitucional en su sentencia SU424 de 2016:

“[...] 33. De este capítulo resultan relevantes las siguientes conclusiones:

- La pérdida de investidura es una acción pública⁶⁸, **que comporta un juicio de naturaleza ética que tiene como propósito proteger la dignidad del cargo que ocupan los miembros de cuerpos colegiados**, y permite imponer como sanción no solo la desvinculación de un congresista de su cargo de elección popular, **sino también la imposibilidad futura de volver a ocupar un cargo de la misma naturaleza, si éste llega a incurrir en alguna de las causales de procedencia de la figura señaladas en la Carta Política.**

⁶⁷ 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).

⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-1159 de 2003, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

- Son causales de pérdida de investidura⁶⁹: el incumplimiento de los deberes inherentes a su cargo, la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades⁷⁰; la indebida destinación de dineros públicos⁷¹; el conflicto de intereses⁷² y el tráfico de influencias debidamente comprobado⁷³.

- La gravedad de la sanción que se impone, exige que el proceso de pérdida de investidura **se lleve a cabo con observancia del debido proceso, particularmente, de los principios *pro homine, in dubio pro reo, de legalidad (las causales son taxativas y no hay lugar a aplicar normas por analogía), objetividad, razonabilidad, favorabilidad, proporcionalidad y culpabilidad.***

34. Los presupuestos anteriores permiten a la Corte concluir que el 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 que implican un reproche sancionador, 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 regulada en la ley (principio de legalidad o tipicidad), contraria al ordenamiento jurídico (principio de antijuridicidad) y culpable.**

Así pues, en lo aquí pertinente, tras verificar la configuración de la causal, **el juez de pérdida de investidura examina si en el caso particular se configura el elemento de culpabilidad (dolo o culpa) de quien ostenta la dignidad, esto es, atiende a las circunstancias particulares en las que se presentó la conducta y analiza si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión.**

⁶⁹ Artículo 183 de la Carta Política. Sin embargo, otra causal también es la consagrada en el artículo 110 constitucional relacionada con la prohibición a quienes desempeñan funciones públicas, de hacer contribuciones a partidos, candidatos o movimientos políticos.

⁷⁰ Artículo 179 (El numeral 8 de este artículo fue modificado por el Acto Legislativo 01 de 2003); 180, 181 y 183 de la Constitución Política.

⁷¹ Artículo 183 de la Constitución Política.

⁷² Artículo 182 y 183 de la Constitución Política.

⁷³ Artículo 183 C.P. Al respecto puede consultarse la sentencia C-207 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

En ese sentido, **el juez de este proceso sancionatorio debe determinar si se configura la causal y si a pesar de que ésta aparezca acreditada, existe alguna circunstancia que excluya la responsabilidad del sujeto, bien sea porque haya actuado de buena fe o, en caso de que la causal lo admita, se esté ante una situación de caso fortuito o fuerza mayor, o en general exista alguna circunstancia que permita descartar la culpa.**

(...)

Así pues, en el primero de estos se juzga la ruptura del pacto político existente entre el elector y el elegido, que es un elemento fundamental de la democracia representativa. **En efecto, cuando el candidato se presenta ante el electorado hace una declaración de no estar incurso en causal de inhabilidad que impida su elección y si tal declaración no es cierta, el elegido viola ese pacto político, evento en el que procede la pérdida de la investidura, cuya finalidad es preservar la legitimidad de las instituciones de la sociedad política.**

(...)

85. Así, la Sala encuentra que la sanción de pérdida de investidura impuesta por la Sala Plena del Consejo de Estado a los ahora accionantes generó un defecto sustantivo en la sentencia porque omitió la aplicación de una norma claramente aplicable al caso. **En efecto, como se vio en los fundamentos jurídicos 24 a 34 de esta providencia, el proceso sancionador de pérdida de investidura exige la aplicación del principio de culpabilidad, pese a lo cual ese elemento no fue valorado en los procesos y, por el contrario, se impuso la responsabilidad objetiva en este asunto.** Son cuatro las premisas que apoyan esa conclusión:

La primera: en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 Superior, por regla general, los procesos sancionadores proscriben la responsabilidad objetiva. En efecto, salvo algunos casos propios del derecho administrativo sancionador en los que aún se ha admitido la responsabilidad únicamente por el resultado, en los procesos que tienen por objeto reprochar y castigar la realización de una conducta prohibida o restringida, la valoración de la culpa es determinante e

ineludible, pues no hay pena ni sanción sin culpa. **En consecuencia, si el proceso de pérdida de investidura impone la sanción más gravosa para el ejercicio del derecho a ser elegido de un ciudadano y el derecho a elegir al candidato del electorado, tal es la prohibición vitalicia para aspirar a cargos de elección popular, es lógico entender que las garantías del debido proceso sancionador también deben ser aplicadas al proceso de pérdida de investidura. Luego, el principio de culpabilidad en el proceso de pérdida de investidura constituye una norma aplicable, de inevitable observancia.**

La segunda: el hecho de que una misma causal de inhabilidad pueda interpretarse y aplicarse a la misma situación fáctica en dos procesos distintos (el de nulidad electoral y el de pérdida de investidura), exige reglas de coherencia y certeza en el derecho que otorgue un sentido útil a la autonomía de los procesos diseñados para el efecto. **De esta manera, la diferencia sustancial, y no solo formal, entre los procesos electoral y de pérdida de investidura, consistiría en valorar el tipo de reproche a efectuar, pues mientras en el primero la consecuencia puede medirse únicamente por el resultado, en el segundo es indispensable evaluar la conducta y la intención en la producción del resultado. Dicho en otras palabras, mientras el juicio electoral evalúa la adecuación de la causal de inhabilidad en forma objetiva (estaba o no estaba inhabilitado), el juicio constitucional de pérdida de investidura analiza la adecuación de la causal de inhabilidad en forma subjetiva, esto es, con culpa del demandado (sabía o debía saber que estaba inhabilitado).**

La tercera: la Sala Plena del Consejo de Estado impuso la sanción de pérdida de investidura a los accionantes sin valorar la ausencia de culpa en la configuración de la causal de inhabilidad aplicada. **Por la conducta asumida por los demandantes en este caso es fácil inferir que se inscribieron al cargo de elección popular con la convicción de que no se encontraban inhabilitados para su ejercicio. Las sentencias reprochadas soslayaron el hecho de que los accionantes no solo fueron diligentes en la averiguación**

del estado actual de la jurisprudencia en torno a la interpretación de la causal en debate, sino también actuaron con sujeción al precedente vigente y vinculante de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

(...)

La cuarta: si como se expuso anteriormente, en el proceso de pérdida de investidura deben aplicarse los principios del derecho sancionatorio, dado que la sanción impone la restricción perpetua de los derechos políticos, era obligatorio dotar de amplias garantías el procedimiento jurisdiccional. En ese sentido, en virtud del artículo 29 de la Constitución, que dispone el principio de presunción de inocencia, del cual se desprende la culpabilidad, **es necesario verificar culpa o dolo en la conducta reprochable para imponer el castigo de inhabilitación para ser elegido a perpetuidad, razón por la cual la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado que el proceso de pérdida de investidura se desarrolla en el ámbito de la responsabilidad subjetiva [...]**⁷⁴ (Negrillas y subrayas por fuera de texto).

El proceso de pérdida de investidura exige, entonces, a partir de estos claros parámetros, la observancia del derecho fundamental al debido proceso del demandado, particularmente, de los principios *pro homine*, *in dubio pro reo*, de legalidad (las causales son taxativas y no hay lugar a aplicar normas por analogía), objetividad, razonabilidad, favorabilidad, proporcionalidad y culpabilidad.

Se recuerda que, desde la perspectiva de los fines constitucionales que se protegen, es clara la autonomía sustancial entre el juicio de pérdida de investidura y el electoral: “[...] **el primero, conlleva la ponderación de la ética pública y los derechos del elegido, pues su núcleo de protección es la dignidad que implica el mandato otorgado en ejercicio de la democracia;** y el segundo, pondera la regularidad del proceso democrático y los derechos de los elegidos y

⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia SU424 de 11 de agosto de 2016, magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado. Providencia ratificada recientemente por la Sala en sentencia de 9 de marzo de 2017, radicado nro. 76001-23-33-007-2016-00267-01(PI), consejero ponente Carlos Enrique Moreno Rubio (E).

los electores, es decir, busca preservar la validez del voto popular [...]”.⁷⁵

Es en ese entorno en el cual debe escudriñarse la conducta desplegada por el demandado -la celebración de un contrato público-, en aras de establecer si él **sabía** o **debía saber** que estaba inhabilitado para inscribirse y ser elegido Concejal del Municipio de Arauca (Arauca), pues el asunto se contrae a demostrar que optó por inscribirse y participar de los comicios, muy a pesar de que **conocía** o **debía conocer** esa actuación vetada para los ciudadanos que pretendieran inscribirse y ser elegidos Concejales, esto es, la intervención en la celebración de contratos con entidades públicas dentro del año anterior a su elección.

Cabe señalar que la Corte Constitucional en la sentencia SU-501 de 6 de agosto de 2015 (Magistrada ponente doctora Myriam Ávila Roldán), señaló que como quiera que en los procesos de pérdida investidura no es posible calificar el grado de culpabilidad (dolo, culpa grave o leve), y por tanto tampoco es posible modular la sanción, se requiere acreditar un mínimo de culpabilidad para que sea impuesta la sanción.

En efecto, al respecto sostuvo:

“[...] 51. Sobre este especial énfasis, la jurisprudencia ha delimitado varios de los aspectos más relevantes que caracterizan al proceso de pérdida de investidura como un *proceso jurisdiccional especial*. No obstante, existen ciertos elementos de la pérdida de investidura que no han sido fijados por la doctrina constitucional debido a la escasa regulación que la propia Constitución realizó sobre su procedimiento, el cual, adicionalmente, debe ser observado con estricto rigor dado su carácter estricto y restringido. Como explicó la sentencia C-237 de 2012⁷⁶ “*la pérdida de la investidura tiene a la Constitución de 1991 como fuente principalísima en su regulación, lo que hace relevante el hecho que algunas de las disposiciones constitucionales tienen*

⁷⁵ *Ídem*.

⁷⁶ Magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

eficacia jurídica directa".

52. Así por ejemplo, se ha controvertido la necesidad de establecer el grado de culpabilidad del procesado, teniendo en cuenta que se trata de un proceso que juzga el incumplimiento de obligaciones disciplinarias sobre la conducta del representante popular.⁷⁷ **En efecto, en el proceso de pérdida de investidura no es posible calificar el grado de culpabilidad (dolo, culpa grave o leve), y por tanto tampoco es posible modular la sanción,** pues como ha señalado la jurisprudencia constitucional, se trata de un sistema que establece una sanción de manera *rígida* y única, la pérdida de investidura.

53. **Para la Corte, la justificación de esta particularidad del sistema de responsabilidad de la pérdida de investidura se deriva de su carácter excepcional dentro de "ius puniendi estatal"**⁷⁸, **carácter cuya excepcionalidad deriva en una sanción rígida en el que se requiere el mínimo de culpabilidad para que sea impuesta la sanción más severa a los derechos políticos.** En síntesis, tratándose del proceso de pérdida de investidura, se trata de un sistema excepcional de juzgamiento de carácter político-disciplinario el cual establece una sanción *rígida* y única, la pérdida de la investidura [...] (Negrillas fuera de texto)".

Precisado lo anterior, el abordaje del aspecto 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.

⁷⁷ Sobre esta discusión vale la pena resaltar la aclaración de voto del consejero de estado Hugo Fernando Bastidas Bárcenas a la sentencia de pérdida de investidura PI-2009-00708-00, en la que señaló que la acción de pérdida de investidura tiene *un carácter punitivo* dentro del cual es necesario *la comprobación previa de los elementos subjetivos de la falta*. En el voto concurrente se señaló: "[l]a acción de pérdida de investidura debe desencadenar un proceso gobernado por esos principios, en especial, el principio de presunción de inocencia. El dolo y la culpa son lo incorrecto de una conducta que, por ende, merece el reproche jurídico pertinente, vale decir, la condigna sanción. Imponer una sanción solo por el mero resultado es injusto." En igual sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de marzo de 2010, radicado PI 11001-03-15-000-2009-00198-00, consejero ponente Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

⁷⁸ Corte Constitucional, sentencias SU-400 de 2011, magistrada ponente Adriana M. Guillén Arango y SU-399 de 2012, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

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, esto es, si el sujeto **conocía o debía conocer** que su comportamiento resultaba contrario al ordenamiento jurídico.

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. 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, se está ante un comportamiento culposo, de no mediar sólidas circunstancias que se lo hubieran impedido.

Para definir este elemento subjetivo entonces, el análisis de la conducta debe dirigirse a establecer si el señor MARIO HINESTROZA ANGULO conocía o debía conocer que la suya era constitutiva de inhabilidad, con miras a determinar si existió dolo o culpa en su comportamiento.

En el caso del dolo, el objeto de prueba corresponde a determinar el **pleno conocimiento** que tiene el sujeto sobre que determinada conducta (en este caso la celebración del contrato), genera la inhabilidad, pues ante dicho conocimiento, la ejecución de la conducta demuestra la intención en la misma.

Entretanto para determinar si la conducta fue culposa, tiene que estar demostrado, al menos, que el sujeto **debía conocer** su ilicitud en virtud de la diligencia que para la inscripción como candidato al Concejo del Municipio de Arauca (Arauca), le era menester desplegar.

Ahora bien, para establecer esta diligencia acudiremos a los presupuestos señalados en el artículo 63 del Código Civil, el cual prevé:

“Artículo 63. Culpa y dolo. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

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.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

En el caso concreto, la revisión de los requisitos y el marco normativo que rige el cargo al cual se aspira, es una obligación general para quien pretende acceder a la función pública, incluso en los eventos de elección popular, sin embargo el entendimiento de dichos requisitos debe analizarse de acuerdo con las condiciones personales del sujeto, esto es el grado de formación, su profesión, las circunstancias que lo rodearon, así como a los actos que haya realizado para conocer dicho marco normativo, por ejemplo solicitar conceptos o asesorarse frente a

la configuración o no de la referida inhabilidad, para con base en ello, determinar si se obró con el cuidado requerido y así definir si su conducta es culposa o si, por el contrario, se está ante una situación de buena fe exenta de culpa que impida el reproche subjetivo de su obrar.

Esta conducta corresponde, según el citado artículo 63, a la falta de cuidado que los hombres emplean ordinariamente en los negocios propios. La Ley 136 establece en su artículo 42 las calidades o requisitos positivos con los que debe contar un candidato para ser elegido Concejal Municipal, esto es, ser ciudadano en ejercicio y haber nacido o ser residente del respectivo municipio o de la correspondiente área metropolitana durante los seis (6) meses anteriores a la fecha de la inscripción o durante un período mínimo de tres (3) años consecutivos en cualquier época.

A su vez, en su artículo 43, esta Ley prevé las inhabilidades o requisitos negativos de los que debe carecer el candidato al Concejo para ser elegido y ejercer la curul, dentro de las cuales se encuentra, como ya se ha explicado, haber intervenido en el año anterior a las elecciones, en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o de terceros, para ser ejecutados en el mismo Municipio al cual aspira a ser concejal.

Ambos tipos de requisitos son de obligatoria observancia, revisión y análisis previos por parte de todo ciudadano que pretenda ser elegido Concejal Municipal. Esa, es una diligencia que surge como debida en el ordinario transcurrir del proceso de inscripción del respectivo candidato, siéndole por demás **exigible** en medio de las normales medidas de cuidado y precaución que tenía que adelantar para llegar a la certeza del cumplimiento de los mismos y, por ende, de una candidatura reglamentaria y sometida a las condiciones legales para ejercer el cargo de Cabildante.

Al respecto, el artículo 9º del Código Civil, según el cual, *“la ignorancia de las leyes no sirve de excusa”*, fue objeto de examen de

constitucionalidad por la Corte Constitucional, que en dicha ocasión explicó lo siguiente, que ahora de prohija:

“[...] Precisamente la disposición que hoy se cuestiona, fue demandada como contraria al contenido del artículo 16 de la Carta anterior, que implícitamente recogía el principio de igualdad. Y al desechar el cargo, dijo la Corte Suprema, en fallo elaborado por el Magistrado Luis Carlos SÁCHICA: *“Es la igualdad jurídica, que otorga iguales facultades e impone idénticos deberes, y da igual protección a unos y a otros. Esto es, se repite, una igualdad de derechos y no de medios. Si no*

se acepta este principio, se rompe la unidad y uniformidad del orden jurídico, atomizado en múltiples estatutos particulares, o sea, en un sistema de estatutos privados privilegiados (...)

(...) Excluir de la obediencia de la ley a quien la ignora equivale a establecer un privilegio a su favor violatorio de la igualdad constitucional y generador del caos jurídico⁷⁹ [...]”⁸⁰ (Negrillas y subrayas fuera de texto).

El entendimiento del comportamiento asumido por los demandados, debe analizarse de acuerdo con las condiciones personales de los sujetos, esto es el grado de formación, profesión, circunstancias que los rodearon, así como con los actos que haya realizado para conocer del respectivo marco normativo, por ejemplo solicitar conceptos o asesorarse frente a la configuración o no de la referida causal de pérdida de investidura, para con base en ello determinar si se obró con el cuidado requerido y así definir si la conducta es culposa o si, por el contrario, se está ante una situación de buena fe exenta de culpa que impida el reproche subjetivo de su obrar⁸¹.

Lo anterior sin dejar de lado que, al tenor del artículo 9° del Código Civil y tal como se previno, la ignorancia de las leyes no sirve para excusar su transgresión,

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, marzo 30 de 1978.

⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia C-651 de 1997, magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 16 de mayo de 2019, número único de radicado 81001-23-39-000-2016-00056-01, consejera ponente Nubia Margoth Peña Garzón.

habida cuenta que las disposiciones que regulan el reconocimiento y asignación de los dineros públicos son de obligatoria observancia y diligente entendimiento a la luz de cada circunstancia en particular, con el fin de determinar, al menos con certeza promedio, si el individuo está inmerso, o no, en las prohibiciones ordenadas por la Constitución Política y la ley.

Por su parte, la Ley 2003 de 19 de noviembre de 2019⁸², que modificó el artículo 1º de la Ley 1881 de 15 de enero de 2018⁸³, estableció que el proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva y la acción se ejercerá en contra de los congresistas que, con su conducta dolosa o gravemente culposa, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución, lo que aporta, significativamente, en aquellos factores que también deben verificarse en el comportamiento desplegado por los miembros de las corporaciones públicas territoriales -dolo o culpa grave-.

Al descender a las razones con las que los demandados pretenden justificar su conducta, en el caso bajo estudio, aquellos mencionan que el Tribunal no tuvo en cuenta que está acreditado que se asesoraron por profesionales titulados para expedir las referidas resoluciones, lo que demuestra que actuaron de conformidad al deber objetivo de cuidado, toda vez que al desconocer el amplio espectro de las leyes, se asesoraron de abogados con experiencia en la materia con el fin de cumplir con lo estipulado en la ley y no incurrir en cualquier arbitrariedad ni error, por lo que, en el presente caso, no existe dolo en el actuar y sí una circunstancia que excluye la responsabilidad.

Sostienen que el Tribunal se equivocó al otorgarle valor probatorio a los certificados de egreso aportados por el concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), siendo que los mismos carecen de autenticidad y no se tiene certeza de quién los elaboró por carecer de las firmas autorizadas para su creación, así como la firma del beneficiario. Que no participaron en la creación de los certificados de egresos y éstos tampoco se pueden tener como auténticos al haber sido aportados por una entidad que no es parte dentro del proceso.

Que tampoco se podían descartar los conceptos del Ministerio del Trabajo porque la materia versa no solo sobre la legalidad de otorgar el auxilio educativo sino de

⁸² “[...] Por la cual se modifica parcialmente la Ley 5ª de 1992 y se dictan otras disposiciones [...]”.

⁸³ “[...] Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los Congresistas, se consagra la doble instancia, el término de caducidad, entre otras disposiciones [...]”.

dar cumplimiento al acuerdo laboral suscrito con el sindicato SUNET, siendo así prudente su observación.

Al respecto, revisado el acervo probatorio, la Sala encuentra lo siguiente:

- **Oficio núm. 1200000-36218 de 29 de febrero de 2016**, mediante el cual, la Coordinadora Grupo Interno de Trabajo de Atención de Consultas de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Trabajo, en adelante MINTRABAJO, sin destinatario alguno, menciona lo siguiente:

“[...] ASUNTO: Radicación N° ID 80481 / 14658 de enero de 2016
Incumplimiento Acuerdo Colectivo.

En respuesta a su solicitud radicada con el número del asunto mediante la cual requiere concepto jurídico respecto a: *Puede una Entidad Territorial negarse a darle cumplimiento a una de las cláusulas del acuerdo suscrito y que acciones se deben adelantar por parte de las organizaciones sindicales en procura del respeto y cumplimiento del acuerdo colectivo*. Esta oficina jurídica se permite informarle lo siguiente:

Alcance de los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica:

De Acuerdo a lo dispuesto por el Decreto 4108 de 2011, “Por el cual se modifican los objetivos y la Estructura del Ministerio de Trabajo y se integra el sector Administrativo de Trabajo “, esta Oficina Asesora Jurídica no ostenta la competencia de dirimir controversias ni declarar derechos, pues, esto le compete a los Honorables Jueces de la Republica, y los conceptos emitidos tendrán carácter meramente orientador mas no de obligatorio cumplimiento.

Frente al caso en concreto:

En primer lugar, debe indicarse al consultante que esta Oficina Asesora Jurídica no ostenta competencia para interpretar las disposiciones establecidas en un acuerdo, pacto o convención colectiva toda vez que corresponde principalmente a las partes contratantes fijar su sentido y alcance, para lo cual, podrán acudir a las Actas aclaratorias, y en el evento de suscitarse controversia sobre ello, deberán acudir a la Jurisdicción ordinaria laboral.

De igual modo debe aclararse que la Convención Colectiva de trabajo y los acuerdos Colectivos, surten los mismos efectos jurídicos, en consecuencia, esta oficina se referirá al tema de las convenciones colectivas y la obligatoriedad de su ejecución y cumplimiento por las partes que la suscribieron.

Sobre las convenciones colectivas de trabajo, el Código Sustantivo de Trabajo, en su Título III, Capítulo I, establece:

“ARTICULO 467. DEFINICION. Convención colectiva de trabajo es la que se celebra entre uno o varios {empleadores} o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia” (Negrillas fuera de texto original).

Por otra parte, es pertinente citar a la Honorable Corte Constitucional, Sentencia C-902 de 2003 con ponencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra, mediante la cual señaló que una Convención colectiva de trabajo, entendida como fruto de la negociación colectiva, constituye un acto jurídico de forzoso cumplimiento para las partes que la suscriben:

“Entendida así la convención colectiva, puede decirse que se trata de un acto jurídico de forzoso cumplimiento entre quienes lo suscriben, es decir, entre quienes se encuentran ligados por una relación laboral, so pena de incurrir en responsabilidad por su incumplimiento, según lo dispone el artículo 468 del Código Sustantivo del Trabajo. Esto es, se encuentran obligados tanto el empleador como los trabajadores, como quiera que se trata del cumplimiento de convenios que resultan de una negociación colectiva, en los cuales se establecen las condiciones rectoras de los contratos de trabajo que continúan en cabeza de cada uno de los afiliados hasta la terminación del contrato, evento en el cual desaparece la responsabilidad.” (Negrillas fuera de texto original).

En consecuencia, como de la negociación se suscribió el respectivo acuerdo colectivo, este se convierte en ley para las partes y su desconocimiento podrá acarrear sanciones, por lo tanto y de considerarlo pertinente podrá acudir a la

inspección de trabajo de su jurisdicción para que previa investigación se dé inicio al proceso administrativo sancionatorio.

La presente consulta, se absuelve en los términos del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, en virtud del cual las respuestas dadas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador [...].”.

- **Oficio de 23 de julio de 2018**, mediante el cual, la Coordinadora Grupo Interno de Trabajo de Atención de Consultas en materia Laboral (E) de la Oficina Asesora Jurídica de MINTRABAJO, dirigido a la señora Iris Yenice Villamizar Ruiz, menciona lo siguiente:

“[...] ASUNTO: Radicado No. 08S12018706808100000019 de 15 de marzo de 2018. Interpretación de Acuerdo Colectivo.

En respuesta a su solicitud radicada con el número del asunto mediante la cual requiere concepto jurídico respecto a *qué se debe entender como gastos educacionales, si los trabajadores que se benefician del acuerdo suscrito deben acreditar y reportar los gastos educacionales y si se debe demostrar que el hijo del trabajador fue promovido al año siguiente*, esta Oficina Jurídica se permite informarle lo siguiente:

Alcance de los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica:

De Acuerdo a lo dispuesto por el Decreto 4108 de 2011, “Por el cual se modifican los objetivos y la Estructura del Ministerio de Trabajo y se integra el sector Administrativo de Trabajo “, esta Oficina Asesora Jurídica no ostenta la competencia de dirimir controversias ni declarar derechos, pues, esto le compete a los Honorables Jueces de la Republica, y los conceptos emitidos tendrán carácter meramente orientador mas no de obligatorio cumplimiento.

Frente al caso en concreto:

En primer lugar, debe indicarse al consultante que esta Oficina Asesora Jurídica no ostenta competencia para interpretar las disposiciones establecidas en un acuerdo, pacto o convención colectiva toda vez que corresponde

principalmente a las partes contratantes fijar su sentido y alcance, para lo cual, podrán acudir a las Actas aclaratorias, y en el evento de suscitarse controversia sobre ello, deberán acudir a la Jurisdicción ordinaria laboral.

En consecuencia, es a la entidad y sindicato a quienes corresponde definir el alcance de lo pactado en sus cláusulas, para lo cual pueden acudir al tenor literal de lo convenido, o al estudio de las actas que se levantaron en la etapa de arreglo directo.

Sin embargo, nos permitimos indicarle que lo pactado en el acuerdo y sus efectos son de obligatorio cumplimiento en los términos en que fue acordado, teniendo en cuenta que lo establecido por las partes obedece a un acuerdo de voluntades y que debe interpretarse por quienes lo suscribieron, acudiendo a la suscripción de actas aclaratorias, a los actos administrativos que se expidieron para su ejecución o en su defecto por los Jueces de la República.

En conclusión, este Ministerio se abstiene de manifestarse respecto del tema de consulta en atención a lo establecido en el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual dispone:

“... los funcionarios del Ministerio de la Protección Social no quedan facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión está atribuida a los jueces, aunque sí para actuar en esos casos como conciliadores”.

Para más información, se invita a consultar nuestra página web www.mintrabajo.gov.co, en donde, entre otros aspectos de interés, se encuentra tanto la normatividad laboral como los conceptos institucionales, los cuales servirán de guía para solventar sus dudas en esta materia.

La presente consulta se absuelve en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual las respuestas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución [...].”

- **Memorial de 4 de marzo de 2019, suscrito por el abogado Andrei Alexander Díaz Solano**, dirigido a la Mesa Directiva del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), en el que manifiesta lo siguiente:

“[...] Barrancabermeja, Santander, Colombia, 4 de marzo de 2019

Señores

MESA DIRECTIVA

CONCEJO MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA

Asunto: consideraciones jurídicas respecto del acuerdo laboral suscrito con SUNET.

Cordial saludo,

En atención a lo solicitado por Ustedes, en lo que corresponde a la revisión del acuerdo laboral suscrito con SUNET, más específicamente en lo que se considera respecto de los derechos que tienen incidencia y connotación económica, les indico que dentro del concepto que se considera por parte del suscrito, en los siguientes términos; que,

1. Se considera ajustado al marco normativo aplicable, esto es el Decreto 160 de 2014, aquellos asuntos relativos a los incentivos y beneficios a otorgar por concepto de auxilio educativo, comoquiera que, al ser parte del acuerdo laboral suscrito, este acuerdo tiene la capacidad jurídica para generar obligaciones a cargo del Concejo Municipal.
2. Por otro lado, se considera jurídicamente que los derechos laborales referidos y que se encuentran contenidos en el acuerdo laboral suscrito, y que no sean objeto de reproche jurídico sucesivo, o más bien, de los que no exista expresa prohibición legal, se considera pertinente su análisis sintetizado en aras de establecer no solo la legalidad sino la pertinencia de su reconocimiento y pago habida cuenta de que existe la apropiación presupuestaria que garantiza la existencia de recursos para el pago de lo que por el acuerdo laboral se haya suscrito y que no se encuentre prohibido por parte del Decreto 160 de 2014.
3. En materia de los acuerdos laborales, así como en materia de los derechos que pueden ser negociados conforme al Decreto 160 de 2014, en específico el

acuerdo sobre el auxilio educativo se encuentra ajustado al marco existente en el parágrafo 1° del artículo 2.2.10.2 del

Decreto 1083 de 2015, el cual no se constituye ningún emolumento económico prohibido a negociar, sino que se constituye como un beneficio o estímulo que no tiene connotación salarial ni prestacional a favor de los empleados públicos.

4. Así, entonces, y dentro de los análisis realizados, se considera ajustado a derecho el reconocimiento de los derechos que fueron negociados en el acuerdo laboral y de los que no exista prohibición legal en los términos del Decreto 160 de 2014, que es la norma que regula la negociación colectiva en el sector público.

El anterior concepto fue expedido por solicitud de la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Barrancabermeja.

Atentamente,

ANDREI ALEXANDER DÍAZ SOLANO

C.C. 1.018.445.224 de Bogotá D.C;

T.P. No 260.953 del H. Consejo Superior de la Judicatura [...]”.

- **Memorial de 5 de marzo de 2019, suscrito por el abogado Leonardo Antonio Arias Martínez**, dirigido al demandado concejal municipal de Barrancabermeja (Santander), señor **LEONARDO GONZÁLEZ CAMPERO**, en el que manifiesta lo siguiente:

Leonardo Antonio Arias Martínez
Abogado
Universidad Santo Tomás

Barrancabermeja, 05 de marzo de 2019

Señor
LEONARDO GONZALEZ CAMPERO
Presidente
Honorable Concejo Municipal
Barrancabermeja, Santander

REFERENCIA: SOLICITUD EMISION CONCEPTO JURIDICO BENEFICIOS EDUCATIVOS ACUERDO LABORAL

Cordial Saludo,

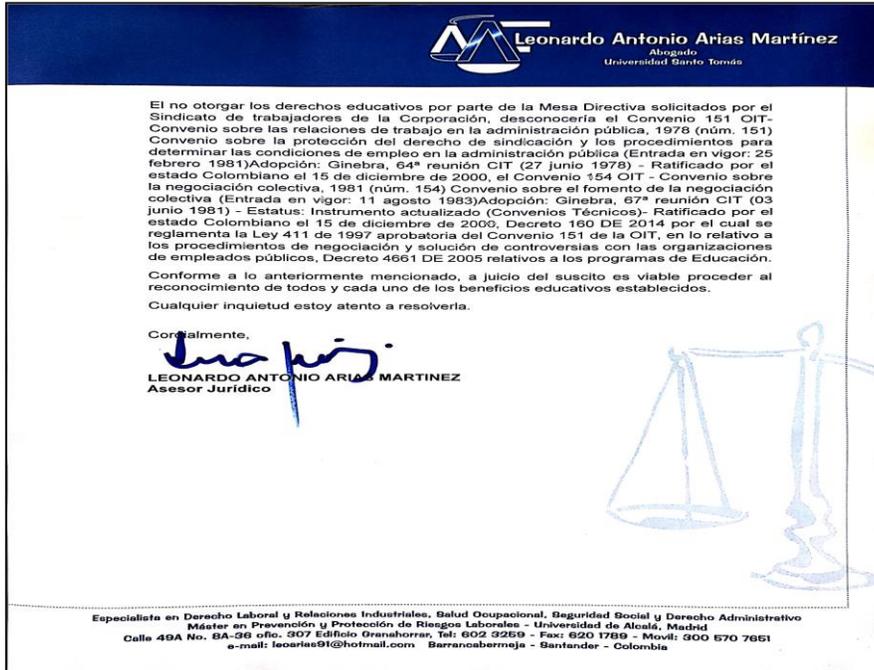
Con el fin de dar respuesta a la solicitud relacionada con el otorgamiento de beneficios educativos a Servidores Públicos Sindicalizados vinculados al Concejo Municipal para el presente año, me permito manifestar:

En primer lugar, el artículo 51 del Acuerdo laboral Vigente suscrito entre el Municipio de Barrancabermeja en su calidad de empleador y el Sindicato SUNET y otros vigente actualmente y que fue acogido por el Honorable Concejo Municipal de Barrancabermeja, establecieron una serie de beneficios educativos para estudios de primaria, secundaria y Universitarios, tal como reza el artículo 51 del mismo, del que son beneficiarios los servidores públicos del Concejo Municipal y algunos componentes de su núcleo familiar tal como reza dicho artículo.

Ahora bien tal como lo ha conceptuado en diferentes oportunidades el Ministerio de Trabajo, las Convenciones Colectivas y los Acuerdos laborales una vez suscritos entre el empleador, en este Caso Concejo Municipal de Barrancabermeja y un Sindicato en este caso SUNET, debe ser de obligatorio cumplimiento para las partes, de tal manera que de desconocerse dichos derechos allí establecidos podría verse inmerso el empleador -Concejo Municipal- en cuantiosas multas por parte del Ministerio de Trabajo por incumplir lo acordado, sin que ello implique que no deba cumplir lo allí establecido, situación que mi juicio podría generar un daño fiscal generado por la Mesa Directiva de la Corporación que usted preside.

De igual manera, debe tenerse en cuenta que el Decreto 1690 de 2014, indica que son materias de negociación Las condiciones de empleo, y las relaciones entre las entidades y autoridades públicas competentes y las organizaciones sindicales de empleados públicos para la concertación de las condiciones de empleo.

Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Industriales, Salud Ocupacional, Seguridad Social y Derecho Administrativo
Máster en Prevención y Protección de Riesgos Laborales - Universidad de Alcalá, Madrid
Calle 49A No. 8A-36 ofc. 307 Edificio Oranashorran, Tel: 602 3259 - Fax: 620 1789 - Movil: 900 570 7651
e-mail: leorarias91@hotmail.com Barrancabermeja - Santander - Colombia



- **Memorial de 4 de JUNIO de 2019, suscrito por la abogada Nohora Cristina Gutiérrez Barrera**, dirigido a la Mesa Directiva del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), en el que manifiesta lo siguiente:

“[...] Bucaramanga, 4 de junio de 2019

Señores

MESA DIRECTIVA

CONCEJO MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA

Respetada Mesa Directiva

En atención a la solicitud realizada respecto del otorgamiento de Auxilios Educativos a los Funcionarios afiliados al Sindicato SUNET, conforme al Acuerdo Laboral suscrito con dicha organización sindical, me permito manifestarle lo siguiente:

Conforme al Decreto 160 del 05 de Febrero de 2014 “Por el cual se reglamenta la Ley 411 de 1997 aprobatoria del Convenio 151 de la OIT, en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos” que contempla asuntos relativos a Incentivos y todos aquellos beneficios a conceder por concepto de Auxilio Educativo, como quiera que al estar incluido dentro del acuerdo Laboral

suscrito entre SUNET y esta corporación Edilicia, goza de total legalidad, por la tanto tiene la capacidad Jurídica de generar obligaciones a cargo del Concejo Municipal de Barrancabermeja.

El Decreto 1083 de 2015. El artículo 2.2.10.2 extendió igualmente dicho beneficio a las familias de los empleados públicos, cuando la entidad cuente con recursos apropiados en sus respectivos presupuestos para tal emolumento.

Es claro para el ordenamiento jurídico que una vez suscritos estos Acuerdos Laborales con las Entidades, los cuales se plasman a través de un Acto Administrativo, las prerrogativas allí suscritas deben darse cumplimiento a todo lo allí pactado, obligaciones que deben tramitarse y cumplirse a no ser que ya no esté vigente el respectivo Acuerdo Laboral, o que alguna Autoridad Jurisdiccional indique lo contrario.

En materia de los acuerdos laborales, así como en materia de los derechos que pueden ser negociados conforme al Decreto 160 de 2014, en específico el acuerdo sobre el auxilio educativo se encuentra ajustado al marco existente en el párrafo 1° del artículo 2.2.10.2 del Decreto 1083 de 2015, el cual no se constituye ningún emolumento económico prohibido a negociar, sino que se constituye como un beneficio o estímulo Que no tiene connotación salarial ni prestacional a favor de los empleados públicos.

Por todo lo anteriormente expuesto, se considera ajustado a derecho el reconocimiento de los derechos que fueron negociados en el acuerdo laboral y que se ajusta legalmente en los términos del Decreto 160 de 2014, que es la norma que regula la negociación colectiva en el Sector público.

Dejo en estos términos rendido mi concepto.

Cordialmente,

NOHORA CRISTINA GUTIERREZ BARRERA
Abogada [...].

La Sala reitera que no es cualquier gestión la que permite demostrar diligencia y cuidado por parte de quien es acusado de haber incurrido en una causal de pérdida de investidura; no por el solo hecho de haber elevado una consulta o formulado una inquietud a una entidad de derecho público o a un particular, se debe tener por superada la censura de su conducta. Precisamente, tal como se ha hecho referencias líneas atrás, el análisis de la culpabilidad del demandado no se agota allí, sino que el Juez tiene la obligación de auscultar las singularidades de cada caso en aras de calificar el comportamiento desplegado por el demandado.

En los conceptos jurídicos y opiniones solicitados a entidades públicas, cuerpos u órganos consultivos, así como las asesorías jurídicas requeridas a profesionales del derecho, se debe propender por la formulación correcta y completa de las preguntas, con el acompañamiento, de ser necesario, de la documentación y demás elementos para su debida comprensión, inquietud que debe coincidir con los supuestos fácticos y jurídicos que son verdaderos motivos de duda y que podrían encuadrar en la causal de pérdida de investidura. Por su parte, para responder el asunto que se ha encomendado, las apreciaciones o recomendaciones jurídicas vertidas en los conceptos y asesorías, deben ser conclusivas y contener medianos criterios de idoneidad, congruencia, pertinencia y sustentación razonada en su elaboración, de modo tal que de estos se desprenda un convencimiento justificado, defendible y razonable de no estar incurso en una conducta constitutiva de pérdida de investidura.

Una vez revisados estos documentos, la Sala observa que los dos conceptos de MINTRABAJO que se adjuntaron con la contestación de la demanda, son generales, hipotéticos y no guardan estrecha relación con el asunto abordado con las resoluciones núms. 031 de 14 de marzo de 2019, 041 de 11 de abril de 2019, 061 de 19 de junio de 2019 y 080 de 24 de septiembre de 2019, expedidas por los concejales demandados, señores **LEONARDO GONZÁLEZ CAMPERO** y **LUÍS FERNANDO CALDERÓN MEJÍA**.

Por el contrario, se limitan a manifestarles a destinatarios distintos a los encartados en el presente proceso, de forma escueta, que los acuerdos colectivos son ley para las partes y su desconocimiento podría acarrear sanciones, ante preguntas genéricas tales como ¿qué pasa si una Entidad Territorial se niega a darle cumplimiento a una de las cláusulas del acuerdo suscrito y qué acciones se

deben adelantar por parte de las organizaciones sindicales en procura del respeto y cumplimiento del acuerdo colectivo?; y ¿qué se debe entender como gastos educacionales, si los trabajadores que se beneficien del acuerdo suscrito deben acreditar y reportar los gastos educacionales y si se debe demostrar que el hijo del trabajador fue promovido al año siguiente?

Resulta imposible, por lo mismo, que los citados concejales demandados, en condiciones normales de diligencia, prudencia y cuidado, obtuviesen de estos dos oficios la certeza y convicción necesarias para sustentar la expedición de las resoluciones núms. 031 de 14 de marzo de 2019, 041 de 11 de abril de 2019, 061 de 19 de junio de 2019 y 080 de 24 de septiembre de 2019.

Con relación a los conceptos jurídicos suscritos por los abogados Andrei Alexander Díaz Solano, Leonardo Antonio Arias Martínez y Nohora Cristina Gutiérrez Barrera, la Sala advierte, como principales impedimentos para predicar de estos una fuente confiable de convencimiento íntimo para expedir los mencionados actos administrativos, los siguientes:

(I) Lo primero es que son documentos planos sin sellos ni marca o distintivo alguno que demuestre cuándo fueron recibidos por la Mesa Directiva del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), si es que lo hicieron. Ahora, de haber sido así tales conceptos no se incluyeron como motivación fáctica y jurídica de la expedición de las resoluciones núms. 031 de 14 de marzo de 2019, 041 de 11 de abril de 2019, 061 de 19 de junio de 2019 y 080 de 24 de septiembre de 2019, lo que demuestra que no es cierto que los concejales demandados hubiesen acudido a ellos, oportunamente, como guía jurídica para los efectos.

A *contrario sensu*, en esos actos no hay asomo alguno de los conceptos invocados por los demandados a su favor, así como tampoco en los documentos soporte que se adjuntaron a cada una de las resoluciones. Ello, sin dejar de señalarse que los abogados Leonardo Antonio Arias Martínez y Nohora Cristina Gutiérrez Barrera, en realidad no fueron profesionales a los cuales acudieron los concejales demandados en búsqueda de una asesoría especializada para resolver inquietudes u obtener la orientación requerida en los términos citados en los recursos de apelación, sino que ambos tenían las tareas específicas de aprobar y proyectar, respectivamente, dichos actos administrativos, como en efecto lo hicieron.

(II) En gracia de discusión, en cuanto al contenido de los conceptos, la Sala resalta que un asunto de tanta trascendencia, importancia y extensión normativa y jurisprudencial, como lo es el del reconocimiento y pago de estímulos de educación formal a título de incentivo no pecuniario, no se logra evacuar con escritos tan escasos de insumos jurídicos y ligeros de razones argumentativas como los de aquellos.

Esas brevísimas opiniones de los citados abogados no fueron conclusivas ni contienen medianos criterios de idoneidad, congruencia, pertinencia y sustentación razonada en su elaboración, de modo tal que era ilógico que se desprendiera un convencimiento justificado, defendible y razonable de no estar incurso en una conducta constitutiva de indebida destinación de dineros públicos.

El solo hecho de mencionar el Decreto 160 de 2014 o el artículo 2.2.10.2, del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015, no evacuaba la extensa temática. En efecto, no se abordaron aspectos vitales como, entre otros, (i) el proceso de selección y asignación de incentivos no pecuniarios para el mejor equipo de trabajo ni para sus mejores empleados, de acuerdo con los criterios y requisitos preestablecidos en la reglamentación, tales como llevar por lo menos un año de servicio continuo en la entidad para la época de expedición de las citadas resoluciones y acreditar nivel sobresaliente en la calificación de servicios correspondiente al último año de servicio; (ii) la irregularidad de pagar directamente a los empleados públicos el valor de las matrículas cuando en realidad se trata del reconocimiento de becas de educación formal, para generar una cultura de trabajo orientada a la calidad y productividad bajo un esquema de mayor compromiso con los objetivos de las entidades, que no puede constituirse en un beneficio directo en dinero; (iii) la vinculación de los señores Siomara Ballesteros Caneva, Robinson Ávila Cantillo y Omaira Figueroa Medina era la de empleados vinculados en provisionalidad, los que no tenían acceso, por ministerio de la ley y el reglamento, a los estímulos de educación formal en bienestar social, en lo que respecta a las resoluciones núms. 031 de 14 de marzo de 2019, 041 de 11 de abril de 2019 y 061 de 19 de junio de 2019.

III. Adicionalmente, llama la atención de la Sala la falta de cuidado con la que se elaboró la Resolución núm. 031 de 14 de marzo de 2019, que estuvo a cargo de la señora Nhora Cecilia Cáceres Roa, Técnico Administrativo del concejo municipal

de Barrancabermeja (Santander), quien aparece como beneficiaria en ese mismo acto, del denominado 'auxilio educativo' para el pago del colegio de sus dos hijos, Rafael Ángel y Andrés Mauricio Rodríguez Cáceres.

Con Oficio Externo núm. 382-101 de 5 de agosto de 2020, el concejo municipal de Barrancabermeja (Santander) remitió y certificó, con destino al expediente, copia de los comprobantes de pago de las mencionadas resoluciones núms. 031 de 14 de marzo, 041 de 11 de abril, 061 de 19 de junio y 080 de 24 de septiembre de 2019, documentos sobre los cuales recae presunción de autenticidad al provenir de autoridad.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con los comprobantes de egreso núms. 19-00148 de 29 de marzo de 2019, 19-00149 de 29 de marzo de 2019, 19-00151 de 29 de marzo de 2019, 19-00157 de 1o. de abril de 2019, 19-00200 de 12 de abril de 2019 Conc: 3, 19-00200 de 12 de abril de 2019, Conc: 2, y 19-00503 de 25 de junio de 2019, 19-01065 de 3 de octubre de 2019, la Sala reitera que al haber sido certificados mediante Oficio Externo núm. 382-101 de 5 de agosto de 2020, suscrito por el presidente del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), son documentos que ostentan presunción de autenticidad al provenir de autoridad, generan la certeza de su procedencia y elaboración en dicha corporación y, en ese mismo sentido, fueron valorados plenamente dentro del acervo probatorio fundamento de esta decisión, como lo dispone el artículo 244 del Código General del Proceso.

La diligencia, prudencia y cuidado en el asunto bajo examen, riñen con el comportamiento asumido por los demandados, señores **LEONARDO GONZÁLEZ CAMPERO** y **LUÍS FERNANDO CALDERÓN MEJÍA**, a quien se le reprocha haber destinado indebidamente los dineros públicos del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), como consecuencia de una conducta gravemente culposa, lo que corresponde a la falta de cuidado que los hombres emplean ordinariamente en los negocios propios.

La Sala considera, conforme con la presunción establecida en los artículos 4º de la Constitución Política y 9º del Código Civil, que los demandados, por un lado, conocían sus deberes constitucionales, legales y reglamentarios como concejales del municipio de Barrancabermeja (Santander), los cuales le imponían ejercer sus funciones como servidores públicos consultando al bien común y en prevalencia

del interés general. En ese orden de ideas, se puede inferir que los demandados conocían que, en los términos de los numerales 3 del artículo 55 de la Ley 136 y 4 del artículo 48 de la Ley 617, la indebida destinación de dineros públicos constituye causal de pérdida de investidura para los concejales municipales y distritales

Por las razones expuestas, y encontrándose demostrados los aspectos objetivo y subjetivo de la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos, prevista en los artículos 55, numeral 3, de la Ley 136 y 48, numeral 4, de la Ley 617, la Sala confirmará la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Santander que decretó la pérdida de investidura de los concejales **LEONARDO GONZÁLEZ CAMPERO** y **LUÍS FERNANDO CALDERÓN MEJÍA**, y denegó las pretensiones respecto del concejal de la misma corporación, señor **JASER CRUZ GAMBINDO**, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 30 de octubre de 2020, proferida por la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Santander.

SEGUNDO: Una vez ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 21 de mayo de 2021.

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Presidente

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS