



2744

Dependencia:	PROCURADURÍA REGIONAL MAGDALENA
Radicación:	IUC-D-2016-566-863505 IUS 2016-209647
Disciplinados:	RUBER CARTAGENA LLANOS Y OTROS
Cargo:	CONCEJALES DEL MUNICIPIO DE SOLEDAD - ATLÁNTICO
Quejoso:	PAUL VARELO BARRIOS
Fecha Queja:	2016
Fecha Hechos:	MARZO DE 2016
Asunto:	FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA EN ROCEDIMIENTO ORDINARIO

Santa Marta, 16 de diciembre de 2019.

Procede esta Regional a resolver los recursos de **APELACIÓN** interpuestos por los doctores Hugo Armando Bermúdez Caviedes (Apoderado de Ruber Cartagena Llanos, Adriana Marcela Molinares Cabrera, Juan Carlos Orozco Llerena, Rodrigo Martínez Cabrera y Álvaro Enrique Martínez González), Mauricio Rafael Tellez Rosado (Apoderado de Gladys Magdalena Arraut Varelo), Paola Andrea Oñoro González y Rafael Francisco Vera (Apoderados de Astrid de Los Milagros Barraza Mora, Ricardo Arcón Herrera, Robín José Buelvas Vergara, Julio César Cabrera Rodríguez, Feliz Alberto Donado Escorcía, Daniel Iván Florián Realles, Alexandra patricia Hernández navas, Ruby de Jesús Puente Garizabal, Jonny Eduardo Pulgar Severiche, Monte Wuiliano Valbuena Rojas y Jorge Humberto Mejía Iriarte), Gaspar Emilio Hernández Caamaño (Apoderado de Enrique Horacio Del Castillo Jiménez y Robin Basilio Castro Fallece), contra el fallo de primera instancia que profirió el 11 de julio de 2019 la Procuraduría Provincial de Santa Marta (ff. 2369-2384).

ANTECEDENTES

Las presentes diligencias se originaron por cuenta de la queja presentada por el señor Paul Varelo Barrios, en la que se acusaba a la totalidad de los miembros del Concejo Municipal de Soledad (Atlántico) del actual periodo (2016-2019), señores Ruber Cartagena Llanos, Adriana Marcela Molinares Cabrera, Juan Carlos Orozco Llerena, Rodrigo Martínez Cabrera, Álvaro Enrique Martínez González, Gladys Magdalena Arraut Varelo, Astrid de Los Milagros Barraza Mora, Ricardo Arcón Herrera, Robín José Buelvas Vergara, Julio César Cabrera Rodríguez, Feliz Alberto Donado Escorcía, Daniel Iván Florián Realles, Alexandra patricia Hernández navas, Ruby de Jesús Puente Garizabal, Jonny Eduardo Pulgar Severiche, Monte Wuiliano Valbuena Rojas, Jorge Humberto Mejía Iriarte, Enrique

cal.1



Horacio Del Castillo Jiménez y Robin Basilio Castro Fallece, porque presuntamente habían incurrido en falta disciplinaria, al haber creado un tributo por medio del Acuerdo No. 199 de 7 de marzo de 2017, como fuente de financiación del Fondo de Fomento al Desarrollo del Deporte establecido por la Ley 19 de 1991.

Tal acusación fue sustentada en el hecho que la Ley 19 de 1991 no autorizaba la creación del importe contenido en el artículo tercero del Acuerdo No. 199 de 7 de marzo de 2016, que ordenaba como recurso para el financiamiento del Fondo para el Fomento de Desarrollo del Deporte. *"...el pago del 1.5% de todos los Convenios y Contratos suscritos por el Municipio de Soledad y sus entes descentralizados"*.

Que en efecto, los miembros de la aludida Corporación tenían conocimiento de la ilegalidad en la que habían incurrido, como quiera que con anterioridad, a través del Acuerdo No. 81 de 2008, el mismo gravamen establecieron en desarrollo del Acuerdo 81 de 2008 y que este posteriormente fue eliminado con el Acuerdo 168 de 2013, *"...por tener un soporte ilegal..."* (ff. 1-18).

Así mismo, precisó el quejoso a partir de las disposiciones contenidas en los artículos 313 de la Constitución Política y 32 de la Ley 136 de 1994, que los Concejos Municipales no estaban facultados para crear contribuciones, gravámenes ni tributos que no estén contemplados en la ley; que dicha limitación a la función de esas Corporaciones ha sido reiterada tanto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la del Consejo de Estado.

Que por la conducta denunciada, los Concejales habían transgredido los numerales 1, 59, 60 y 61 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002; así como, los deberes y prohibiciones del servidor público contenidos en los artículos 34 y 35 ibídem.

FORMULACIÓN DE CARGOS

A través de auto de 19 de septiembre de 2018, la Procuraduría Provincial de Santa Marta profirió pliego de cargos contra los señores Concejales del Municipio de Soledad, en el siguiente sentido:

"FORMULAR el siguiente cargos a los señores..."

Cargo Único

A los señores..., en sus calidades de Concejales municipales de Soledad - Atlántico, se les endilga presunta responsabilidad disciplinaria al haberse extralimitado e el ejercicio de sus funciones al debatir aprobar y expedir el Acuerdo No. 00199 de fecha 7 de marzo de 2016, por medio del cual además de crearse el Fondo del Fomento del Desarrollo del Deporte de Soledad, se impone como forma de financiación de dicho Fondo, un impuesto del 1.5% sobre todos los

col. 2



convenios y contratos suscritos por el Municipio de Soledad y sus entes descentralizados sin tener las facultades legales y reglamentarias”.

Como normas infringidas le fueron citadas las siguientes:

CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA

Artículo 6: “Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

LEY 734 de 2002

Artículo 35- num. 1. “PROHIBICIONES. A todo servidor está prohibido:

1. Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo”.

“ARTÍCULO 48. FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes:

...
60. Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante”.
CONSTITUCIÓN POLÍTICA

“ARTICULO 313. Corresponde a los concejos:

...
4. Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales”.

LEY 136 DE 1994

“ARTÍCULO 32. ATRIBUCIONES. <Artículo modificado por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Además de las funciones que se le señalan en la Constitución y la ley, son atribuciones de los concejos las siguientes.

...
6. Establecer, reformar o eliminar tributos, contribuciones, impuestos y sobretasas, de conformidad con la ley”.

2796



LEY 19 de 1991

“Artículo 1º Créanse en todos los municipios del país, el Fondo de Fomento y Desarrollo del Deporte Municipal.

Artículo 2º Los alcaldes municipales fijarán la suma o porcentaje dentro del presupuesto para el funcionamiento del Fondo, de que trata el artículo primero”.

En el pliego de cargos la falta fue calificada provisionalmente como GRAVÍSIMA con DOLO.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El 11 de julio de 2019 la Procuraduría Provincial del Banco profirió fallo de primera instancia contra los 19 de concejales del Municipio de Soledad, por encontrarlos responsables de la falta gravísima endilgada a título de dolo y en consecuencia, se les impuso como sanción, DESTITUCIÓN E INHABILIDAD general por 10 años (ff. 2369-2383 c.9).

En la providencia citada, después de identificar y exponer los fundamentos de la queja, de la indagación preliminar, de la investigación disciplinaria, relacionar los aspectos relevantes del pliego de cargos, descargos y las pruebas presentadas en dicha oportunidad, los alegatos de conclusión, las pruebas recaudadas, descartar la existencia de cualquier vicio que afecte el procedimiento e individualizar a cada uno de los investigados, el fallador de primera instancia del análisis de las pruebas en las que se fundamenta, consideró lo siguiente:

Que la cuestión jurídica a resolver se contraía a establecer “...si con la conducta desplegada por los concejales del Municipio de Soledad, Atlántico, esto es, debatir, aprobar y expedir el acuerdo municipal No. 000199 de 2016, se afectó sustancialmente la función pública para que se configure el ilícito disciplinario; (sic) y por tanto, si habría lugar a la culpabilidad disciplinaria o por el contrario a la exoneración de responsabilidad de la misma”.

Para lo anterior, en primer lugar, determinó que los investigados ostentaban la calidad de servidores públicos; dado que ostentaban la condición de concejales, concretamente para la vigencia 2016, año en que se expidió el acuerdo antes señalado; seguidamente, se refirió al cargo, por lo cual reseñó el mismo, las normas que habían sido violadas con la conducta, a saber, los artículos 6 y 313 de la Constitución Política, el 32 de la Ley 136 de 1994, el 35-1 de la Ley 734 de 2002; así mismo, precisó que la conducta objeto de reproche estaba consagrada como gravísima en el numeral 60 del artículo 48 ibídem (Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante), esto en armonía con lo previsto por el artículo 22 del CDU que

cal

2747



conmina al servidor público a respetar las prohibiciones, entre otras cosas, para salvaguardar los principios que rigen la función administrativa.

En segundo lugar, expuso los hechos probados a partir del recaudo probatorio obtenido en la presente actuación y consideró que *"...el caso concreto parte de un acuerdo aprobado por el concejo de Soledad, Atlántico, actuando como corporación, cuyo asunto ya había sido debatido, aprobado y expedido en el año 2008 y posteriormente suprimido por el mismo concejo municipal en el año 2013, en razón a la falta de soporte legal que facultara a dicha corporación para la creación del tributo del 1.5% sobre los convenios y contratos suscritos por el Municipio de Soledad, Atlántico y sus entres descentralizados, a propósito de la financiación del Fondo del Fomento del Desarrollo del Deporte de Soledad"*; a esto añadió, que igualmente, pudo establecer el acervo probatorio *"...que a pocos meses de iniciado el periodo constitucional del concejo municipal del (sic) (7 de marzo de 2016) para la vigencia 2016 a 2019, se probó en segundo debate la creación del Fondo del Fomento del Desarrollo del Deporte de Soledad, así como el impuesto para la financiación del mismo, mediante el acuerdo No. 000199 de 2016"*.

Teniendo en cuenta lo anterior y que además, según el acta de sesión ordinaria de 7 de marzo de 2016, todos los concejales del Municipio Soledad, luego de ponérseles a consideración la ponencia y el articulado del proyecto de acuerdo, aprobaron el mentado acuerdo 199 de 2016, la Procuradora Provincial concluyó que dichos servidores en forma consciente y voluntaria asistieron, participaron y aprobaron en segundo debate y sin intervención en contra, el mismo, y que entonces, quedaba reiterado lo dispuesto en el auto de pliego de cargos, esto es, la conducta irregular en la que habían incurrido, pues no tenían competencia para ello, por lo que así, incurrieron en extralimitación de sus funciones.

Que en efecto así lo fue, se reitera, que habían incurrido en extralimitación de sus funciones, como quiera que al analizar las funciones que los artículos 313-4 y 338 de la Constitución Política les atribuye, asimismo, un pronunciamiento del Consejo de Estado en torno a la imposición de obligaciones tributarias por los entes territoriales, determinó que *"...en el caso de marras...la ley marco que dispuso la creación del fondo municipal de fomento y desarrollo del deporte..., por una parte no estableció bajo que (sic) hechos o circunstancias se puede imponer el gravamen y por otro lado, tampoco facultó al concejo municipal para que creara un tributo"*; afirmación que además, sustenta que lo expuesto en la sentencia de segunda instancia que profirió el Tribunal Administrativo del Atlántico que confirmó la nulidad parcial del Acuerdo No. 199 de 2016.

Indicó que en atención a lo señalado por los artículos 22 y 23 de la Ley 734 de 2002, la conducta desplegada por los disciplinados se subsumía en el supuesto de hecho contenido en el numeral 60 del artículo 48 ibídem, todo vez que votaron un tributo *"... que la ley no le había facultado para crear... situación que ... conllevó a la extralimitación del ejercicio de sus funciones, incurriendo así en la prohibición"*

ca. 5

27-18



que trata el inciso primero del artículo 35 de la Ley 734 de 2002". Que por ello, al incumplir las normas indicadas que conminan a la observancia de la Constitución y la ley, es decir, ejercer solo las funciones para las que se está facultado, es posible encuadrar la actuación antijurídica de los concejales en la conducta descrita por el mentado artículo 48, numeral 60 del CDU.

De igual manera, concluyó que estaba probado que el desbordamiento de su actuar al crear un tributo sin que la ley lo ordenara, afectó de manera sustancial la función pública y además, se llevaron de calle principios como el de moralidad, legalidad y del respeto a las prohibiciones, de modo que a juicio de la primera instancia quedó "...demostrada objetivamente la realización de la conducta disciplinaria típica y sustancialmente ilícita endilgada y probada.

En cuanto a la culpabilidad, luego de evaluarse si los elementos determinantes de ese concepto se daban en el caso concreto, y uno a uno lo encontró, así:

- La condición de imputabilidad de los investigados quedó probada, al no desvirtuarse que se autodeterminaban para la época de los hechos, eran mayores de edad y fungían como servidores públicos.
- Les era obligado el deber de actuar diferente a lo realizado, por cuanto debieron realizar sus funciones dentro del marco limitante impuesto por las disposiciones que establecían sus funciones.
- No era admisible el argumento orientado a sostener que los investigados no tenían conocimiento de la ilegalidad de su conducta, pues con anterioridad a la expedición del Acuerdo No. 199 de 2016, esa misma corporación había expedido el Acuerdo No. 81 de 2008, con el cual también crearon un "impuesto" en desarrollo de la Ley 19 de 1991 para financiar el fondo que esa disposición había creado y que además, posteriormente, lo suprimieron por medio del Acuerdo 168 de 2013, por considerarlo ilegal.
- Que había tenerse en cuenta también la "máxima del derecho que reza 'la ignorancia de la ley no sirve de excusa'", como quiera que lo que se censura en esta actuación es el desconocimiento de un deber legal dentro del ejercicio ordinario de las funciones de los concejales; además en ningún momento se manifestó por alguno de los concejales durante la aprobación del mentado acuerdo, su desconocimiento, constreñimiento o cualquier otra situación irregular que lo llevara a votar de manera desfavorable el proyecto, dado que todos votaron y aprobaron el mismo.
- Frente a la no individualización de la responsabilidad de cada uno de los concejales, se advirtió que había que tener en cuenta el argumento reiterado en el fallo, esto es, que el acuerdo municipal "...emanó de una de las funciones legales a cargo de los miembros del cuerpo edilicio, esto es, votar y aprobar un proyecto de acuerdo de manera generalizada por el concejo en pleno" y que si

[Handwritten signature] 6



bien "...las faltas disciplinarias varían conforme a la actuación o actuaciones de cada uno de los sujetos investigados...", mientras que en este caso, los sujetos disciplinados desplegaron la misma conducta y en conjunto, esto fue, votar y aprobar un gravamen que la ley no les había facultado para crear.

- No se probó que estuvieran frente a un hecho o situación imposible de superar y lo que corresponda era utilizar todos los medios para informarse y actuar de manera adecuada, pero ello fue así, pese que pudieron consultar la gaceta del mismo concejo y establecer lo sucedido con el gravamen que luego volvieron a crear. Además, no se podía perder de vista que varios de los miembros investigados del concejo habían hecho parte del mismo en otrora oportunidad y por lo tanto, no se podía ahora pretender oponer una falta de asesoría que les aportara claridad sobre sus actuaciones.
- Que en todo caso, las pruebas que "...existió voluntad para desatender la norma de prohibición y conocimiento pleno de la ilicitud de su conducta..." y que por ello no se podía atender la defensa esgrimida, ya que aunque insistieron en que actuaron sin conciencia de que ejercieron sus funciones al margen del ordenamiento jurídico, las reglas de la experiencia indicaban "...que el comportamiento desarrollado fue contrario al deber exigible".

Con base en lo expuesto, el despacho de la primera instancia concluyó que había quedado desvirtuada la tesis del error invencible y que como los elementos del dolo en la conducta de los investigados estaban presentes, la calificación de la falta debía confirmarse.

DE LA APELACIÓN

Habiéndose notificado el fallo de primera instancia a los investigados¹, los doctores **Hugo Armando Bermúdez Caviedes** (Apoderado de Ruber Cartagena Llanos, Adriana Marcela Molinares Cabrera, Juan Carlos Orozco Llerena, Rodrigo Martínez Cabrera y Álvaro Enrique Martínez González), **Mauricio Rafael Tellez Rosado** (Apoderado de Gladys Magdalena Arraut Varelo), **Paola Andrea Oñoro González y Rafael Francisco Vera** (Apoderados de Astrid de Los Milagros Barraza Mora, Ricardo Arcón Herrera, Robín José Buelvas Vergara, Julio César Cabrera Rodríguez, Feliz Alberto Donado Escorcía, Daniel Iván Florián Reales, Alexandra patricia Hernández Navas, Ruby de Jesús Puente Garizabal, Johnny Eduardo Pulgar Severiche, Monte Wuiliano Valbuena Rojas y Jorge Humberto Mejía Iriarte), **Gaspar Emilio Hernández Caamaño** (Apoderado de Enrique Horacio Del Castillo Jiménez y Robin Basilio Castro Fallece), presentaron recurso de apelación en el siguiente sentido: *ra*.

¹ A través de edicto fijado el 25 de julio y desfijado el 29 del mismo mes de 2019 (ff. 2437-2438).



- RECURSO PRESENTADO POR HUGO BERMÚDEZ CAVIEDES².

El togado en dicho escrito expone en primer lugar, aspectos que deben ser tenidos en cuenta al momento de resolverse el recurso, como la observancia plena del derecho al debido proceso y al principio *in dubio pro disciplinado*, a fin que el juicio sea llevado de manera imparcial y que la determinación de la responsabilidad se haga en forma individual e igualmente, que el cargo imputado se haga con el debido detalle del grado de culpabilidad con la que fue cometida la falta.

Esbozada la cuestión anterior, procedió a formular los siguientes cargos contra la decisión de primera instancia:

- Violación al debido proceso. Extralimitación de las facultades del quejoso. Prueba no trasladada - Violación al derecho de contradicción.

Este cargo es sustentado por el apelante, en el hecho que se le permitió al quejoso participar más allá de los límites que impone el parágrafo del artículo 90 de la Ley 734 de 2002, como quiera que estos después de interponer la queja, siguieron interviniendo en el proceso, al punto que presentaron alegatos de conclusión y la prueba de que los mismos fueron tenidos en cuenta, fue el hecho de acogerse las pruebas que adjuntaron con ese escrito, las cuales no tenían en su poder, sino que fueron recaudadas por ellos; con lo cual, se afectó con nulidad la actuación, dado que se violentó el debido proceso.

Con ello además, se desconoce que la culpabilidad en materia disciplinaria debe ser probada por el Estado y no por el quejoso, ya que incluso estaría violando el principio de igualdad probatoria, si se tiene en cuenta que su participación en el proceso debe atenerse a la oportunidad procesal y a los medios probatorios que tengan en su poder, conforme lo señala el mentado artículo 90 de la Ley 734 de 2002. Que por ello, pruebas como las sentencias que aportaron y un audio de la entrevista dada por el Alcalde de Soledad a un medio local, deben tenerse como extemporáneas, ya que no fueron aportadas dentro del término de la investigación.

Advierte, que de aceptarse lo contrario, es decir, que el quejoso sí podía aportar pruebas en etapa de alegatos, debieron trasladarse los documentos allegados por aquel y que como la sentencia que se aportó provenía de un proceso judicial, debía cumplirse el procedimiento que señala el artículo 135 de la Ley 734 de 2002; sin embargo, ello no se observó, por lo cual no puede ser tenida en cuenta en el proceso.

Insiste en que frente a las pruebas aportadas por los quejosos, debía agotarse la etapa de contradicción, con el previo traslado de las mismas a los investigados por medio de auto que así lo ordenara, pero no fue efectuado, razón por la que se incurrió en causal de nulidad por violación al derecho de defensa *del.*

² Ver folios 437 a 2453, cuaderno 9.

2751



- El fallo incurre en violación al debido proceso, como quiera que no resolvió una nulidad planteada y valida la existencia de un auto de cargos ambiguo y desconocedor del artículo 173 de la Ley 734 de 2002.

Como sustento de este cargo, se alega que el pliego de cargos formulado contra los investigados fue ambiguo y no observó lo señalado por el artículo en mención, como quiera que la presunta falta debió atribuirse de manera individual y no conjunta, además, con explicación detallada de la violación del deber funcional y el grado de culpabilidad. Al no haber procedido de tal manera, sostiene el abogado que se vulneró el artículo 13 del CDU, que proscribe la responsabilidad objetiva.

Afirma que ante la vaguedad o ambigüedad del cargo, así como la imprecisión de las normas en que se fundamentó, propusieron nulidad cuando se respondió al pliego de cargos, pero frente a la misma se guardó silencio., lo cual indefectiblemente, en su sentir, conduce a la nulidad del fallo, por violación del derecho de defensa y ante la existencia de irregularidades que afectan el proceso, si se tiene en cuenta, que es obligado conforme lo que prescribe el artículo 168 del CDU, la resolución de las nulidades una vez vencido el término de descargos.

A lo anterior añade, que el fallo también incurre en la misma vaguedad del pliego de cargos, como quiera que no estudia en forma individual la culpabilidad de los concejales involucrados; tampoco se precisó las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que supuestamente se desplegó la conducta por los investigados, lo cual indica que no hubo intención en el juzgador disciplinario de "...penetrar en la órbita subjetiva de cada uno de los implicados...", ya que además, simplemente se consideró que como todos votaron el proyecto de manera positiva, todos eran responsables a título de dolo, pues sabían de la ilegalidad de su actuación y porque la ignorancia de la ley no es excusa para incumplirla.

- El fallo desconoce la atipicidad de la conducta endilgada en el cargo único.

Esta afirmación del apelante se esgrime, porque en su sentir, no hubo extralimitación de funciones. Esta consideración la sustenta en que es función de los concejales "...debatir, y votas por proyectos de Acuerdos municipales que presenta en esta caso el señor Alcalde de municipio de Soledad Atlántico para la creación de un Fondo de Fomento y su fuente de financiación, y de otra parte la creación del Fondo mismos encuentra sustento legal en lo establecido en la ley 84 de 1995, y específicamente ante en el artículo 1o de la ley 19 de 1991".

Indica que aun cuando el cargo se soporta en la extralimitación para la creación de un impuesto para la financiación del mentado fondo, lo cierto es que no fue así, por cuanto en ningún aparte del Acuerdo No. 199 de 2016, se dispuso un impuesto, ya que técnicamente lo que se estableció fue una forma de financiación, la cual debe ser entendida como una contribución especial, en tanto que no es de carácter general y además va dirigido al fomento de una actividad, es decir, tenía destinación específica. *RS*



Dice que nunca fue demostrada la aprobación unánime del Acuerdo No. 199 de 2016, por el contrario, esta fue mayoritaria; así mismo, alega, que tampoco se estableció que todos los concejales asistieron, participaron y aprobaron en segundo debate el proyecto de acuerdo.

- Violación de las reglas de la sana crítica al momento de valorar la prueba y falló juicio de identidad al presumir la existencia de dolo. Incongruencia del fallo de primera instancia.

Argumentó el presente cargo, en que para la demostración del dolo es necesario que se tenga conocimiento de la ilicitud y conciencia de obrar en contra de los deberes funcionales, todo lo cual no puede basarse en presunciones, ni en construcciones jurídicas, que tengan soporte en el material probatorio recaudado.

Señala que inicialmente, se fundó el dolo en el conocimiento de la ilicitud del actuar y que ello obedecía, a que la Corporación con anterioridad había revocado un concepto igual al que se establecido como forma de financiamiento en el Acuerdo No. 199 de 2016 y de esa calificación partió la defensa; sin embargo, como se advirtió que no todos los concejales estaban presentes en aquella oportunidad, ahora en el fallo de primera instancia se esgrime que la ignorancia de la ley no era excusa para incumplirla, por lo que a su juicio se violó el principio de congruencia, lo cual es causal de nulidad, pues afecta el debido proceso según lo previsto en los numerales 2 y 3 del artículo 143 de la Ley 734 de 2002. Con ello, la nueva posición adoptada por el fallador, no pudo ser objeto de contradicción y de contera, afectó el derecho de defensa técnica.

Agrega que haber tenido como probado el dolo a partir de las presunciones esgrimidas por el a quo, involucra un falso raciocinio, dado que la conclusión respectiva no se derivó de las pruebas; que por lo tanto, era necesario a partir del material probatorio, acreditar que "*...efectivamente el servidor conocía los hechos irregulares y tenía la intención de defraudar la disposición jurídica que contiene la prohibición...*", lo cual no ocurrió en este caso, por lo técnico de la materia sobre la que recaía el Acuerdo No. 199 de 2016, esto es, el ejercicio de la potestad impositiva del Concejo, asunto muy especializado y complejo, sobre el que según lo dicho en la versión libre por sus prohijados, se tenía conciencia de que estaban autorizados por la ley para su aprobación.

- Violación del principio de proporcionalidad de la sanción.

Advierte que fue desproporcionada la sanción impuesta, esto producto del "*...inadecuado análisis la existencia (sic) de una conducta dolosa por parte de mi prohijados...*", pues de haberse descartado la tipicidad de la conducta o si se hubiera calificado la falta a título de culpa, la sanción habría sido otra. *ca*



- RECURSO PRESENTADO POR MAURICIO RAFAEL TELLEZ ROSADO.

El apoderado de la señora Gladys Magdalena Arraut Varelo, propone los siguientes argumentos para lograr la revocatoria del fallo³:

Irregularidad procesal que afecta la legalidad del fallo de primera instancia.

Para esta afirmación el apoderado, aduce que el proceso siguió siendo adelantado por la Procuradora Provincial de Barranquilla, pese a que por medio de la Resolución No. 710 de octubre 27 de 2016, comunicada con el oficio de 9 de noviembre del mismo año, se le había dado el conocimiento por la Procuradora General de la Nación a la Provincial de la Santa Marta.

A pesar de lo anterior, la aludida funcionaria de Barranquilla continuó practicando pruebas, como la visita del 6 de diciembre de 2016 en las instalaciones del Concejo de Soledad, donde recaudó estas documentales: Acta de las sesiones de las vigencias 2008, 2013 y 2016, e informes de comisión; también decretó pruebas en una etapa diferente a los descargos, concretamente, pidió al Concejo se haría cobrado el pago del que trata el Acuerdo 199 de 2016.

Advierte que tal irregularidad constituye un vicio que afecta la legalidad del acto, conforme lo que prevé el artículo 137 del CPACA y como quiera tal situación no tiene una manera de repararse, se impone la declaratoria de nulidad de todo lo actuado desde la visita practicada el 6 de diciembre de 2016.

Deficiencias en el proceso de subsunción normativa.

Arguye el apelante que dicho proceso está lleno de imprecisiones y ambigüedades; lo primero, por cuanto, en el pliego de cargos se dice por un lado, que su prohijada y los demás concejales incurrían en extralimitación de sus funciones y al mismo tiempo sostienen que ejerció la conducta sin tener las facultades legales y reglamentarias para hacerlo, de modo que no le quedó claro qué era lo reprochado, si "...haber ejercido una función más allá de los límites permitidos o haber ejercido una facultad con la que mi defendida no contaba en su calidad de Concejal...", lo cual a su juicio, "...constituye un insalvable defecto sustantivo del fallo sancionatorio, además de erigirse en una grave vulneración a las garantías procesales en cabeza de mi asistida".

Además de lo anterior, considera que la situación se complica más, con haber encuadrado la conducta en la falta que establece el numeral 60 del artículo 48 del CDU, por cuanto no se sabe si la sancionaron por este supuesto, o por alguno de los descritos en precedencia; que a esto se suma el hecho, de no quedar probada la finalidad distinta que perseguía al servidora sancionada que prohija.

³ Ver folios 2454 a 2487, cuaderno 9.



Insiste en que la conducta que se censuró de los concejales no se subsume en la totalidad de los elementos normativos que describe el numeral 60 del artículo 48 del CDU y que el fallador de primera instancia no expuso “...los motivos y razonamientos jurídicos que fundamentan tal adecuación de forma completa”; así mismo, expone que el en auto de cargos no se precisaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio la conducta reprochada y su incidencia en el proceso de adecuación normativa, ni los elementos fácticos tenidos en cuenta para arribar a la censurada conclusión, todo lo cual redundaba en la violación de entre otras garantías, el debido proceso.

Considera que la Procuradora Provincial solo se refirió a uno de los apartes del tipo, dejando de lado, establecer la finalidad distinta a la prevista en la norma que el investigado persigue con su conducta y advierte que tres interrogantes que se plantea no son respondidos por el fallo cuestionado, de allí que, con base en jurisprudencia que trae a colación, concluya que se incurrió en defecto sustantivo, al aplicarse “...una disposición cuyo contenido no tiene total convalidación material con los presupuestos del caso, lo que evidencia una interpretación normativa absolutamente irracional, desproporcional, arbitraria y caprichosa”.

Manifiesta que por el contrario, la aprobación del Acuerdo No. 199 de 2016 perseguía los fines que se trazó la Ley 19 de 1991 sobre el fomento del deporte; de manera que, lo que se evidencia es que la conducta censurada carece de tipicidad por no haberse hecho en su totalidad el proceso de subsunción normativa.

Ausencia de ilicitud sustancial.

Afirma el togado, que contrario a la tendencia que imponen los pronunciamientos de la Procuraduría General de la Nación sobre la ilicitud sustancial, la primera instancia “...llegó a la conclusión que el comportamiento investigado afectó de manera sustancial la función pública por la mera extralimitación de funciones reprochada en el cargo único...”; no obstante, de la lectura del fallo estableció el apelante, que para justificarse ese elemento, acudió a la violación del principio de moralidad, lo cual no se adujo en la decisión de cargos, desconociendo así, la congruencia que debe predicarse del fallo con el pliego de cargos.

Sostiene que la ilicitud sustancial no se logra probar, pues la buena marcha de la administración no tuvo mayor afectación, en primer lugar, por cuanto la sola comprobación de extralimitación de funciones no estructura la ilicitud de la conducta, pues para ello era menester agotar un juicio valorativo sobre tres ítems⁴ que describe en la apelación, los cuales no se verifican; dice que no se vislumbra como el acuerdo tantas veces mencionado afectó la buena marcha de la administración, y se pregunta, si entonces, todas las veces que se anula un acto

caj

⁴ 1. identificación de las circunstancias de tipo, modo y lugar, 2. Identificación del principio de la función pública transgredido y 3. Probanza de la afectación de la buena marcha de la administración.



administrativo o se declara la inexecuibilidad de una ley, se tiene razón suficiente para concluir que los servidores que las expiden incurren en falta disciplinaria?

Causal de exclusión de responsabilidad.

Dice el apelante que su defendida incurrió en error invencible frente a la aprobación del Acuerdo No. 199 de 2016, por cuanto:

- Tiene como profesión la medicina y es la primera vez que fungía como Concejal.
- El hecho que la iniciativa emanara del Alcalde le generó certeza acerca de que la materia a la que se refería la misma había sido rigurosamente analizada por el equipo de trabajo de dicho funcionario.
- El ordenamiento jurídico no ofrece claridad sobre la materia, ya que en su sentir, la misma legislación induce a error, pues algunas disposiciones establece en cabeza de los miembros de las Corporaciones Públicas como el Concejo y las Asambleas la posibilidad de crear tributos. De hecho, dice que debe recurrirse a una técnica de interpretación sistemática normativa para aclarar que la facultad impositiva de esas Corporaciones “...se limita a la determinación de los electos del tributo, pues su creación es materia de reserva legal”. Que a esa técnica debió acudir el Juzgado 12 Administrativo para desentrañar el verdadero alcance y límites de la potestad impositiva de las entidades territoriales y sus corporaciones de elección popular.

Que por lo tanto, no se puede pasar por alto, que la investigada que defiende “...no estaba en la capacidad de realizar un estudio jurídico tan profundo y especializado como el requerido, pues se reitera, sus condiciones personales y profesionales no le ofrecían las herramientas y criterios de juicio necesarios para avizorar las posibles falencias o deficiencias de orden legal que pudiera contener el texto del acto administrativo”, como si las pudo tener el Juzgado 12 Administrativo para determinar la nulidad del mentado acuerdo; insiste en que pronunciamientos de este ente de control han considerado las condiciones personales e individuales del presunto auto para establecer la responsabilidad disciplinaria.

Advierte que a pesar de la necesidad de probar tanto los hechos materia de investigación como la comisión de la falta a partir de un comportamiento doloso o culposo del investigado, ello no se dio en este caso, pues se descartó la causal de exclusión invocada, bajo el argumento que la investigada tenía suficiente información que le indicaba que estaba actuando en forma contraria al ordenamiento jurídico, y que a pesar de ello decidió libre y voluntariamente actuar, cuando en realidad quienes pudieron tener conocimiento de la información referida por la Provincial, eran los concejales que así fungieron dentro de los periodos 2008 y 2013, en los cuales se aprobó y posteriormente, el pago que se estableció nuevamente por medio del Acuerdo 199 de 2016.



No se verificaron los elementos axiológicos del dolo en materia disciplinaria.

Sostiene el apelante que en el fallo de primera instancia solo se estableció uno de los elementos del dolo, el cognitivo, al indicar en el fallo que existían antecedentes que daban cuenta de la ilegalidad del pago que establecieron por medio del Acuerdo 199 de 2016; sin embargo, dice que olvidó el quo, que su defendida no estuvo en los periodos en que se aprobó y posteriormente, revocó el aludido pago; además, debía tenerse en cuenta el poco tiempo transcurrido entre el inicio del periodo 2019-2019 y la aprobación del Acuerdo 199 de 2016.

Frente al argumento utilizado por la Provincial para demostrar el elemento volitivo del dolo en su defendida, afirma que se incurrió en un grave error de interpretación, por cuanto el voto favorable de sus defendida era aprobar el mentado acto no era prueba determinante de su voluntad de manera contraria al ordenamiento jurídico, máxime si ha sostenido que ella estaba convencida de la legalidad de su actuación.

Inexistencia de pruebas que respalden la calificación dolosa como forma de culpabilidad.

Manifiesta el recurrente que se configura tal irregularidad, al calificarse la falta como dolosa a partir de la afirmación de que “...los disciplinados actuaron con conocimiento de causa y de manera voluntaria a fin de vulnerar el régimen jurídico...” y haber obviado la fundamentación de tal calificación en pruebas legalmente recaudadas; entonces, como quiera que no se detallaron los elementos probatorios que llevaron al despacho de primera instancia a a la certeza de que se actuó con dolo, en sentir del apelante se incurrió en una violación al debido proceso y de otros principios que rigen el rito disciplinario.

De la no verificación de la totalidad de los elementos que estructuran el ilícito disciplinario.

Arguye el censor que para la estructuración de la falta, es necesario que concurra la tipicidad de la conducta, la ilicitud sustancial de la misma y la culpabilidad; no obstante, al examinar la conducta desplegada por su defendida se arriba a la conclusión que la misma no puede ser objeto de reproche, al no verificarse el elemento de culpabilidad, pues ello no persiguió una finalidad distinta con la aprobación del Acuerdo No. 199 de 2016, a la de promocionar y masificar el deporte en el Municipio de Soledad.

Que en virtud de los argumentos que expuso, solicita la revocatoria del fallo de primera instancia. *cop.*

2786



RECURSO PRESENTADO POR PAOLA ANDREA OÑORO GONZÁLEZ Y RAFAEL FRANCISCO VERA ROMERO.

Una primera parte del recurso se refiera a la validez de la actuación. Bajo este acápite formulan los apoderados tres solicitudes de nulidad, una primera desde el auto de cargo, al no correr traslado de las pruebas allegadas por el quejoso, una segunda desde el auto que corre traslado para alegatos de conclusión, al no practicarse las pruebas en la etapa de descargos y una tercera, sobre el fallo por violación al derecho de defensa, por la falta de congruencia entre el auto de cargos y el fallo.

La primera solicitud se sustenta en el no traslado para su contradicción, es decir, en los términos del artículo 245 de la Ley 600 de 2000, de los documentos obtenidos en la visita especial practicada por la Procuradora Provincial de Barranquilla el pasado 6 de diciembre de 2016; a esto se suma haber valorado en el auto de cargos, los documentos aportados por el quejoso (sentencia de 12 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado 12 Administrativo de Barranquilla), sin tener en cuenta lo señalado por el artículo 259 ibídem, ni haberse dado traslado de la misma a los investigados.

Dice que la nulidad del auto de cargos debe declararse, como quiera que cumple la finalidad que establece el artículo 310 de la Ley 600 de 2000, y se afectaron de manera sustancial las garantías del investigado, es por ello trascendente e insalvable por otro medio procesal.

La segunda solicitud de nulidad se invoca desde el auto que corre traslado para alegatos de conclusión, debido a que si bien se pidió el decreto de varias pruebas en los descargos, concretamente, para poder probar la teoría del error invencible (Declaración del Alcalde Municipal de Soledad, para que identificara los abogados que le dieron concepto favorable a la presentación del proyecto de acuerdo, así como la citación de ellos, para su declaración), las mismas fueron decretadas por el despacho, pero no se realizó la gestión para su recaudo, lo que a su juicio vulnera el derecho de defensa y los deberes impuestos al operador disciplinario. Que a pesar de haber pruebas pendientes de su práctica, la primera instancia decidió correr traslado para alegar de conclusión, es decir, que no tuvo en cuenta lo previsto por el artículo 169 de la Ley 734 de 2002, acerca de la procedencia de esa etapa; por consiguiente, debe nulitarse desde tal actuación, pues tal medida que cumple la finalidad que establece el artículo 310 de la Ley 600 de 2000, y se afectaron de manera sustancial las garantías del investigado, es por ello trascendente e insalvable por otro medio procesal.

La tercera solicitud de nulidad haya su estribo en el hecho que entre otras garantías que se deben observar en el juicio disciplinario, está la de aplicar el principio de congruencia entre el fallo y la acusación, debiendo según el censor "...una adecuada relación y correspondencia en sus tres aspectos básico: personal, fáctico y jurídico". *CPA*.



Precisa para fundamentar tal alegación, que cuando se formuló el pliego de cargos no se indicó cuál era la función supuestamente utilizada para una finalidad diferente, lo cual generó ambigüedad en el cargo; a su vez, cuando se profirió el fallo se agregaron unos ingredientes normativos que no se indicaron el auto de cargo, cuando antes debió agotarse la posibilidad de una variación del cargo.

Por lo anterior, como se afectaron garantías fundamentales de los disciplinados, con el derecho de defensa, se impone la nulidad invocada, ante la inexistencia de otro medio para subsanar la supuesta irregular actuación.

A continuación propone como capítulo II del recurso, los elementos para declaratoria de la responsabilidad disciplinaria, en caso de que no se acepte alguna de las solicitudes de nulidad deprecadas.

Como primer argumento que se expone por el recurrente para atacar la responsabilidad endilgada a sus defendidos, es que conforme con el artículo 338 de la C.P., los Concejos Municipales pueden imponer contribuciones fiscales o parafiscales en su territorio y que entonces, debía determinarse si había norma que facultaba para la creación del tributo por medio del Acuerdo 199 de 2016; dice el apelante, que conforme lo manifestado por sus defendidos en la versión libre, en la exposición de motivos elaborada por la Alcaldía se indicaba la Ley 181 de 1995, cuyo artículo 75 faculta a los Concejos Municipales para que creen rentas con destino al deporte, la recreación y otros.

Seguidamente, luego de una reseña extensa de pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre el principio de legalidad en materia tributaria, y con base en el artículo 287 de la Constitución Política, considera el recurrente que *"...era claro al momento de aprobarse el tributo por parte de los concejales... que las 'las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses', dentro de los límites de la Constitución y de la Ley..."* e inmersa en ella, la fiscal, que confiere a los niveles territoriales la facultad de fijar tributos, entre otras cosas.

Y explica además, que la fijación de tributos podía darse de manera directa por una ley que estableciera todos los elementos del mismo o mediante una ley de autorización, situación en la que el ente territorial tendría que desarrollarlo, como es el caso del alumbrado público. Por otro lado, también aseveró que las Corporaciones como el Concejo pueden establecer rentas de destinación específica *"...como mecanismo de financiación para cumplir los objetivos del ente territorial..."* y que por lo tanto, un fondo especial también podría nutrirse de contribuciones especiales u otros ingresos que no tuvieran la calidad de tributos.

Que las normas detalladas en el proyecto de acuerdo, así como las posturas jurisprudenciales expuestas, le permitieron al Concejo de Soledad aprobar la tasa incluida en el mentado Acuerdo 199 de 2016; ese análisis fue el que apoyó la



2759

decisión contenida en el acto citado, al no contar con asesoría jurídica especializada; por lo que estaban bajo la absoluta convicción que su actuar no debía ser objeto de reproche disciplinario, más aún, si el impuesto ya había sido creado para el año 2008, sin que existiera pronunciamiento judicial sobre la legalidad del mismo y si bien este posteriormente, no fue incluido en el estatuto tributario del año 2013, ello no podía *per se* configurar para quienes fueron concejales en esa vigencia responsabilidad disciplinaria, como quiera que su actuar estaba cobijado por la presunción de legalidad.

En virtud de lo anterior, considera el apelante que en este caso, estaba probada la causal de exclusión de responsabilidad del numera 6 del artículo 28 del CDU, pues actuaron bajo la convicción errada e invencible que su conducta no constituía falta disciplinaria.

Por último, insiste en que no era dable tener en cuenta los pronunciamientos hechos por la jurisdicción contencioso administrativa acerca de la legalidad del Acuerdo No. 199 de 2016, dado que la Procuraduría debe evaluar la conducta del servidor público desde la óptica del cumplimiento de sus deberes y no a partir de la legalidad del acto, pues para su expedición aquellos no se habían proferido.

RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR GASPAR EMILIO HERNÁNDEZ CAAMAÑO⁵.

Un primer argumento expuesto en contra del fallo de primera instancia, es que fue una decisión “objetiva”, esto como quiera que el fin propuesto durante la investigación llevada por la Procuraduría Provincial de Santa Marta distaba del desentrañar la verdad procesal, es decir, establecer la certeza de la responsabilidad de los hoy sancionados o en consecuencia descartarla. Dice que todo estuvo orientado para fortalecer y consolidar el concepto de violación de las normas indicadas como violadas y que por ende, “...el despacho nunca sacó la investigación del campo de la objetividad, antes dirigió las etapas procesales con la finalidad de concretar un resultado sancionatorio”; como refuerzo a sus argumentos cita varios apartes de providencia de la Corte Constitucional.

Un segundo argumento aducido por el apelante se centró es destacar que el proceso disciplinario condenó a los concejales solo con pruebas documentales. Al respecto dice que ese tipo de pruebas, aunque informan “...no tiene la calidad de expresar en forma autónoma la voluntad real y la verdadera comprensión de las consecuencias que se derivan de ellas, haciendo necesaria e imperativa escuchar al encartado y autor de la misma para que con base en las reglas determinar su voluntad o no consiente”. Esto agrega que al haberse quedado solo la informado portal prueba documental, le era imposible establecer la culpabilidad, es decir, la subjetividad del ser, y por ende, si era a título de dolo

⁵ Ver folios 2533 a 2548, del cuaderno 9.



o culpa. Citó apartes de sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia para reforzar su dicho.

Que las documentales le bastaron a la Provincial para sostener que los concejales tenían que conocer si podían aprobar una contribución para financiar el Fondo del Deporte, pero dejó de lado establecer, a partir de la respectiva prueba, la certeza de que habían actuado conciencia y voluntad dirigida a querer realizar la conducta.

Así mismo, consideró que debió irse más allá de lo objetivo del Acuerdo, es decir, definir que quien habla determinado la conducta de los Concejales había sido el Alcalde de Soledad, quien contaba con el apoyo de un Secretario de Hacienda, conecedor por lo tanto de la materia tributaria, así como de una Ofician Jurídica; insiste en que el creador o fijador del ingreso es el burgomaestre.

Dice que los Concejales obedecieron la ley al crear el Fondo, es decir, que utilizaron sus potestades como era su deber y no transgredieron el ordenamiento, ni utilizaron su función para fines diferentes.

A lo anterior, se suma que es cierto, el hecho que de la Ley 19 de 1991 no se derivaba la posibilidad de crear un tributo para nutrir el Fondo, pero que, el actuar de los Concejales no solo se basó en aquella, sino también en lo previsto en la Ley 181 de 1995, que era de carácter tibiamente tributario; no obstante, esto fue obviado por la primera instancia, dado que esta no debía centrar la solución del problema en la legalidad o no del acto, pues eso es un asunto que corresponde a la Jurisdicción, sino en *"...determinar si la conducta voluntaria y el conocimiento de la legalidad o no tenida frente al hecho, constituía una infracción a los deberes funcionales, su de verdad esta infracción afectaba sustancialmente los fines esenciales del Estado y los fines de la administración pública...para determinar el grado de culpabilidad de los sujetos"*.

Advierte que la primera instancia obvió que la declaratoria de nulidad del Acuerdo fue posterior a la comisión de la conducta y que también había podido ocurrir lo contrario; así mismo, expone que no es posible admitir que el fin perseguido por los Concejales haya sido distinto a incentivar el deporte y de cumplir sus deberes legales, y que por el contrario, su intencionalidad estuviera orientada a extralimitarse en sus funciones.

Reiteró que la competencia de los entes territoriales sobre asuntos tributarios no es clara y que de ello dan cuenta varios pronunciamientos jurisprudenciales; sin embargo, precisa que si había una ley de carácter tributario, que fue citada en el proyecto enviado al Concejo por el Alcalde, esta es, la Ley 181 de 1995, cuyo artículo 75 ordena a esas Corporaciones crear rentas para el fondo del deporte.

Insiste en que con las pruebas recaudadas no fue posible acreditar el dolo, siendo deber de la Procuraduría demostrar que los 19 Concejales tenían individualmente la intención y deseo de desconocer la Ley 181 de 1995, la cual

CD
18



2 761

fue tomada como fundamento para expedir el Acuerdo No. 199 de 2016. Con esto, considera que se les violó el debido proceso, en tanto que, todas las documentales analizadas por el a quo no tienen la virtud de comprobar el apesto volitivo de la conducta.

Afirma que entre las probanzas no hay ninguna, que indicara que estaban actuando desviadamente al expedir el acuerdo, derivada ya sea del control del Gobernador, en virtud del ejercicio de la función preventiva del Ministerio Público, ni informe del que se decantara que conocían de la prohibición y que desearon inobservarla.

Por otra parte, afirma que si bien el Concejo en el año 2013 revocó el concepto posteriormente insertado en el Acuerdo 199 de 2016, por temor a su ilegalidad, frente a lo cual la primera instancia supone que debían saberlo, "*...ello no determinaba en si una prohibición o una ley o un postura clara al respecto de si se podía o no crear el fondo. Muchos menos censuraba la posibilidad de financiar al fondo creado con base en la Ley tributaria 181 de 1995*".

Por último, esgrime el apelante que la falta atribuida es inadecuada, por cuanto los hechos que describió el despacho de primera instancia se referían a lo previsto en el artículo 50 del CDU y no al 48-60 ibídem, por lo que en virtud del principio de favorabilidad la falta debía catalogarse como grave o leve y no como gravísima, teniendo en cuenta los criterios que cita del doctrinante Fernando Brito Ruiz.

Dice que el vacío que quedó frente a la culpabilidad obliga a que la segunda instancia resuelva los vicios aducidos y rectifique la conducta.

Este mismo apoderado, presentó escrito mediante el cual invoca la nulidad de la actuación por cuanto se vieron afectados los derechos a un debido proceso y a la defensa, a fin de que se emitan unas nuevas actuaciones que si respeten las garantías de los disciplinados.

En concreto, el abogado señala como hechos irregulares los siguientes:

- En los alegatos presentados se esgrimió que la ilegalidad del Acuerdo 199 de 2016 se declaró posterior a la conducta irregular endilgada a los Concejales, no obstante, el despacho de primera instancia no se pronunció sobre ello.
- La anulación del Acuerdo de 2008, fue decisión del Concejo Municipal y no se derivó de orden judicial o administrativa, por lo que no podía constituir un precedente que configurara la dolosidad de la conducta endilgada e igualmente, el sustrato para considerar que los mentados Concejales tenían conocimiento de la ilicitud.
- No se debatió en forma completa la adecuación de las normas de remisión, estas son, las Leyes 19 de 1991 y 181 de 1995 y aun cuando está ultima no se citó en



el Acuerdo 199 de 2016, si se utilizó como fundamento del proyecto del mismo, lo cual no fue analizado por el *a quo*, pese a que se relacionó en el acervo probatorio.

- Pese a enunciarse en los alegatos las nulidades planteadas que no se habían resuelto antes del fallo, en este, el despacho las obvió.
- Se omitió la valoración rigurosa de las pruebas que condujera a la certeza de la subjetividad de la conducta, no se atendieron los pronunciamientos jurisprudenciales respectivos para llegar a la convicción sobre ocho elementos.
- Por último, se tuvo al quejoso como un sujeto procesal, dado que uno de los apartes del fallo se citó una reseña de los alegatos de conclusión presentados por el quejoso Paul Varelo Barrios y también aquellos que aportó por medio de su apoderado.

Seguidamente, como razones de derecho para sustentar la nulidad, se invocó que al no haberse atendido el asunto esencial expuesto en los alegatos se lesionó el derecho de defensa; por ejemplo, pese a que sostuvo la falta de certeza respecto de la legalidad del Acuerdo 199 de 2016, el *a quo* desvía la discusión al hecho que no contaban con asesores y que además, con la anulación del Acuerdo en 2013, implicaba por sí mismo "*...una ilicitud para la aprobación del nuevo acuerdo*".

En cuanto a este vicio dice que no es superable y por lo tanto, se debe declarar la nulidad de todo lo actuado, ya que los alegatos son la última arma con que cuenta el investigado en la primera instancia y solo pueden usarse una vez.

Otra razón que se esgrime es la ambigüedad del pliego de cargo, la cual se mantuvo en el fallo, debido a que cuando se "*...hace la adecuación típica en el pliego...no se precisa qué de la norma violadas presuntamente citada se transgredió, sino porque esas normas en si mismas, no se adecúan a la conducta desplegadas por los concejales disciplinados...*"; que solo se limitaron a su transliteración, sin precisar cuál fue la transgredida, lo cual hacía imposible la defensa.

Dice que a pesar de decirse que con el actuar los Concejales se habían extralimitado en sus funciones y así quebrantado el régimen de las prohibiciones, pero a pesar que se definen las funciones, se dice que existe un principio de reserva legal y se justifica el por qué se cree que no estaban facultados para crear un tributo, "*...nunca explica de donde saca la adecuación a la falta disciplinaria que endilga*".

Por lo anterior, expone nuevamente el supuesto de hecho de la falta del numeral 60 del artículo 48 del CDU y responde al mismo, que "*...los concejales Si estaban facultados por la Ley 19 de 1991 para crear el fondo y eso fue lo que hicieron, como también es claro para esta defensa que El (sic) impuesto no lo hicieron con*

del 20

2763



fundamento en esa ley, SINO en la Ley 181 de 1995...”, que si le daba a los Concejos la facultad de crear rentas adicionales a la establecida en la ley 19 de 1991 para financiar el fondo.

Que en todo caso, a partir de las disposiciones citadas en precedencia, la voluntad de los Concejales estuvo orientada a cumplir lo que interpretaron era su deber, el cual era fortalecer el deporte.

Por otra parte, dice el peticionario que el despacho de primera instancia soslayó el principio de favorabilidad, por cuanto habiendo una norma que contemplaba la misma conducta irregular endilgada a los Concejales, prefirió aplicar la menos favorable; error del que advierte, se le puso de presente en forma insistente al despacho.

Finalmente, se permitió que el quejoso actuara como un sujeto procesal, dado que se aceptó, valoró y tomó algunos de los argumentos expuesto en los alegatos presentados por aquel en el fallo, desconociéndose así, la limitación a la que está sujeta su participación en el proceso conforme lo que dispone el artículo 90 de la Ley 734 de 2002, socavando así, la garantía de observar las garantías de la plenitud de las formas de cada juicio.

CONSIDERACIONES

CUESTIONES PRELIMINARES.-

Se hace necesario previo a entrar las consideraciones pertinentes para resolver de fondo el asunto, despejar si caben las solicitudes de declaratorias de nulidad propuestas por los apoderados de los investigados; por lo que se hace necesario, exponer cuál fue el decurso de la actuación procesal hasta la alzada.

Al respecto se tiene que en virtud de queja⁶ presentada el día 2 de junio de 2016 por el señor Paul Varelo Barrios, se dio apertura a indagación preliminar⁷ mediante auto adiado 21 del mismo mes y año, contra los 19 Concejales que entrega el Concejo de Soledad por el periodo 2016-2019.

La queja fue acompañada de las siguientes documentales:

1	Copia simple del Acuerdo Municipal 81 de 15 de junio de 2008 - Folios 19-22.
2	Copia sin suscribir de certificación emanada del Secretario General del Concejo de Soledad, en la que indica que el Acuerdo Municipal 81 de 15 de junio de 2008, fue debatido en primer debate por la Comisión Segunda Permanente de Gobierno el 27 de junio de 2008 e igualmente debatido y aprobado en segundo debate el 15 de julio de 2008. Folio 22.

OP.

⁶ Ver folios 1 a 18 del cuaderno 1.

⁷ Ver folio 147 a 148 del cuaderno 1.



3	Copia simple de documento titulado "EXPOSICION DE MOTIVOS - PROYECTO DE ACUERDO POR MEDIO DEL CUAL SE ADOPTA EL ESTATUTO TRIBUTARIO DE SOLEDAD Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES", suscrito por el Alcalde Municipal de Soledad, Franco Isis Castellanos Niebles - Folios 23-27.
4	Copia simple de documento titulado Acuerdo sin número, ni fecha, por medio del cual se adopta el Estatuto Tributario para el Municipio de Soledad - Folios 28-113.
5	Copia simple de petición suscrita por el quejoso, con la cual solicita al Concejo Municipal de Soledad el 17 de abril de 2016, copias de las auténticas de los Acuerdos 199 de 2016, con el acto de sanción por el Alcalde, 168 de 2013 y su exposición de motivos, de las actas de comisión del presupuesto en primer debate y de la plenaria en segundo debate, grabación de la sesión plenaria - Folios 114- 115.
6	Copia simple de escrito de acción de tutela presentada por el quejoso ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Soledad para que se amparara el derecho de petición, frente al escrito radicado ante el Concejo de ese municipio el 18 de abril de 2016, auto de admisión, fallo y oficioso comunicando la decisión al actor y accionada, así como a la Personería de Soledad - Folios 116-132.
7	Respuesta a la orden de tutela a favor del quejoso, por medio del cual se le suministra copia suscrita del Acuerdo 199 de 2016, certificación del Secretario General del Concejo que da cuenta de los debates que se notaron para aprobación del mismo y el acto de sanción y publicación por el Alcalde, señor José Joao Herrera Iranzo - Folios 133-138.
8	Artículo de prensa publicado en el diario El Heraldo de Barranquilla, de domingo 17 de abril de 2016, titulado "Herrera dice haber puesto 'en orden' a Soledad en sus primeros 100 días" - Folio 145.

Por su parte, la Procuradora Provincial de Barranquilla en el auto de indagación preliminar, ordenó oficiar al Concejo Municipal de Soledad para obtener las siguientes documentales:

<ul style="list-style-type: none"> • Copia del Acuerdo por medio del cual para la vigencia 2016, se aprobó la imposición de un impuesto/contribución para el Fondo de Fomento del Deporte en el mentado ente territorial.
<ul style="list-style-type: none"> • Informe que evidenciara los fundamentos jurídicos que le permitieron a dicha Corporación la aprobación del gravamen/impuesto/contribución para el aludido fondo en la vigencia 2016.
<ul style="list-style-type: none"> • Copia del Acuerdo mediante el cual en la vigencia 2013 el Concejo suprimió el impuesto/gravamen/contribución para el sostenimiento del Fondo para el Fomento del Deporte en Soledad

De este proveído se emitieron las respectivas comunicaciones al quejoso y a los investigados; al primero de ellos, se le advirtió que su intervención se limitaba a los eventos que precisa el parágrafo del artículo 90 de la Ley 734 de 2002, mientras a que los vinculados como disciplinados, se les hizo la salvedad de que vencido el término de 8 días contados a partir del envío de la citación, si no comparecían se les notificaría por edicto la decisión en comento; enviado el 29 de julio de 2016, según planillas 248 y 249 (ff. 150-169).

De igual manera, en cumplimiento de lo previsto por los artículos 154 y 155 de la Ley 734 de 2002, la Procuradora Provincial de Barranquilla, libró oficio al Secretario del Concejo de Soledad para informarle de la apertura de la indagación y le advirtió que debían abstenerse de abrir actuación en el mismo sentido por los



hechos que sucintamente se le relataron; además, se le solicitaron entre otros datos laborales, tales como certificación de cargo y periodo en que los investigados ejercen o ejercieron sus funciones como Concejales, su identificación, la dirección de residencia registrada en la hoja de vida (ff. 170).

Como quiera que dentro del término indicado en las citaciones libradas a los Concejales estos no se acercaron a la Procuraduría Provincial de Barranquilla para notificarse de la indagación preliminar abierta en su contra, se le fijó edicto el día 13 de julio de 2016, el cual se desfijó el 15 de los mismos mes y año (f. 171).

Como segunda intervención del quejoso, señor Paul Varela Barrios, se encuentra escrito radicado el 5 de julio de 2016, mediante el cual alerta la presunta omisión en incluir como indagados a los Concejales Ruber Cartagena y Adriana Marcela Molinares Mancera (ff. 172).

A su turno, el Secretario del Concejo de Soledad en respuesta al requerimiento hecho por la Procuradora Provincial de Barranquilla, remitió oficio en el que detallaba la información solicitada de los Concejales y adjunto al mismo, sendas certificaciones de cada uno de los miembros de esa Corporación, del periodo para el que fueron elegidos y la suma a la que ascendían sus honorarios (ff. 173-175 y 179-197).

Luego de toda esa actuación, se encuentra queja suscrita por el Elmer Enrique Rudas Menco, que fue radicada en la Provincial de Barranquilla el día 16 de junio de 2016, contentiva de 125 folios, dirigida contra el señor Alcalde de Soledad y los Concejales que integraron las comisiones segunda y tercera permanentes (en su orden, de Gobierno y Presupuesto y Hacienda Pública), así como frente al resto de Concejales que aprobaron los Acuerdos 199 y 203 de 2016, por los cuales se creó el Fondo de Fomento al Deporte y se autorizó al Alcalde para comprometer vigencias futuras (ff. 198-208); esta denuncia vino acompañada de las siguientes pruebas:

1	Copia simple de Acuerdo 199 de 2016, por el cual el Concejo de Soledad crea el Fondo de Fomento del Deporte de ese municipio - Folios 209-212.
2	Copia simple de Acta sin número, de la sesión conjunta de las comisiones segunda permanente de Gobierno y tercera permanente de Presupuesto y Hacienda Pública, la cual fue realizada el 3 de marzo de 2016 -Folios 213-215.
3	Copia de las ponencia para primer debate del proyecto de acuerdo, por medio del cual se crea el Fondo de Fomento y Desarrollo del Deporte de Soledad, presentada por los Concejales Juan Carlos Orozco Llerena y Ricardo Arcón- Folios 216-218.
4	Copia simple del Acuerdo 81 de 15 de julio de 2008, por el cual el Concejo de Soledad creó el Fondo de Fomento y Desarrollo del Deporte - Folios 219-221.
5	Copia simple de los Acuerdos Nos. 146 de 29 de noviembre de 2011 y 168 de 6 de diciembre de 2013, por medio del cual el Concejo de Soledad adoptó el Estatuto Tributario para ese municipio - Folios 224-227.



6	Copia simple del decreto 380 de 30 de diciembre de 2015, a través del cual el Alcalde de Soledad liquida el presupuesto anual de rentas y gastos del Municipio de Soledad para la vigencia de 2016 -Folios 228-262.
7	Copia de las ponencia para primer debate del proyecto de acuerdo, por medio del cual se autoriza al Alcalde de Soledad para comprometer vigencias futuras, presentada por los Concejales Juan Carlos Orozco Llerena y Astrid Barraza Mora- Folios 263-266 y 274-275.
8	Copia simple del Acta No. 65 de 23 de marzo de 2016, contenta de sesión extraordinaria realizada por el Concejo, para entre otras cosas, aprobar el proyecto de acuerdo que autorizaba al Alcalde de Soledad a comprometer vigencias futuras, así como la respectiva copia del acuerdo aprobado, el No. 203 de 2016 - Folios 267-272.
9	Copia simple del Acta No. 51 de 2016, contenta de la sesión ordinaria llevada a cabo el 7 de marzo de ese año, con presencia de la totalidad de los Concejales de Soledad; uno de los puntos del orden del día era la presentación de la ponencia para segundo debate del proyecto de acuerdo por el cual se crearía el Fondo de Fomento mencionado - Folios. 272-273.
10	Copia simple del "Marco Fiscal de Mediano Plazo 2016-2025" del Municipio de Soledad, elaborado en octubre de 2015; Acta de reunión del COMFIS realizada en marzo de 2016 - Folios 276-294, 295-302
11	Copia simple del acto de la sanción del Acuerdo 197 de 9 de diciembre de 2015 y de este, por el cual se expidió el presupuesto general de ingresos, gastos e inversión de la vigencia 2016 - Folios 303 - 322.

Por medio de oficio MACV3127 de 2016, la funcionaria comisionada para la práctica de pruebas, le solicitó al presidente del Concejo de Soledad las pruebas documentales que se decretaron en el auto que ordenó la indagación preliminar, pero no se obtuvo respuesta (f. 323).

Para el 17 de agosto de 2016, el quejoso Paul Varelo le solicitó a la Provincial que se oficiara al Concejo de Soledad para que remitiera copia autenticada del Acuerdo No. 81 de 2008 (f. 324).

Actuaciones durante la apertura de investigación disciplinaria

Esta actuación pasó a investigación disciplinaria mediante auto adiado 27 de octubre de 2016⁸, como quiera que de la documentación aportada por el quejoso se evidenciaba "...la posible comisión [de los concejales] en conducta constitutiva de falta, por razón de haber proferido Acuerdo Municipal por medio del cual se crea el Fondo Municipal de Fomento y Desarrollo del Deporte en el Municipio de Soledad..., en el cual, a través de su artículo tercero, se habría creado un impuesto, sin contar con las facultades para ello". En esa oportunidad, se pronunciaron sobre la solicitud del quejoso reseñada en precedencia, frente a la cual se sostuvo que se iba a tener en cuenta. Como pruebas se decretaron las siguientes:

⁸ Ver folios 325 a 329.



1	Oficiar al Concejo Municipal de Soledad para que rinda un informe de lo actuado al respecto de la tramitación y aprobación del acuerdo No. 199 de 2016 por medio del cual se creó el Fondo Municipal de Fomento y Desarrollo del Deporte en Soledad
2	Practicar visita especial en las instalaciones del Concejo Municipal de Soledad para recaudar todos los soportes documentales proferidos por esa Corporación para creación y aprobación del Fondo del Deporte en los años 2008 y 2016.

El 28 de octubre de 2016, se libraron las comunicaciones a los 19 Concejales de Soledad, con el fin que se arrimaran a las instalaciones de la Procuraduría Provincial de Barranquilla a notificarse de la decisión antes referida, pero como no comparecieron en el término conferido, se les fijó y desfijó edicto entre los días 16 y 18 de noviembre de 2016 (ff. 330-334); nuevamente se le comunicó al Concejo de Soledad abstenerse de apertura investigación por los mismos hechos y se le solicitó el envío de las certificaciones laborales, direcciones registradas en las hojas de vidas de los investigados, entre otras cosas, lo cual fue remitido según las documentales visibles en los folios 335 a 356.

Seguidamente a esta actuaciones, figura en el expediente escrito que viene firmado por el Concejal Juan Carlos Llerena y que fue radicado en la Provincial el 9 de agosto de 2016, con el cual solicitaba que se le expidieran copias de la actuación (f. 357).

Para el 24 de noviembre de 2016, a fin de poder practicar la diligencia de visita especial decretada como prueba en el auto de investigación disciplinaria, se libró comunicación a todos los investigados (ff. 358-376) para que hicieran presencia y ejercieran su derecho de defensa; sin embargo, de acuerdo con el acta que da cuenta de la visita realizada el 6 de diciembre de 2016, no comparecieron, de lo cual se dejó constancia; en esa diligencia quedó pendiente por entregarse la información relacionada con el año 2013, por lo cual se le concedió un plazo al funcionario del Concejo que la atendió (ff. 377-400).

El 12 de diciembre de 2016, se dictó auto por la Procuraduría Provincial de Barranquilla para ordenar la práctica de una prueba en etapa procesal diferente a descargos; concretamente, se dispuso oficiar a la Alcaldía Municipal de Soledad para que certificara si se había efectuado cobro a los habitantes del Municipio con destino al Fondo de Fomento y Desarrollo del Deportes para la vigencia 2016, requerimiento este que se libró el 21 de diciembre de 2016 con el Oficio MACV6420 de 2016 (ff. 401-402, 516); esta decisión igualmente, fue comunicada a los investigados con los oficios librados el 14 de diciembre de 2016⁹, a la dirección que informó el Secretario General del Concejo con el oficio visible a folio 335 a 337.

Al plenario fueron aportados 94 folios el día 12 de diciembre de 2016, sin que se pudiera establecer quien era su remitente; los documentos allegados fueron el (i)

⁹ Ver folios 403 a 421.

2763



Acta No. 176 de 2013, contentiva de sesión ordinaria de 6 de diciembre de 2013, en la que se aprobó ponencia para segundo debate del proyecto por medio del cual se adoptó el Estatuto Tributario de Soledad, (ii) Acta de la comisión tercera permanente de Presupuesto y Hacienda Pública, en la cual se hizo primer debate de la ponencia del proyecto de acuerdo, que adoptaría el Estatuto Tributario, (iii) El acto de sanción por parte del Alcalde de Soledad del Acuerdo No. 168 de 2013, (iv) Acuerdo No. 168 de 2013, que adoptó el mentado Estatuto Tributario (ff. 422-515).

Por medio de la Resolución 710 de 27 de octubre de 2016, la Procuradora General de la Nación decidió reasignar la competencia del proceso disciplinario al Procurador Provincial de Santa Marta, para que continuara investigando y lo llevara a su culminación; este acto fue comunicado por medio de Oficio adiado 9 de noviembre de 2016, pero no se tiene certeza de cuándo fue enviado a la Provincial Barranquilla, lo cierto es que una vez se tuvo conocimiento, se procedió a su remisión a través del Oficio No. 6469 de 28 de diciembre de 2016, siendo recibido en su homóloga de Santa Marta el 29 de enero de 2017 (ff. 535 y 972).

Al mismo tiempo, la Provincial de Barranquilla emitió sendas comunicaciones a los sujetos procesales para enterarlos de la remisión; lo mismo, hizo el Provincial de Santa Marta con oficios de 15 de febrero de 2017, previo auto de 6 de febrero de 2017 con el que avocó el conocimiento y ordenó reiterar la prueba decretada en auto de 12 de diciembre de 2016 (ff. 537-555 y 573-574), las cuales fueron enviadas al Secretario General del Concejo de Soledad (f. 556).

Con escritos radicados el 5 de enero y 22 de febrero de 2017 en la Procuraduría Provincial de Santa Marta, el quejoso pidió celeridad en el trámite de la investigación y además, que se conminara al Concejo para que remitiera las documentales que se le habían solicitado (ff. 570-571). Frente a esas intervenciones, el Procurador Provincial le contestó con Oficios 254 y 522 de 14 de febrero y 23 de marzo de 2017, indicando que la actuación se encontraba en etapa de investigación disciplinaria, que se había reasignado a esa dependencia y le recordó los límites que impone al quejoso el parágrafo del artículo 90 de la Ley 734 de 2002 (f. 572-578).

En adelante, el quejoso Paul Varela y el señor Elmer Rudas presentaron los siguientes escritos:

Asunto	Fecha de radicación
Aporta comunicado que informa la dirección de notificación de los Concejales-Folios 580-583.	25 de abril de 2017

Paul Varela



2769

Aporta exposición de motivos del Acuerdo Municipal 168 de 2013, por el cual se adoptó el Estatuto Tributario de Soledad, Oficio DOJ 2596/2016, por el cual la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía de Soledad informa a un ciudadano los pagos realizados por concepto del impuesto al fomento del deporte - Folios 587-595.	13 de marzo de 2017
Aporta sentencia emitida por el Juzgado 12 Administrativo de Barranquilla dentro del proceso con radicado 08001-33-33-012-2016-0034-00, simple nulidad contra el Municipio de Soledad - Folios 761-792.	22 de mayo de 2017
Solicitudes de impulso procesal - Folios 816 y 928-930.	11 de julio y 3 de agosto de 2017.
El señor Romell Hernández Bresneider, bajo la supuesta condición de apoderado del quejoso, solicitó por medio de escrito que se formulara pliego de cargos en contra de los investigados. - Folios 963 - 969.	21 de septiembre de 2017.
El quejoso aporta copia de la queja que se formuló contra el Alcalde de Soledad por los mismos hechos que sustentan esta actuación - Folios 970-971.	21 de septiembre de 2017.
Solicitud de aplicación del procedimiento verbal en la presente actuación - Folios 1080-1083	14 de noviembre de 2017.
Solicitud de impulso procesal y aporte recorte de prensa - Folios 1088 - 1095.	12 diciembre de 2017 y 8 de febrero de 2018
El señor Elmer Rudas, quien nunca fue admitido como quejas en el proceso, radicó solicitud de impulso procesal también y aportó con ese escrito copia simple de la sentencia emitida por el Juzgado 8 Administrativo de Barranquilla frente a la acción de simple nulidad seguida contra el Municipio de Soledad por la expedición del Acuerdo 199 de 2016 - Folios 1097- 1119.	16 de abril de 2018.
Solicitud de impulso procesal - Folio y 1167-1172.	8 de junio de 2018.
Aporta copia de la sentencia de segunda instancia emitida e por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 24 de agosto de 2018, que confirmó la proferida por el Juzgado 12 Administrativo de Barranquilla, que anuló el inciso segundo y el parágrafo del artículo tercero del Acuerdo 199 de 2016 - Folios 1294 - 1316.	3 de octubre de 2018.
El señor Elmer Rudas aportó igualmente copia de la sentencia aludida en precedencia y además, audio de entrevista al señor Alcalde de Soledad, José Joao Herrera Iranzo - Folios 1317 - 1344.	3 de octubre de 2018.
El señor Elmer Rudas volvió a aportar copias de la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo del Atlántico frente al Acuerdo 199 de 2016, pero dentro del proceso 2016 - 00231 - Folios 1401- 1418	10 de octubre de 2018

[Handwritten signature]

2770



A su vez Paul Varela solicitó que se aplicara a la actuación el procedimiento verbal y que se suspendieran a los 19 Concejales; también renuncia de su apoderado - Folios 1419 – 1421.	10 de octubre de 2018
Se pidió por el señor Elmer Rudas la comunicación del auto de pliego de cargos, por cuanto este proveído no tenía reserva sumarial - Folio 1425. Frente a ello, el Procurador Provincial de Santa Marta con Oficio adiado 17 de octubre de 2018, le indicó cuáles eran las intervenciones permitidas del quejoso en la actuación con base en los artículos 89 y 90 del CUD y le indicó en qué fecha había sido formulado el mentado auto de cargos - Folios 1426 y 1427.	25 de septiembre de 2018.
El quejoso aportó sentencia emitida por el Consejo de Estado en la que confirma la nulidad decretada de varias ordenanzas que crearon una tasa - prodeporte en el departamento del Valle; así mismo, allegó audio de entrevista al señor Rafael Vera Romero, uno de los apoderados de los investigados - Folios 1439 - 1466.	19 de octubre y 2 de noviembre de 2018.
Escrito presentado por el señor Estaban José Mosquera Escamilla, quien manifestaba ser apoderado del quejoso y que presentaba su alegato de conclusión – Folios 2067 - 2076	3 de abril de 2019

Igualmente en el curso de la actuación, concretamente, para el 5 de abril de 2017, los investigados Rodrigo Martínez Rodríguez, Juan Carlos Orozco Llerena, Julio César Cabrera Rodríguez, Ricardo Arcón Hereira, Robinson José Vuelvas Vergara, Astrid de los Milagros Barraza Mora, Ruber Antonio Cartagena Llano, Robin Basilio Castro Fallace, Enrique del Castillo Jiménez, Alexandra Patricia Hernández Navas, Daniel Iván Florian Reales, Feliz Alberto Donado Escorcia, Ruby de Jesús Puente Garizabal, Johnny Eduardo Pulgar Severiche, Monte Wuiliano Valbuena Rojas, Alvaro Enrique Martínez González, Adriana Marcela Molinares Mancera, Jorge Humberto Mejía Iriarte otorgaron poder al doctor Rafael Francisco Vera Romero para que los representara en este proceso y este al mismo tiempo presentó un escrito nominado como exposición de descargos (ff. 596-758). Por ello, el despacho de la primera instancia procedió a reconocerle personería mediante auto de 27 de abril de 2017 (f. 759-760).

Dicho apoderado para el 23 de junio de 2017, presentó un escrito de alegatos para que el mismo fuera tenido en cuenta al momento de ser evaluada la investigación (ff. 792-815).

Con auto de 14 de junio de 2017, se cerró la investigación; sin embargo, este proveído fue anulado con proveído de 6 de julio de 2017, al advertir la Procuradora Provincial de Santa Marta que no se había dado la oportunidad a los investigados de rendir su versión libre, pero dejó a salvo las pruebas allegadas y practicadas legalmente (ff. 817-819); esta decisión se ordenó notificar en forma personal a los investigados, previo el envío de sendas comunicaciones a los mismos, las cuales

cop.



fueron igualmente remitidas al Secretario General del Concejo de Soledad para que procediera a su entrega (ver folios 822 a 863).

Para el 17 de julio de 2017, el doctor Hugo Armando Bermúdez informó que le habían sido conferidos poderes por los investigados, Adriana Molinares Mancera, Rodrigo Martínez Rodríguez, Juan Carlos Orozco Llerena; Ruber Cartagena Llano y Álvaro Martínez González; así mismo, pidió que se comisionara a la Procuraduría Provincia de Barranquilla para que oyeran a sus representados en versión libre (ff. 865-867).

En virtud de lo anterior, la primera instancia le reconoció personería jurídica con auto dictado el 21 de julio de 2017 y así mismo, le remitió oficio con el que se le informaba de la fecha en que se recibirían las versiones libres de sus prohijados, pero estos no concurrieron en la calenda destinada para ese efecto, por cuanto en conjunto 18 de los 19 Concejales solicitaron el aplazamiento de esa diligencia, siendo atendida esa petición por la Provincial (ff. 868-896).

Nuevamente, para el 25 de agosto de 2017, se dictó el auto de cierre de la investigación, como quiera que ya se encontraban practicadas las pruebas ordenadas en esa etapa (ff. 899-901); esta decisión fue notificada por estado y por medio de comunicación librada a cada uno de los investigados por medio de correo electrónico (ff. 902-927)

En respuesta al cierre de la investigación, el apoderado Rafael Francisco Vera Romero volvió a presentar el 1 de septiembre de 2017 unos alegatos previos a la evaluación y con base en los mismos solicitó el archivo de la actuación (ff. 935-964).

- Actuaciones surtidas desde la formulación del pliego de cargos.-

Inicialmente se formuló pliego de cargos por medio del auto adiado 11 de octubre de 2017, pero este fue anulado posteriormente e igualmente, el que cerró la investigación, por medio de auto de 9 de noviembre del mismo año (ff. 977-1008 y 1049-1055), en virtud de la petición deprecada en ese sentido por el abogado Hugo Armando Bermúdez, defensor de los investigados Ruber Cartagena Llano, Adriana Marcela Molinares Cabrera, Juan Carlos Orozco Llerena, Rodrigo Martínez y Álvaro Martínez (ff. 1039-1046); las notificaciones a los apoderados de los investigados se realizaron en forma personal, según consta en las actas visibles en los folios 1056 y 1058, previo el envío de sendas comunicaciones a estos (ff. 1059-1079).

Nuevamente el auto de cierre de investigación fue proferido el 24 de julio de 2018 (ff. 1121-1122); sin embargo, en ese interregno el doctor Hugo Bermúdez solicitó el decreto de unas pruebas e insistió en que no se le habían proveído las copias del expediente que había solicitado (ff. 1085-1087); dicho auto fue notificado por

2722



estado y se libraron las respectivas comunicaciones a los investigados y apoderados para informarlos de ello (ff. 1123-1165).

El doctor Rafael Francisco Vera Romero volvió a presentar el 15 de agosto de 2018, escrito con alegatos previos, en los que solicitó el archivo de las diligencias, con reiteración de los argumentos expuestos en los escritos que había radicado en anteriores oportunidades (ff. 1173-1202).

Finalmente, se dictó pliego de cargos con el auto de 19 de septiembre de 2018, el cual fue notificado en forma personal a los apoderados de los investigados, Rafael Francisco Vera Romero y Hugo Bermúdez Caviedes, los días 25 y 26 de septiembre de 2018, previa la remisión vía correo electrónico de las comunicaciones para ese efecto (ff. 1219-1292).

Con auto de 4 de octubre de 2018, el Procurador Provincial ordenó la expedición de copias que había solicitado la disciplinada Gladys Arraut Varelo, a quien solo se le comunicó con oficio librado el 10 de abril de 2019 (ff. 2077-2079)

Conocido el pliego de cargos, al apoderado Rafael Francisco Vera Romero¹⁰ presentó escrito de descargos el 9 de octubre de 2018, con el cual aportó y solicitó el decreto de varias pruebas (ff. 1349-1370); a su turno, el 10 de octubre de 2018 la Concejal Gladys Arraut Varelo presentó escrito de descargos y pidió el decreto de pruebas, así mismo, insistió en que a pesar de haber hecho la consignación del costo de las copias solicitadas no se le habían expedido (ff. 1371-1389). Por su parte, el doctor Hugo Bermúdez Caviedes procedió en la misma forma con escrito que radicó el 10 de octubre, el cual adicionó con otro que presentó el 17 del mismo mes, para solicitar además que se escuchara a sus defendidos en versión libre (Folios 1390-1400 y 1435 - 1437).

La Concejal Gladys nuevamente intervino para informar que había otorgado poder al doctor Mauricio Tellez, con el cual además revocaba el que había conferido al doctor Hugo Bermúdez e insistía en que se le permitiera acceder a las copias que había solicitado, razón por la cual el despacho procedió a reconocerle personería (ff. 1430-1432).

Llegada la oportunidad, el Provincial con auto de 7 de diciembre de 2018 decidió sobre las pruebas de descargos, entre las cuales decretó y ordenó la práctica de documentos que aportaron los quejosos, en concreto, un audio de entrevista dada por el señor Alcalde de Soledad José Joao Herrera ante emisora Atlántico y copia de la totalidad del expediente conocido por el Juzgado 12 Administrativo de Barranquilla; esta providencia fue debidamente notificada a los investigados y se libraron los respectivos oficios para el recaudo de las probanzas ordenadas, así como las comunicaciones para que los investigados comparecieran a rendir su

¹⁰ Como apoderado de Ricardo Arcon, Astrid Barraza, Robinson Buelvas, Julio Cabrera, Robin Fallace, Enrique del Castillo, Feliz Donado, Daniel Florian, Alejandra Hernández, Ruby Puente, Jonhhy Pulgar, Monte Wuiliano Valbuena y Jorge Mejía.

2773



versión libre, siendo recibidas las de Ricardo Arcón, Astrid de los Milagros Barraza, Robin José Buelvas Vergara, Julio César Cabrera, Alexandra Patricia Hernández Navas, Álvaro Enrique Martínez González, José Humberto Mejía Iriarte, Adriana Marcela Molinares Mancera, Ruby de Jesús Puente Garizabal, Johnny Eduardo Pulgar Severiche, Monte Wuiliano Valbuena Rojas (ff. 1467 – 1575, 1707-1708, 1726-1727, 1730-1733, 1740-1747).

Una vez la primera instancia consideró que se habían practicado las pruebas decretadas en etapa de descargos, se ordenó por medio de auto de 2 de abril de 2019, correr traslado para alegar de conclusión por el término de 10 días (ff. 2022-2023); esta decisión fue notificada por estado y de igual manera, se procedió al envío de las comunicaciones a los disciplinados por medio de correo electrónico. (ff. 2024-2066).

Durante esa etapa intervinieron de manera oportuna los siguientes apoderados:

- Hugo Armando Bermúdez Caviedes¹¹, quien de manera preliminar a sus alegaciones, formuló solicitud de nulidad e igualmente sus alegaciones (ff. 2081-2086).
- Mauricio Rafael Tellez Rosado¹² (ff. 2087-2106).
- Paola Andrea Oñoro González¹³, quien formuló nulidad contra el pliego de cargos (ff. 2107-2115).
- Rafael Francisco Ver Romero¹⁴, quien formula sus alegaciones y al mismo tiempo pide la revocatoria del auto que ordenó el traslado para alegar de conclusión (ff. 2117-2145).

Con auto de 14 de mayo de 2019, la Procuradora Provincial de Santa Marta desestimó la solicitud de nulidad propuesta por la doctora Paola Andrea Oñoro González, apoderada de al Concejal Astrid Barraza Mora; esta decisión fue notificada por estado fijado el 30 de mayo de 2019, lo cual fue comunicado a los investigados mediante comunicaciones enviadas a los correos electrónicos autorizados (ff. 2146-20182).

Dentro del término para interponer recurso de reposición la doctora Oñoro lo formuló para exigir que se decretará la nulidad del auto de cargos el cual fue coadyuvado por el doctor Rafael Vera; sin embargo, el mismo fue negado por medio de auto de 25 de junio de 2019 para su notificación en forma personal fueron

¹¹ En calidad de apoderado de Ruber Cartagena, Adriana Molinares, Juan Orozco, Rodrigo Martínez y Álvaro Martínez.

¹² En calidad de apoderado de Gladys Arraut.

¹³ En calidad de apoderada de Astrid de los Milagros Barraza Mora.

¹⁴ En calidad de apoderado

2774



libradas las respectivas comunicaciones a los investigados y sus apoderados, e igualmente fijado estado para ese efecto (ff. 2290-2343).

También fue desestimada por improcedente a través del auto dictado el 21 de junio de 2019, la solicitud impetrada por el doctor Rafael Francisco Vera orientada a obtener la revocatoria del auto que ordenó correr traslado para alegar de conclusión; decisión que fue debidamente notificada a los sujetos procesales (ff. 2241-2289).

Como última actuación antes del fallo, fueron incorporados al expediente los certificados de antecedentes disciplinarios de los investigados.

Es del caso a continuación, establecer lo relacionado con las pruebas que se aportaron, decretaron y practicaron durante la etapa de descargos.

Como se indicó, luego de emitido el pliego de cargos el 19 de septiembre de 2019 y hasta que se decidió sobre las pruebas presentadas durante la etapa de descargos, se advierte lo siguiente:

Interviniente	Prueba aportada o solicitada	Decretada en auto de pruebas de descargo de 7 de diciembre de 2018	Diligencias para su práctica
Rosmell Hernández Bresneider, como apoderado de Paul Varelo (quejoso) – 3 de octubre de 2018 – Folios 1294-1316 y 1439-1462	- Sentencia de 24 de agosto de 2018, emitida por el Tribunal Administrativo de Atlántico, que confirmó la sentencia del Juzgado 12 Administrativo de Barranquilla que declaró la nulidad parcial del Acuerdo No. 199 de 2016 (ff. 1294-1316) - Sentencia 3 de mayo de 2018 – Consejo Estado – Sección Quinta, que confirma fallo de primera instancia, en el que se anularon unas Ordenanzas que crearon una tasa prodeporte con base en al Ley 181 de 1995.	Fueron reseñadas en el auto	
Elmer Rudas Menco – 3 de octubre de 2018 – Folios 1317-1345 y 1408-1418.	- Sentencia de 24 de agosto de 2018, emitida por el Tribunal Administrativo de Atlántico, que confirmó la sentencia del Juzgado 12 Administrativo de Barranquilla que declaró la nulidad parcial del Acuerdo No. 199 de 2016. - Audio entrevista a José Joao Herrera Iranzo, Alcalde Soledad, ante la emisora Atlántico el 26 de septiembre de 2018 (ff. 1317-1345) - Sentencia de 5 de octubre de 2018 del Tribunal Administrativo del Atlántico dentro del proceso 2016-00231 que confirmó la nulidad parcia del Acuerdo No. 199/2016.	Fueron reseñadas en el auto	
	Solicitadas - Documentales		

OP

2775



<p>Rafael Francisco Vera Romero (Apoderado de varios investigados) – 9 de octubre de 2018 – Folios 1349-1370</p>	<p>*Registraduría Nal. del Estado Civil – Resultados de las elecciones de 2015 al Concejo de Soledad.</p>	<p>Todas las aportadas se tuvieron como prueba y las</p>	<p>Registraduría Nal. del Estado Civil - Se libró el Oficio PPSM-MBSC-004389 de 27 de diciembre de 2018 (f. 1541).</p> <p>Se allegó la respuesta – ver folios 1709 a 1724.</p>
	<p>Emisora Atlántico – Copia de la grabación de la entrevista hecha al Alcalde de Soledad el 26 de septiembre de 2018.</p>		<p>Emisora Atlántico Se libró el Oficio PPSM-MBSC-004390 de 27 de diciembre de 2018 (f. 1541).</p> <p>Mediante comunicación adiada 3 de enero de 2019 el Gerente General de Olímpica – Organización radial se informó que las grabaciones del mes de septiembre de 2018, ya habían sido eliminadas (f. 1577).</p>
	<p>Alcaldía de Soledad – Hojas de vida de los abogados que el Alcalde de Soledad mencionó en entrevista dada a una emisora, que lo asesoraron y proyectaron los conceptos para sustentar la legalidad del Acuerdo 199/2016. -Copias de la exposición de motivos del proyecto de Acuerdo 199/2016</p>		<p>Alcaldía de Soledad: Se libraron los Oficios PPSM-MBSC-004394, PPSM-MBSC-004393 de 27 de diciembre de 2018 (ff. 1537-1538).</p> <p>Frente al <u>primer punto solicitado</u>, se solicitó por la Jefe de la Oficina Jurídica de la Alcaldía que se aclarara el requerimiento, como quiera que como se trataba de contratistas no se podía remitir prueba que acreditara la calidad de servidor público (f. 1725).</p> <p>Con el Oficio DOJ de enero de 2019, la Jefe de la Oficina Jurídica de la Alcaldía remitió respuesta al <u>segundo punto</u> (f. 1734-1737).</p>
<p>Concejo de Soledad: El presupuesto de la Corporación para el año 2016 y la ejecución presupuestal a efectos de demostrar que la operación no contaba con asesores jurídicos especialistas en el tema.</p>	<p>Concejo de Soledad: Se libraron los Oficios PPSM-MBSC-004396, PPSM-MBSC-004395 de 27 de diciembre de 2018 (ff. 1535-1536).</p> <p>A estos requerimientos se les dio respuesta conforme con la documental que obra a folios 1582-1613).</p>		

22

2776



	<p>Consejo de Estado para que remitiera unas providencias.</p>		<p>Consejo de Estado: Se libró el Oficio PPSM-MBSC-004200 de 10 de diciembre de 2018 (ff. 1526-1527).</p> <p>Fue respondido con Oficio No. 129 de 23 de enero de 2019 (ff. 1750-2021).</p>
	<p>Juz. 12 Administrativo de Barranquilla- Copia del expediente radicado 2016-00234 – accionante Vanessa Antequera Padilla.</p>		<p>Juz. 12 Administrativo de Barranquilla: No hay prueba del requerimiento librado.</p>
	<p>Testimoniales:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Declaración del señor Paul Varelo - Declaración de José Joao Herrera – Alcalde de Soledad. - Declaración de los abogados de la Alcaldía de Soledad que asesoraron y proyectaron concepto jurídico para sustentar el proyecto de Acuerdo 199/2016. 		<p>Testimoniales</p> <p>Se libraron las citaciones para el día 11 de enero de 2019 a los señores Paul Varelo y José Joao Herrera, por medio de los Oficios PPSM-MBCS-004431 y PPSM-MBCS-004432 de 26 de diciembre de 2019 (ff. 1562-1563).</p>
	<p>-Aportadas</p> <ul style="list-style-type: none"> * Copia de los resultados de las elecciones al Concejo de Soledad año 2015, por el partido Liberal Colombiano, para demostrar que el hijo del quejoso había ocupado el tercer lugar de votación en la lista, esto es, después de los actuales Concejales Robin Castro y Ruby Puente. * Copia de los resultados de las elecciones al Concejo de Soledad año 2015, por el partido Conservador Colombiano, en la que se encuentra la accionante del medio de control promovido ante el Juz. 12 Administrativo de Barranquilla, que anuló parcialmente el Acuerdo 19/2016, quien ocupó el sexto puesto en la lista, después de los actuales Concejales Ricardo Arcón Hereira, Astrid Barraza y Felix Donado. * Copia de registro civil de Jerónimo David Varelo, para probar el parentesco con el quejoso. 		
<p>Gladys Arraut Varelo (investigada) – 10 de octubre de</p>	<p>*Concejo de Soledad</p> <ul style="list-style-type: none"> -Hoja de vida de Gladys Arraut Varelo -Certificado sobre si la Corporación contaba con presupuesto para contratación de asesoría jurídica especializada. 	<p>Todas las pruebas solicitadas fueron decretadas</p>	<p>Concejo Municipal: Se libraron los Oficios PPSM-MBSC-004396 y PPSM-MBSC-004392 de 27 de diciembre de 2018 (ff. 1535-1536, 1539).</p>

CA



<p>2018 – Folios 1371-1389.</p>	<p>*Alcaldía de Soledad -Exposición de motivos que acompañó el proyecto de Acuerdo 199 de 2016 y el oficio por medio del cual se remitió este al Concejo. -Trámite dado al proyecto de acuerdo para la creación del Fondo del Fomento antes de ser remitido al Concejo.</p>		<p>Alcaldía de Soledad: Se libraron los Oficios PPSM-MBSC-004391 de 27 de diciembre de 2018 (f. 1541).</p> <p>Con el Oficio DOJ de enero de 2019, el Jefe de la Oficina Jurídica de la Alcaldía remitió el documento atinente a exposición de motivos, el cual igualmente, era nominado como proyecto de acuerdo (f. 1734-1737).</p> <p>En cuanto al segundo punto se indicó por la Jefe de la Oficina Jurídica de la Alcaldía mediante Oficio 208 de enero de 2019, que a pesar de la búsqueda no se encontraron los antecedentes requeridos (f.1749).</p>
	<p>*Corte Constitucional para que remitiera informe sobre evolución jurisprudencial en materia de facultades impositivas y autonomía tributaria de los Concejos Municipales.</p>		<p>Corte Constitucional: Se libró el Oficio PPSM-MBSC-004201 de 10 de diciembre de 2018 (ff. 1528).</p> <p>Mediante Oficio No. 10 de 28 de enero de 2019, las relatoras de Tutela y de Constitucionalidad de la Corte Constitucional informaron que no se ha desarrollado un trabajo bajo ese tema, pero que sí tenían sentencias relación con el mismo, las cuales enlistaron y podían ser consultadas en la página web de la Corporación (f. 1576 y vto).</p>
<p>Hugo Armando Bermúdez Caviedes – 10 de octubre de 2018</p>	<p>*Concejo de Soledad para que certifique desde cuándo funge como Concejal cada uno de sus actuales miembros.</p>	<p>Todas las pruebas solicitadas fueron decretadas</p>	<p>*Concejo de Soledad Se libraron los Oficios PPSM-MBSC-004396 de 27 de diciembre de 2018.</p> <p>La Secretaria General del Concejo con oficio No. 006-2019 de 3 de enero de 2019, remitió 19 certificaciones que indicaban los periodos por los cuales los actuales concejales han fungido como tal (ff. 1669 y 1683-1701).</p>

Reseñado lo anterior, considera el despacho que es menester referirse a las solicitudes de nulidad que invocaron los sujetos procesales junto con los recursos de apelación contra el fallo de primera instancia. Una primera parte, estará referida a las nulidades que se proponen contra actuaciones anteriores al fallo y una segunda, a las que específicamente se dirigen al fallo.

2778



Nulidades frente actuaciones adelantadas antes del fallo.

En primer lugar, se tiene que conforme lo señalado por el artículo 146 de la Ley 734 de 2002, *“La solicitud de nulidad podrá formularse antes de proferirse el fallo definitivo, y deberá indicar en forma concreta la causal o causales respectivas y expresar los fundamentos de hecho y de derecho que la sustenten”*.

Formuladas por el doctor Hugo Armando Bermúdez Caviedes.

En ejercicio de ese derecho, el referido abogado formuló en el recurso de apelación contra el fallo, varias presuntas irregularidades constitutivas de nulidad, una primera, por cuanto considera que se le permitió participar a los quejosos más allá de lo establecido por el parágrafo del artículo 90 de la Ley 734 de 2002, como quiera que aportaron pruebas durante la etapa de alegaciones.

El despacho advierte que no es cierto lo sostenido por el apoderado, en consideración de lo siguiente:

La etapa de alegatos de conclusión estuvo comprendida entre los días 11 de abril y 2 de mayo de 2019, teniendo en cuenta que el auto por el cual se ordenó el traslado se notificó por estado el 10 de abril de 2019 (f. 2080).

Si bien es cierto que el 3 de abril de 2019, el señor Paul Varelo intervino por medio del abogado Estaban José Mosquera Escamilla con el escrito visible en los folios 2067 a 2075, afirmando en el mismo que presentaba sus alegatos de conclusión, también lo es que al mismo no adjuntó documento alguno para aportarlo como prueba, como tampoco fueron tenidos en cuenta por el *a quo*, por lo que dicha afirmación debe ser desestimada.

Ahora, si bien los documentos que alude el apoderado como aportados por los quejosos, estos son, una sentencia emitida por el Tribunal Administrativo del Atlántico y un audio de entrevista realizada al Alcalde de Soledad por una emisora local, fueron suministrados al proceso por dichos intervinientes, ello fue el 3 de octubre de 2018, según lo visto en los folios 1294 a 1344, fecha para la cual, aun no se había decidido lo pertinente sobre las pruebas de la etapa de descargos, pues la providencia en ese sentido fue proferida el 7 de diciembre de 2018 y en la misma, fueron reseñados esos documentos como aportados por los quejosos¹⁵, facultad que le otorga el parágrafo único del artículo 90 de la Ley 734 de 2002 y contra ello, los disciplinados no formularon reparo alguno en su momento.

Vale poner de presente además, que tales documentales fueron pedidas como pruebas por el doctor Rafael Francisco Vera Romero, apoderado de 13 de los 19 Concejales disciplinados, señores Ricardo Arcón, Astrid Barraza, Robinson

CA

¹⁵ Ver vuelto del folio de la página 1472.

2779



Buevas, Julio Cabrera, Robin Fallace, Enrique del Castillo, Feliz Donado, Daniel Florian, Alejandra Hernández, Ruby Puente, Johnny Pulgar, Monte Wuiliano Valbuena y Jorge Mejía.

Así pues, no es plausible ahora, que se pretendan hacer ver como elementos extraños al proceso y que por ello, debieron ser objeto del procedimiento que consagra el artículo 135 de la Ley 734 de 2002, como lo afirma el doctor Bermúdez. Lo mismo, es predicable frente al traslado que se exige de las documentales que aportaron los quejosos, pues en todo momento estuvieron a la vista de los investigados y las allegadas después de interpuesta la queja, concretamente para el periodo de descargos, se les informó de su incorporación en el expediente con el auto que decidió sobre las pruebas de esa etapa.

El segundo argumento sustentado por este apoderado como nulidad, se soporta en la omisión de pronunciamiento frente a una solicitud de nulidad propuesta en la etapa de descargos.

Al respecto, el despacho al revisar la actuación surtida una vez fue dictado el pliego de cargos, encontró que durante la etapa de descargos que consagra el artículo 168 de la Ley 734 de 2002, en efecto, el doctor Hugo Armando Bermúdez Caviedes en calidad de apoderado de los Concejales Ruber Cartagena, Adriana Molinares, Juan Carlos Orozco, Rodrigo Martínez y Álvaro Enrique Martínez presentó escrito en "respuesta al PLIEGO DE CARGOS" el 10 de octubre de 2018 (ff. 1390-1400).

No obstante, una vez leído el memorial aludido, no se advierte como lo sostiene el togado, que a través del mismo haya formulado solicitud de nulidad, pues los argumentos que expuso, los cuales se concretaron en tres puntos, (i) Extralimitación de funciones, (ii) Ausencia de valoración probatoria y (iii) Inexistencia del cargo endilgado, estaban dirigidos a lograr el archivo del caso, más con correspondió a una solicitud de nulidad con las formalidades y requisitos exigidos en los artículos 143 a 146 del CDU; por consiguiente, al no ser cierto que en etapa de descargo formuló solicitud de nulidad, el despacho debe desestimar este argumento.

Formulada por el doctor Mauricio Rafael Tellez Rosado

Sostiene el abogado que la Procuradora Provincial de Barranquilla actuó sin tener competencia, como quiera que siguió decretando y recaudando pruebas, pese a que mediante la Resolución No. 719 de 27 de octubre de 2016, la Procuradora General de la Nación reasignó este asunto a la Provincial de Santa Marta, acto que fue comunicado mediante Oficio de 9 de noviembre del mismo año.

En punto a esta presunta irregularidad, precisa el despacho que la misma deber rechazada de plano como causal de nulidad, como quiera que a la luz de lo



previsto por el artículo 143 de la Ley 734 de 2002, se viciarla la actuación por falta de competencia cuando se predique de quien profiera el fallo.

Sobre el particular, cabe traer a colación apartes del pronunciamiento que la Corte Constitucional hizo en su momento sobre la misma causal regulada por la ley de procedimiento contenida en la Ley 200 de 1995; en esa oportunidad mediante la sentencia C-181 de 2002 declaró la constitucionalidad del artículo 131, bajo los siguientes argumentos:

“En relación con la constitucionalidad de la norma acusada, esta Corporación coincide plenamente con los argumentos formulados por la Vista Fiscal según los cuales se “encuentra razonable y proporcionada esta determinación, toda vez que la actuación y competencia de la Procuraduría General de la Nación no puede ser confundida con la de los jueces de la República, en donde los conceptos de jurisdicción y competencia demarcan el derrotero de la actuación de éstos. La función disciplinaria de la Procuraduría es una y, en ese orden, pese a que el legislador distribuyó la actuación disciplinaria en cabeza de distintos funcionarios que componen o integran la Procuraduría, no existe razón para que se decrete la nulidad de aquellas actuaciones surtidas por funcionario distinto a aquel que debe fallar”.

En efecto, de conformidad con la estructura jerárquica sobre la cual se levanta el control disciplinario de los servidores públicos es posible señalar que la etapa de instrucción de una falta disciplinaria no determina el resultado de las diligencias ni afecta las garantías implícitas del debido proceso del investigado. En primer lugar, porque si el marco de referencia es el control disciplinario externo que ejerce la Procuraduría General de la Nación, es claro que en virtud de la potestad de delegación que ostenta el Procurador General éste podría asignar la instrucción del proceso a cualquiera de sus agentes. La competencia disciplinaria de la Procuraduría, tal como se adelantó, es general y, por tanto, sólo la incompetencia para fallar el proceso, es decir, para imponer la sanción, podría derivar en la nulidad del proceso disciplinario”.

Así las cosas, al apoyarse la nulidad propuesta en la falta de competencia de la Procuradora Provincial de Barranquilla porque siguió adelantando diligencias luego haberse reasignado la misma a otro funcionario de este ente de control, debe ser descartada la supuesta irregularidad, debido a que el vicio se genera cuando quien dicta el fallo en el proceso disciplinario no es el habilitado por la ley procesal.

Formuladas por la doctora Paola Andrea Oñoro y Rafael Francisco Vera

Estos togados invocan dos solicitudes de nulidad sustentadas en presuntas actuaciones irregulares dado en etapas anteriores al fallo; una primera, está referida a que de las documentales que se recaudaron en la visita practicada por el Procuradora Provincial de Barranquilla el día 6 de diciembre de 2016, no se les corrió traslado; de igual forma, señaló que frente a la sentencia aportada por el quejoso debía aplicársele el trámite previsto por el artículo 259 de la Ley 600 de 2000.

Sobre el particular, advierte precisa el despacho que la visita especial, es contemplada como un medio de prueba según lo que prevé el artículo 130 de la Ley 734 de 2002; el mismo se practicará *“de acuerdo con las reglas previstas en*

CP
38

2781



la Ley 600 de 2000, en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario”.

Esta restricción que impone la Ley 734 de 2002, haya su estribo, en la naturaleza misma del proceso disciplinario que regula, que es administrativa y que por ello, impide la aplicación íntegra de las reglas que se hayan estructuradas para el juicio penal, entre esas, el traslado que reclaman estos apoderados, el cual, si se tiene en cuenta lo previsto por el artículo 138 ídem, no es obligado, ya que esa disposición le permite al disciplinado “...controvertir las pruebas a partir del momento en que tengan acceso a la actuación disciplinaria...”.

Ahora bien, la Procuraduría Provincial de Barranquilla ordenó la prueba en mención en el auto que abrió la investigación disciplinaria y una vez determinó la respectiva fecha para su realización, esta le fue comunicada a cada uno de los disciplinados, pero no asistieron, según lo que se dejó expuesto en el acta contentiva de la visita (ff. 358-376).

De manera que, una vez practicada la aludida diligencia, en concordancia con lo previsto por el artículo 138 del CDU, los disciplinados tenían desde ese momento la posibilidad de controvertir las documentales obtenidas en la misma, por lo que no es admisible que ahora sostengan con base en la omisión que a su juicio se dio, una violación al derecho de defensa.

La misma suerte correrá el argumento sustentado para esgrimir la nulidad sobre la omisión de la exigencia que establece el artículo 259 del CPP; esto, como quiera que además de las disposiciones que señala el Código Procedimiento Penal para la práctica de pruebas, la Ley 734 de 2002 establece en su artículo 21 que en lo no previsto por ella, “se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario”.

Atendiendo a la integración normativa y la remisión que permite el CDU, y como quiera que el Código de Procedimiento Penal no contempla las definiciones de documento, se considera viable acudir a la ley que actualmente regula el procedimiento general o Ley 1564 de 2012, cuyo artículo 243 indica que es documento público aquel que es “...otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención.”, carácter que ostenta la sentencia aportada por el quejoso y a la cual se refieren los abogados Oñoro y Vera en su escrito.

Así mismo, por tener ese carácter, aun cuando sea aportado en copia a un proceso se presume auténtico de conformidad con lo previsto por el artículo 244 del Código General del Proceso, “...mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso”.



En este caso, como quiera que el documento aportado en copia simple por el quejoso el 22 de mayo de 2017, se trataba de una sentencia (emitida por el Juzgado 12 Administrativo de Barranquilla), no era necesario para tener garantía de su autenticidad, que el despacho agotara el trámite que refieren los apoderados, en tanto que aquel se presume auténtico y si así no lo consideraban, bien podían tacharlo en ejercicio del derecho de contradicción una vez lo conocieron, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 138 de CDU, pero en ese sentido no se manifestaron, por lo que no es plausible ahora alegar una vulneración al derecho defensa.

Otra situación irregular que se alude por los togados en mención, está referida a la etapa de alegatos de conclusión, en concreto, que la misma no podía disponerse, porque aún habían pruebas por practicar. Las pruebas que según ellos no se recaudaron eran (i) La declaración del Alcalde de Soledad, señor José Joao Herrera, (ii) Oficiar a la Alcaldía de Soledad para identificar los abogados especializados en materia tributaria contratados por el Municipio que dieron concepto favorable para la presentación del proyecto de Acuerdo que crearía el Fondo del Deporte y (iii) La declaración de dichas personas.

Al respecto, el despacho al revisar las actuaciones agotadas en la primera instancia, se encuentra que dichas pruebas fueron solicitadas por el doctor Rafael Francisco Vera Romeros y que para lograr se recaudo, se libró por un lado, la comunicación al señor Jose Joao Herrera¹⁶ para que compareciera a la Provincial de Santa Marta el día 11 de enero de 2019 y por otro, oficio a la Alcaldía de Soledad para obtener la información de los asesores de ese municipalidad¹⁷.

Frente a la declaración jurada del señor José Joao Herrera, se advierte que no compareció y por solicitud del abogado que la solicitó se le fijó nueva fecha para el 26 de febrero de 2018, pero finalmente, no se obtuvo y luego de ello, no se insistió por el interesado en su práctica, al punto que contra el auto que ordenó dar traslado para alegar de conclusión no presentó recurso alguno; de modo que, no es plausible que ahora pretenda enervar esa situación para sustentar la nulidad.

En cuanto a la información relacionada con los asesores que dieron concepto favorable a la presentación del proyecto acuerdo de creación del Fondo de Fomento del Deporte, encontró el despacho que a la Alcaldía de Soledad le fue librado el requerimiento para obtenerla, pero en respuesta a la misma la Jefe de la Oficina Jurídica indicó que era necesario aclarar la petición, por cuanto no era posible acreditar la calidad de servidor público de esas personas, dado que su vínculo con la administración era por medio de contratos de prestación de servicios (f. 1725). Por lo tanto, al no suministrarse la información no fue posible citarlos.

COA.

¹⁶ Con oficio PPSM-MBCS-004432 de 26 de diciembre de 2019, folio 1563.

¹⁷ Con oficio PPSM-MBSC-004394 de 27 de diciembre de 2018, folio 1537.

2783



para que rindieran declaración jurada, frente a lo cual nuevamente, el sujeto procesal interesado guardó total silencio.

En este orden, no es cierto, como lo manifiestan los abogados que el despacho de la primera instancia "...no realizó ninguna gestión tendiente a materializar la prácticas de las pruebas antes indicadas", pues eso no es lo que demuestre el expediente, por el contrario, quien la solicitó no insistió en su recaudo.

Formuladas por el doctor Gaspar Emilio Hernández Caamaño.

Este apoderado igualmente, refiere varias presuntas irregularidades acaecidas antes de proferirse el fallo. Por un lado, considera que en el fallo de primera instancia, varios de los argumentos planteados en los alegatos no fueron analizados; que dejaron nulidades propuestas sin resolver, no se probó el dolo y se permitió que el quejoso interviniera en el proceso como un sujeto procesal.

De las alegaciones anteriores, el despacho considera que la primera de ellas, así como referida a la prueba del dolo, son argumentos de fondo que serán analizados más adelante y a continuación, nos centraremos en determinar si efectivamente, las otras irregularidades acaecieron.

En punto al hecho que nulidades planteadas en los alegatos no fueron resueltas antes de dictarse el fallo, encuentra el despacho que luego de emitirse el auto que ordenó el traslado para alegar de conclusión, solo una intervención de las realizadas en esa etapa solicitó de manera expresa la anulación de todo lo actuado desde el auto de cargos; esta fue la invocada por la doctora Paola Andrea Oñoro González, la cual se sustentaba en la imprecisión del pliego de cargos, siendo estudiada por la primera instancia, pero negada por medio del auto de 14 de mayo de 2019 (ff. 2146-2151).

Ahora, también se encuentra en los alegatos presentados por el doctor Hugo Armando Bermúdez Caviedes un acápite desarrollado en dicho documento denominado "*Cuestión Preliminar*", en el cual refiere los reparos que formula contra el pliego de cargos; sin embargo, termina solicitando con su escrito solamente la absolución de sus poderdantes (ff. 2081-2084).

Así las cosas, ante lo evidenciado por el expediente, no es cierto que se haya obviado la resolución de alguna solicitud de nulidad propuesta durante la etapa de alegatos de conclusión.

Por otro lado, también afirma el apoderado Hernández Caamaño, que el quejoso pese a las restricciones que impone la ley del procedimiento disciplinario a su intervención en el mismo, prácticamente se le instituyó como un sujeto procesal, pues a los mismos se les admitieron los escritos que como alegatos de conclusión presentaron en dicha etapa, al punto que fueron reseñados en el fallo.

al.



Al respecto, de conformidad con lo previsto por el parágrafo del artículo 90 de la Ley 734 de 2002, *“La intervención del quejoso se limita únicamente a presentar y ampliar la queja bajo la gravedad del juramento, a aportar las pruebas que tenga en su poder y a recurrir la decisión de archivo y el fallo absolutorio. Para estos efectos podrá conocer el expediente en la secretaría del despacho que profirió la decisión”*.

Ahora bien, fueron varias las intervenciones que los quejosos hicieron a lo largo del proceso, las cuales fueron reseñadas en precedentes apartados, incluso en la etapa de alegaciones, como lo sostienen el recurrente; pero valga aclarar que si bien fueron referidos en el fallo, de ellos solo se hizo mención que fueron presentados e inclusive, el despacho de la primera instancia hizo la siguiente salvedad: *“Pese a que el parágrafo del artículo 90 de la Ley 734 de 2002, dispone que ‘la intervención del quejoso se limita únicamente a presentar y ampliar la queja bajo la gravedad de juramento, a aportar las pruebas que tenga en su poder y a recurrir la decisión de archivo y el fallo absolutorio...’, el Despacho se permite hacer alusión a lo reseñado en el escrito presentado or el quejoso, sin que ellos implique hacer un pronunciamiento de fondo en razón a las consideraciones allí expuestas”* (f. 2371). En consecuencia, no fueron valorados en el fallo de primera instancia.

De manera que, las restricciones que consagra el mentado parágrafo fue observado por la primera instancia; de hecho, mediante Oficio adiado 17 de octubre de 2018, el Procurador Provincial de Santa Marta le indicó cuáles eran las intervenciones permitidas en la actuación con base en los artículos 89 y 90 del CDU (ff. 1426 y 1427).

Así mismo, en el auto que decidió sobre las pruebas de descargos de 7 de diciembre de 2018, ante la solicitud de uno de los apoderados, se manifestó que *“...por parte de este Despacho se han efectuado todas las actuaciones procesales de conformidad con lo dispone (sic) el Código Disciplinario Único en el desarrollo del presente proceso disciplinario, sin embargo, se procederá a conminar no solamente a los quejosos, recordándoles que su actuación se encuentra limitada según el parágrafo del artículo 90 del CDU., sino también a los funcionarios que se desempeñan en la Secretaría de la Dependencia a fin de que se apeguen al cumplimiento de lo dispuesto en las normas procesales que rigen la materia”* y en consecuencia, ordenó en el artículo quinto del resuelve: *“CONMINAR a los señores PAUL VARELO BARRIOS y ELMER RUDAS MENCO quienes obran como quejosos a que limiten su actuación dentro de las presentes diligencias a lo previsto en el parágrafo del artículo 90...”* (ff. 1477 y 1481).

Vistas así las cosas, no es admisible el argumento evaluado para que prospere la nulidad propuesta, si se tiene en cuenta que el Despacho de la primera instancia, en todo momento hizo las observaciones respectivas, para que las actuaciones de los quejosos se apegaran a las reglas de este procedimiento.

Del.



Nulidades propuestas contra el fallo.

Advierte el despacho que las supuestas irregularidades que se enfilan contra el fallo para solicitar su nulidad, se fincan en la presunta incongruencia entre el fallo y el pliego de cargos; sin embargo, al revisar las razones que se aluden por los togados están referidas a las razones que atacan directamente el fondo del asunto, por lo que las mismas se tomarán como argumentos de esa naturaleza y se estudiarán en las consideraciones del este fallo.

OTRAS SOLICITUDES.-

i. Recurso de queja.-

El investigado Robin Basilio Castro Fallace, a través de escrito que radicó en esta dependencia el pasado 30 de agosto de 2018 formuló recurso de queja contra la decisión de rechazo de la ampliación del recurso de apelación que tomó la Procuraduría Provincial por medio de auto adiado 15 de agosto de 2019, como quiera que la misma fue presentada cuando ya estaba vencido el término para interponer el recurso de apelación.

Sobre el recurso de queja se pone de presente, que de conformidad con lo previsto por el artículo 117 de la Ley 734 de 2002, *“procede contra la decisión que rechaza el recurso de apelación”*.

Ahora bien, la decisión de rechazo censurada no recayó propiamente sobre el recurso de apelación, sino sobre su ampliación, pues el formulado por el apoderado del investigado en mención, fue presentado el 30 de julio de 2019 y el mismo, por su oportunidad fue concedido por medio del auto adiado 15 de agosto de 2019 (ff. 2607-2608); de manera que, en concordancia con lo previsto por el artículo 117 del CDU ya citado, la queja formulada por el señor Castro Fallace, resulta improcedente.

ii. Solicitud de pruebas.-

Mediante memorial radicado el 27 de agosto de 2019, el señor Rodrigo Edinson Martínez Rodríguez, en calidad de disciplinado pidió a esta dependencia el decreto de unas pruebas para efecto de demostrar la inexistencia del dolo en la falta que le fue endilgada; esto como quiera, que el fallo de primera instancia en su sentir fue objetivo al solo basarse en las pruebas obtenidas en este proceso.

Las pruebas solicitadas son las siguientes:

1. *“Se practique visita en las instalaciones de la Alcaldía Municipal de Soledad Atlántico, a fin de verificar, si en ejercicio de las facultades otorgadas al Alcalde Municipal, señor JOSE JOAO HERRRA IRANZO por la ley 19 de 1991, se reglamento o se fijo (sic) dentro del presupuesto municipal las sumas o porcentajes para el funcionamiento del Fondo Del Fomento y Desarrollo del Deporte Municipal, durante los últimos años”.*



- | |
|--|
| 2. "Se sirva recepcionar al señor Alcalde de Soledad José Joao Herrera Iranzo, declaración juramentada, con la finalidad de aclarar al despacho, porque (sic) presento (sic) tal proyecto de creación del Fondo si la ley 19 de 1991 le otorga facultades expresas para el desarrollo del mismo. |
| 3. "Se sirva recepcionar declaración juramentada al secretario de Hacienda del Municipio de Soledad o a quien haga sus veces, para que explique de manera precisa los motivos por los cuales (sic), no se incluyo (sic) la suma o porcentaje dentro del presupuesto municipal para el funcionamiento del fondo". |
| 4. "Se practique visita al Concejo Municipal de Soledad, para que se verifique si, dentro del procedimiento o tramite (sic) de proyectos a estudiar y debatir, se revisan antecedentes históricos de los mismos y se le ponen de presente a los concejales antes de cada debate". |

Sobre la petición de pruebas invocadas en segunda instancia, el despacho considera que debe ser desestimada, por las siguientes razones:

- No es necesario determinar para establecer la verdad material del proceso, si el Alcalde Municipal de Soledad, señor José Joao Herrera Iranzo reglamentó o fijó dentro del presupuesto municipal las sumas para el funcionamiento del fondo de Fomento y Desarrollo del Deporte, dado que, pierde de vista el peticionario, que la fijación del presupuesto estar precedida según lo que señala el numeral 5 del artículo 313 de la Constitución Política, de la expedición del mismo por parte del Concejo; por lo que antes de determinar, si lo hizo o no, obligadamente, también habría que definir si el Concejo así lo dispuso por medio del respectivo acuerdo municipal.

- En torno a la declaración juramentada que se solicita del Alcalde José Joao Herrera, no resulta pertinente, pues las razones que llegare a aducir en este momento, no tendrían la virtud de cambiar los motivos que expuso en su momento ese funcionario para fundamentar el proyecto de acuerdo que estaba dirigido a la creación del Fondo de Fomento de Deporte, a partir de lo previsto por la Ley 19 de 1991 y a establecer los recursos que se necesitaban para su financiamiento.

- De igual manera, inútil resulta la declaración juramentada que se pide del Secretario de Hacienda del Municipio de Soledad, pues en primer lugar, el objeto de la prueba es confuso, al no determinar frente a qué periodos se debía obtener la información relacionada con la no inclusión de la suma en el presupuesto para el financiamiento del aludido Fondo.

Adicionalmente, la omisión que se pretende poner en evidencia sería atribuible al Alcalde Municipal, pues a este la Ley 19 de 1991, fue a quien le impuso fijar "...la suma o porcentaje dentro del presupuesto para el funcionamiento del Fondo, de que trata el artículo primero", según el artículo 2 ibídem; evento que para este caso, no tendría cabida probar, pues de lo que se trata, es establecer en esta actuación disciplinaria, si les cabe alguna responsabilidad a los Concejales por la expedición del Acuerdo No. 199 de 2016.

- Por último, la visita al Concejo de Soledad resulta innecesaria para establecer lo que pretende el investigado, dado que conforme está regulado el trámite de

[Handwritten signature]

2778



aprobación de proyectos de acuerdo por el capítulo V de la Ley 136 de 1994, el agotamiento de debates involucra *per se* estudios de esa naturaleza para verificar la procedencia de la iniciativa presentada por el Alcalde en este caso.

iii. Solicitud de revocatoria del fallo.

Por último, mediante los escritos radicados los días 27 de septiembre y 11 de octubre de 2019, los apoderados de los Concejales investigados solicitaron la revocatoria del fallo de primera instancia, como quiera que conforme con la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica, la Constitución Política y el precedente jurisprudencial existente, la Procuradora Provincial de Santa Marta carecía de competencia para sancionar con destitución a servidores que como ellos, fueron elegidos por voto popular.

En punto a lo anterior, precisa en primer lugar el despacho que, que tal solicitud constituye un argumento de defensa que está siendo presentado de manera extemporánea, como quiera que para ese efecto, debió esgrimirse dentro de la oportunidad debida, esta es, dentro del término para apelar el fallo.

No obstante, si en gracia de discusión se admitiera el estudio de tal solicitud, la respuesta a la misma sería negativa, teniendo en cuenta, lo que en reciente oportunidad decidió la Corte Constitucional sobre la competencia de la Procuraduría General de la Nación para imponer la sanción de destitución en servidores que han sido elegidos por voto popular.

Al respecto, encuentra el despacho que en sentencia C-269 de 2019, el alto Tribunal al considerar como exequible la expresión “elección” contenida en el literal a. del numeral primero del artículo 45 de la Ley 734 de 2002, y en el literal a. del numeral primero del artículo 49 de la Ley 1952 de 2019, tuvo como razones las siguientes:

“ ..
La Corte Constitucional considera que la expresión “elección” es exequible. Esta Corporación tiene una consolidada línea jurisprudencial en punto a la validez constitucional de la competencia de la PGN de sancionar a los funcionarios públicos de elección popular que son aplicables a la terminación de la relación del servidor público de “elección” como una consecuencia de la destitución e inhabilidad que puede dicha autoridad puede imponer.

25. Al respecto la Corte ha sostenido que la norma acusada no desconoce el artículo 93 de la Constitución, ni el artículo 23 de la CADH por las siguientes tres razones: (i) el artículo 23 de la CADH debe interpretarse de manera coherente y sistemática con (a) la Constitución, (b) toda la Convención y (c) otros tratados internacionales^[23]; (ii) la restricción del ejercicio de derechos políticos que provenga de una autoridad distinta a un juez penal, es válida siempre y cuando se respeten las garantías del debido proceso; (iii) la PGN ofrece suficientes garantías para cumplir con la finalidad de proteger los derechos y libertades de los funcionarios públicos elegidos popularmente porque (a) es una autoridad independiente e imparcial, (b) su proceso de imposición de sanciones asegura las garantías judiciales establecidas en la CADH y (c) sus actos son judicialmente controlables de una manera efectiva. Por lo tanto (iv) no se justifica que la Corte Constitucional cambie su precedente.

...”

Así las cosas, ante la reiterada posición de la Corte Constitucional sobre la competencia de la PGN para disponer a través de los procesos disciplinarios una sanción de



destitución a servidores que han sido elegidos popularmente, debe desestimar el despacho la solicitud de revocatoria de la decisión de primera instancia.

De modo que, no habiendo nulidades que resolver, el despacho previas las siguientes consideraciones, procede a resolver de fondo este asunto.

CONSIDERACIONES DE FONDO

Lo primero que se debe señalar es que la Procuraduría Regional del Magdalena es competente para conocer de los recursos de apelación presentados por los apoderados de los investigados, de conformidad con señalado por el numeral 3, artículo 75 del Decreto 262 de 2000; así mismo, el trámite seguido en este radicado se ajustó en cuanto a su forma y términos a los lineamientos previstos en los artículos 150 y siguientes de la Ley 734 de 2002. Respecto al tema de competencia, así como a las garantías de los derechos al debido proceso y defensa, no se advierte ninguna anomalía, pues los disciplinados estuvieron en la posibilidad de actuar en todas las fases procesales, solicitaron pruebas e intervinieron, lo cual evidentemente realizaron, al presentar sus descargos, alegatos de conclusión y los recursos contra el fallo de primera instancia.

POSICIÓN DEL DESPACHO SOBRE LOS HECHOS INVESTIGADOS

Frente al cargo único elevado en contra de Ruber Cartagena Llanos, Adriana Marcela Molinares Cabrera, Juan Carlos Orozco Llerena, Rodrigo Martínez Cabrera, Álvaro Enrique Martínez González, Gladys Magdalena Arraut Varelo, Astrid de los Milagros Barraza Mora, Ricardo Arcón Herrera, Robín José Buelvas Vergara, Julio César Cabrera Rodríguez, Feliz Alberto Donado Escorcía, Daniel Iván Florián Reales, Alexandra Patricia Hernández Navas, Ruby de Jesús Puente Garizabal, Jonny Eduardo Pulgar Severiche, Monte Wuiliano Valbuena Rojas, Jorge Humberto Mejía Iriarte, Enrique Horacio Del Castillo Jiménez y Robin Basilio Castro Fallece que dio origen el fallo sancionatorio contenido en la Resolución No. 4 de 22 de diciembre de 2016, se encuentra probado lo siguiente:

HECHOS PROBADOS	MEDIO DE PRUEBA
<p>1. Los señores investigados fueron elegidos Concejales para el Municipio de Soledad en el proceso electoral realizado el 25 de octubre de 2015, para el periodo constitucional comprendido entre 2016 y 2019.</p> <p>Para ese periodo, quienes por primera vez adquirieron esa investidura, eran: Jorge Mejía Iriarte, Gladys Magdalena Arraut Varelo, Alejandra Patricia Hernández Navas, Adriana Marcela Molinares Mancera, Ricardo Arcon Hereira, Juan Carlos Orozco Llerena, Daniel Iván Florian Reales, Julio César Cabrera Rodríguez, Robinson José Buelvas Vergara.</p> <p>Por su parte, los señores Johnny Eduardo Pulgar Severiche, Álvaro Martínez González, Ruby de Jesús Puente Garizabal, Monte Wuiliano Valbuena Rojas venían ejerciendo esa investidura desde el periodo 2012-2015.</p> <p>Finalmente, Felix Alberto Donado Escorcía (1992-a la fecha), Robin Basilio Castro Fallace (2004 a la fecha), Enrique Horacio del Castillo Jiménez (julio de 2009 a la fecha), Astric Barraza Mora (1992-1997, 2008 a la fecha), Rodrigo Martínez</p>	<p>Documentales:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Certificaciones expedidas por la Secretaría General del Concejo de Soledad (ff. 1683-1701). - Copia de los resultados del escrutinio electora - formularios E-16, remitidos por la Directora de Gestión Electora de la Registraduría Nacional del Estado Civil (ff. 1709-1724).



<p>Rodríguez (2004 a la fecha) y Ruber Cartagena Llanos (2008-2011, 2016 a la fecha), habían sido electos para periodos incluso anteriores al del 2012-2015.</p>	
<p>2. El Concejo Municipal por medio de Acuerdo No. 81 de 15 de julio de 2008, creó el Fondo Municipal de Fomento y Desarrollo del Deporte con fundamento en lo dispuesto en las Leyes 19 de 1991 y 181 de 1991 (sic) y en ejercicio de las atribuciones constitucionales y legales que les establecen los artículos 313 de la Constitución Política, el 32 de la Ley 136 de 1994 y el 92 del Decreto 1333 de 1986.</p> <p>Así mismo, previeron en el artículo tercero como financiación del fondo, dos recursos, específicamente uno que provenía del pago del 1.5% sobre el valor de los convenios y contratos que suscriba el Municipio de Soledad y los organismos descentraliza los, cuya cuantía sea igual o superior a 26 Salarios mínimos legales mensuales vigentes.</p> <p>Para su trámite en el Concejo, se presentó ponencia favorable ante la Comisión Segunda Permanente, en la cual fue aprobado por sus integrantes (Ruber Cartagena, Norberto Mesa, Elías Jure, Álvaro Acuña, Edwin Cervantes y Felix Donado) en sesión realizada el 27 de junio de 2008.</p> <p>El segundo debate se dio en sesión ordinaria llevada a cabo el 15 de julio de 2008, donde fue aprobado con algunas modificaciones por los 19 Concejales presentes, entre ellos, de los actuales miembros de esa Corporación, los señores Astrid Barraza Mora, Felix Donado, Ruber Cartagena, Rodrigo Martínez.</p>	<p>Documentales:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Copia del Acuerdo No. 81 de 15 de julio de 2008 (ff. 397-399). - Copia de informe de comisión, ponencia para primer debate, y de acta de sesión ordinaria de 15 de julio de 2008 (ff. 390-394).
<p>3. Para el año 2013, el Alcalde del Municipio de Soledad, en ese entonces, señor Franco Asís Castellanos Niebles, presentó ante el Concejo de Soledad "PROYECTO DE ACUERDO POR MEDIO DEL CUAL SE ADOPTA EL ESTATUTO TRIBUTARIO DE SOLEDAD Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES"; entre las consideraciones de la iniciativa se expuso la necesidad de suprimir "el gravamen contribución al deporte, en razón que estaba ilegalmente constituido en ese sentido, que en el marco legal del mismo señalaba a la ley 19 de 1991, la cual no creaba tributo alguno, sino que exhortaba a los Municipios a la creación del Fondo del Fomento al Deporte".</p> <p>La ponencia de dicho proyecto fue discutida por la comisión tercera permanente de Presupuesto y Hacienda Pública del Concejo de Soledad el 2 de diciembre de 2013, siendo aprobada por unanimidad por sus integrantes, entre ellos, los actuales Concejales Feliz Donado, Johnny Pulgar.</p> <p>La ponencia en segundo debate fue discutida en sesión ordinaria realizada el 6 de diciembre de 2013, en la cual participaron los 19 Concejales del Municipio de Soledad, estando entre ellos, de los actuales miembros de esa Corporación, los señores Monse Wuiliano Valbuena, Astrid Barraza, Robin Castro, Feliz Donado, Álvaro Martínez, Ruby Puente, Rodrigo Martínez, Johnny Pulgar y Enrique del Castillo.</p> <p>En la discusión 16 de los 19 Concejales dieron su voto positivo frente a dos de los bloques del articulado, según lo que se reseña en el acta de la sesión, siendo entonces aprobado como Acuerdo No. 168 de 2013.</p> <p>Al revisar el contenido del artículo 6 del Acuerdo antes mencionados, se advierte que dentro del listado que enuncia de tributos municipales vigentes, no se encuentra el destinado para el Fondo de Fomento del Deporte creado por medio del Acuerdo 81 de 2008, el cual estaba fijado como "Contribución para el Fomento y Desarrollo del Deporte" en el artículo 6 del Acuerdo No. 146 de 29 de noviembre de 2011, que adoptó el Estatuto Tributario.</p>	<p>Documental: Copia exposición de motivos proyecto de acuerdo de adopción de estatuto tributario de Soledad (ff. 23-26).</p> <p>Copia del Acta No. 19 de 2013 (ff. 424-425).</p> <p>Copia del Acta 176 de 2013 - Sesión ordinaria del Concejo de Soledad.</p> <p>Copia del Acuerdo 168 de 2013 (ff. 428-514).</p> <p>Copia del Acuerdo 146 de 2011 (ff. 224-225).</p>

(Handwritten signature)



<p>4. El 12 de febrero de 2016, el Alcalde de Soledad, señor José Joao Herrera remitió al Concejo Municipal "Proyecto de Acuerdo Municipal para la creación del Fondo Municipal del Fomento y Desarrollo del Deporte de Soledad"; en dicho documento quedó insertada la exposición de motivos, en la cual, entre otros argumentos se indicó el siguiente:</p> <p><i>"De otra parte, no debemos olvidar que el deporte es un producto comercial, que bien administrado por el fondo Cuenta, se convierte en un elemento fundamental para garantizar la autosostenibilidad del mismo, utilizando además los ingresos recaudados en desarrollo del mandato establecido en el artículo 52 de la Constitución Nacional y en las Leyes 91 de 1991, 181 de 1995 y 715 de 2001".</i></p>	<p>Documental:</p> <p>Copia de Oficio adiado 10 de febrero de 2016, por el cual se remitió al Concejo de Soledad el proyecto de Acuerdo para la creación del Fondo de Fomento del Deporte (ff. 1735-1737).</p>
<p>5. La ponencia del proyecto de acuerdo antes aludido, fue presentada por los Concejales Juan Carlos Orozco y Ricardo Arcón Hereira y sometida a primer debate en sesión conjunta de las Comisiones Segunda y Tercera Permanente del Concejo de Soledad realizada el 3 de marzo de 2016, la cual fue aprobada por unanimidad por sus integrantes, señores Ruber Cartagena, Ricardo Arcón, Daniel Florian, Alexandra Hernández, Robin Castro, Jorge Mejía (Comisión Segunda) y Adriana Molinares, Juan Carlos Orozco, Rodrigo Martínez, Astrid Barraza, Gladys Arraut, Johnny Pulgar y Robinson Buelvas (Comisión Tercera).</p> <p>Luego en sesión ordinaria llevada a cabo el 7 de marzo de 2016, con presencia de la totalidad de los Concejales de Soledad se desarrollaron entre puntos del orden del día, segundo debate de la ponencia del proyecto de acuerdo por medio del cual se crea el fondo municipal de fomento y desarrollo del deporte de soledad con ponencia de los Concejales Juan Carlos Orozco y Ricardo Arcón Hereira.</p> <p>Pese a ser sometida a consideración la ponencia y el articulado del mentado proyecto de acuerdo, no se hizo intervención por los Concejales frente al mismo, por lo que a continuación le preguntó a la plenaria si deseaban que se convirtiera en Acuerdo y finalmente, se aprobó.</p> <p>Agotado lo anterior, se erigió como Acuerdo No. 199 de 2016, el cual fue sancionado y publicado por el Alcalde de Soledad, quien dejó inscrito en ese documento que le enviaba copia al Gobernador del Departamento para su revisión de conformidad con lo previsto en el artículo 305 de la Constitución Política.</p>	<p>Documental:</p> <p>Copia del Acta sin número de 3 de marzo de 2016 (ff.381-383).</p> <p>Copia de Acta 51 de 7 de marzo de 2016 (ff. 379-380).</p> <p>Relación de proyectos de acuerdos radicados en el Concejo de Soledad durante el año 2016 (f. 1623)</p> <p>Copia del Acuerdo No. 199 de 2016 (ff. 384-386).</p> <p>Copia de certificado de publicación del Acuerdo 199 de 2016, suscrito por la Secretaría Privada de la Alcaldía de Soledad (f. 387).</p> <p>Copia de la constancia de sanción y publicación del Acuerdo No. 199 de 2016 (f. 388).</p>
<p>6. El Municipio de Soledad fue demandado a través de medio de control de simple nulidad, por la expedición del Acuerdo No. 199 de 7 de marzo de 2016, siendo conocido por el Juzgado 12 Administrativo de Santa Marta en proceso con radicado No. 08001-33-33-012-2016-00234-00.</p> <p>En dicho proceso fue emitida sentencia de primera instancia el 14 de mayo de 2017, que declaró la nulidad del inciso segundo y del parágrafo del artículo tercero del Acuerdo No. 199 de 7 de marzo de 2016, al considerar que "el Municipio de Soledad, a través de su concejo municipal, actuó or fuera del marco legal y con ello transgredió el marco de sus competencias, en la medida en que si bien estaba facultado para crear el Fondo de Desarrollo al Deporte, en virtud de la Ley 19 de 1991, no sucede lo mismo con la facultad que se atribuyó para de manera indirecta imponer un tributo a quienes suscriban contratos y convenio con el ente territorial y sus organismos descentralizado...".</p>	<p>Documental:</p> <p>Copia de la sentencia emitida por el Juzgado 12 Administrativo de Barranquilla el 14 de mayo de 2017, dentro de proceso No. 2016-00234 (ff. 780-791).</p>
<p>7. Según la hoja de vida remitida de la señora Gladys Arraut Varelo, quien fue elegida como Concejala para el periodo 2016-2019, esta obtuvo el título de Médico y Cirujano de la Universidad Libre de Barranquilla y Especialista en Gerencia de la Calidad y Auditoría en Salud según título expedido de la Universidad del Norte.</p>	<p>Documental: Copia de la hoja de vida de la Concejala Gladys Arraut Varelo, remitida por la Secretaria General del Concejo de Soledad (ff. 1669-1682).</p>



DECISIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN.-

Para efectos de desatar la alzada, debe el despacho traer a colación los siguientes elementos de juicio, así:

ELEMENTOS DE JUICIO DE ORDEN JURÍDICO - GENERALES.-

En punto a la responsabilidad en materia disciplinaria debe precisarse que se origina por el desarrollo de conductas que si bien no constituyen delito, sí perturbar el cabal y adecuado cumplimiento de las funciones asignadas a la persona y cuya sanción depende de la gravedad de la falta.

Su objetivo bajo un Estado Social de Derecho como el nuestro, a voces de la Corte Constitucional es dual, en tanto que "... (i) desde el punto de vista interno permite asegurar el cumplimiento de los deberes del cargo de los funcionarios públicos, mientras que (ii) desde el punto de vista externo busca garantizar el cumplimiento de los fines del Estado y de los principios de la función pública..."¹⁸.

A su vez, debe indicarse que actualmente el control disciplinario está regulado por la Ley 734 de 2002, el cual recae sobre los servidores públicos y a los particulares que cumplan funciones públicas o labores de interventoría en los contratos estatales.

Ahora bien, de acuerdo con la Ley 734 de 2002, el curso de un proceso disciplinario debe estar guiado por la observancia de los principios de legalidad, ilicitud sustancial, debido proceso, dignidad humana, presunción de inocencia, favorabilidad y culpabilidad, entre otros; respecto de este último vale la pena resaltar que conforme al artículo 13 ibídem, "*En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa*".

Respecto del principio de ilicitud sustancial, el artículo 5 del Código Disciplinario Único, "*La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna*"; ello implica según pronunciamiento del alto Tribunal Constitucional en sentencia C-948 de 2002, que "*Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuricidad de la conducta*" (subraya fuera de la fuente).

A su vez, el Consejo de Estado a partir de la anterior precisión de la Corte 

¹⁸ Ver sentencia C-721 de 2015.

2793



Constitucional, en otrora oportunidad¹⁹ también advirtió que “...no es suficiente que el servidor público falte a sus deberes funcionales para que exista la falta disciplinaria, en tanto es necesario que la actuación conlleve una verdadera afectación de la función pública encomendada al disciplinado, lo que significa que si la ilicitud no fue «sustancial» no es posible declarar la responsabilidad disciplinaria²⁰”; y a lo anterior añadió:

“Otro requisito que debe cumplirse para que exista antijuridicidad de la conducta, consiste en que la afectación del deber funcional debe originarse en una actuación que no sea justificable por parte del disciplinado, lo que implica que para refutarla es menester que este tenga una razón válida para haberla cometido, situación en la cual la autoridad disciplinaria debe revisar las causales de exclusión de responsabilidad consagradas en la Ley 734 de 2002”.

Sobre el principio en particular y lo que implica la proscripción de la responsabilidad objetiva, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de reiterar en la sentencia C-721 de 2015, que “...la restricción de sancionar la conducta por el sólo hecho de la ocurrencia del resultado y **exige, en cambio, verificar la finalidad dolosa o culposa en la ejecución de la acción que se investiga**[136]. Al respecto, esta Corte ha manifestado que “Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente, pues como ya se dijo, el principio de la culpabilidad tiene aplicación no sólo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio, entre ellas el derecho disciplinario de los servidores públicos, toda vez que el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios de derecho penal se aplican mutatis mutandi en este campo pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado²¹” (negrita fuera del texto y subraya de la fuente).

ELEMENTOS DE JUICIO DE ORDEN JURÍDICO - ESPECÍFICOS.-

Sea lo primero precisar que a los Concejos fueron atribuidas entre otras funciones por la Constitución Política, “4. *Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales*” (Art. 313 CP), “6. *Establecer, reformar o eliminar*” .

¹⁹ Ver sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2da, Subsección A, C.P.: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, 26 de octubre de 2017, radicación: 11001-03-25-000-2010-00290-00(2388-0), actor: Juan Carlos Abadía Campo, demandado: Nación - Procuraduría General de la Nación.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 12 de mayo de 2014, Radicación: 11001-03-25-000-2012-00167-00(0728-12), actor: Jorge Gutiérrez Sarmiento.

²¹ “Sentencias de la Corte Constitucional C-195 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-280 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-306 de 1996; C-310 de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-155 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández y C-504 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas”.



tributos, contribuciones, impuestos y sobretasas, de conformidad con la ley” (Art. 32 Ley 136 de 1994). Así mismo, conforme el artículo 338 de la Carta Política “**En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales.** La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos” (negrita nuestra).

A su vez, los Alcaldes deben entre otras cosas, “1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del gobierno, las ordenanzas, y los acuerdos del concejo” (art. 315-1 CP) y “Presentar oportunamente al Concejo los proyectos de acuerdo sobre planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas, presupuesto anual de rentas y gastos y los demás que estime convenientes para la buena marcha del municipio” (art. 315-5 CP).

Ahora bien, para el ejercicio de tales atribuciones, el legislador definió ciertos aspectos para su funcionamiento y les dio la posibilidad igualmente, para que expidiera su reglamento; de los aspectos regulados por la Ley 136 de 1994, se encuentra lo relacionado con las comisiones, como debe organizarse la Corporación en mención; al respecto se encuentra que se integrarán de manera permanente para “...rendir informe de primer debate a los proyectos de acuerdo, según los asuntos o negocios de que éstas conozcan y el contenido del proyecto acorde con su propio reglamento” (art. 25).

Por otra parte, la Ley 136 de 1994 en lo que corresponde a las acta de las sesiones, prevé que de estas, el Secretario General del cabildo deberá levantarlas y en las mismas hará constar “...una relación sucinta de los temas debatidos, de las personas que hayan intervenido, de los mensajes leídos, las proposiciones presentadas, las comisiones designadas, resultado de la votación y las decisiones adoptadas” (art. 26).

De igual manera, el mentado cuerpo normativa dispone que los proyectos de acuerdo pueden ser presentados por iniciativa de los Concejales, los Alcaldes, los Personeros, Contralores y Juntas Administradoras Locales en materias relacionadas con sus atribuciones y también la popular. Cabe aclarar, que algunos proyectos de acuerdo con la materia a la que se refieren está restringida su iniciativa (Art. 71).

A su vez, el artículo 92 de la Ley 136 de 1994 advierte cuando desarrolla lo relacionado con la unidad de materia de los proyectos de acuerdo, que estos “...deben ir acompañados de una exposición de motivos en la que se expliquen sus alcances y las razones que los sustentan”.

En cuanto a los debates para materializar las iniciativas, es decir, que finalmente se concreten en Acuerdo, el artículo 73 ibídem dispone: *cap.*

2795



“ARTÍCULO 73. DEBATES. Para que un proyecto sea Acuerdo, debe aprobarse en dos debates, celebrados en distintos días. El proyecto será presentado en la Secretaría del Concejo, la cual lo repartirá a la comisión correspondiente donde se surtirá el primer debate.

La Presidencia del Concejo designará un ponente para primero y segundo debate. El segundo debate le corresponderá a la sesión plenaria.

Los proyectos de acuerdo deben ser sometidos a consideración de la plenaria de la corporación tres días después de su aprobación en la comisión respectiva.

El proyecto de acuerdo que hubiere sido negado en primer debate podrá ser nuevamente considerado por el Concejo a solicitud de su autor, de cualquier otro concejal, del gobierno municipal o del vocero de los proponentes en el caso de la iniciativa popular. Será archivado el proyecto que no recibiere aprobación y el aprobado en segundo debate lo remitirá la mesa directiva al alcalde para su sanción”.

Definido entonces el procedimiento establecido por la ley para que las iniciativas presentadas a los Concejos sean tramitadas y se concreten en Acuerdo, es del caso poner de presente, las disposiciones que fundamentó la iniciativa formulada para la creación del Fondo de Fomento y Desarrollo del Deporte.

En punto a lo anterior, se tiene que dichos Fondos Municipales de Fomento y Desarrollo del Deporte fueron creados por el artículo 1 de la Ley 19 de 1991; de igual manera, dispuso dicho cuerpo normativo que para los mismos los Alcaldes Municipales **debían fijar la suma o porcentaje dentro del presupuesto para su funcionamiento** y sus recursos se tendrían que destinar a (i) “A la construcción, dotación y mantenimiento de instalaciones deportivas y recreativas”, (ii) “A la capacitación técnico - deportiva para los deportistas, entrenadores y personal auxiliar del deporte”, (iii) “A la consecución de implementos deportivos para entidades deportivas sin ánimo de lucro, ubicadas en las jurisdicciones respectivas” y (iv) “Al financiamiento de eventos deportivos de carácter Departamental, Municipal, Nacional e Internacional”.

ELEMENTOS DE ORDEN FÁCTICO.-

Ahora, al descender al caso concreto, se encuentra que a partir de la habilitación de los mentados Fondos Municipales por parte de la Ley 19 de 1991, el Concejo de Soledad tuvo la oportunidad de deliberar sobre la creación del mismo, en una primera oportunidad a iniciativa del Alcalde de Soledad en su momento para el periodo constitucional 2008-2013, producto de lo cual se emitió el Acuerdo No. 81 de 15 de julio de 2008, disponiendo además, el artículo 3 como recursos para la financiación del fondo, , los siguientes:

“Los provenientes del porcentaje fijado dentro del presupuesto de rentas y gastos del Municipio para tal fin.

Los provenientes del pago del 1.5% sobre el valor de los convenios y contratos que suscriba el Municipio de Soledad y los organismo descentralizados, cuya cuantía sea igual o superior a Veintiséis (26) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. *raaf.*



Valga anotar que ese momento, el Concejo de Soledad para la creación del mentado Fondo, además de soportar esa disposición en la Ley 19 de 1991, se remitió igualmente, a la Ley 181 de 18 de enero de 1991 (sic), que al ser revisada en realidad corresponde a la expedida bajo ese número en el año 1995, por la cual se dictaron disposiciones para el fomento del deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la Educación Física y se crea el Sistema Nacional del Deporte.

De igual manera, se pudo establecer que con posterioridad, la segunda fuente de financiación del referido fondo, que obedecía a los recursos señalados por el artículo tercero de ese Acuerdo 81 de 2008, fue excluido en forma tácita por el Acuerdo 168 de 2013, que adoptó el Estatuto Tributario del Municipio, al no ser incluido en el listado de tributos fijados mediante dicho instrumento. Esto en virtud, de la solicitud de supresión de ese gravamen que hizo el Alcalde en la exposición de motivos de ese proyecto de acuerdo, por considerar que esa *“contribución para el fomento del deporte, ...estaba ilegalmente constituido (sic) en el sentido, que el marco legal del mismo señalaba a la ley 19 de 1991, la cual no creaba un tributo alguno, sino que exhortaba a los Municipios a la creación del Fondo...”* (f. 25).

En este orden de ideas, queda claro para el despacho, que el objeto de la Ley 19 de 1991, el cual estaba orientado a fomentar el deporte a través de la creación del mentado Fondo en todos los entes territoriales del orden municipal, se había cumplido por el Municipio de Soledad con la expedición del Acuerdo No. 81 de 2008; adicionalmente, que aun cuando en un principio los recursos para su financiación correspondían **de un lado**, al porcentaje fijado dentro del presupuesto de rentas y gastos para tal fin **y por otro**, al porcentaje descontado del valor de los convenios y contratos que suscribiera el Municipio de Soledad y los organismos descentralizados, después de la eliminación de este último importe en el año 2013, si se observó lo dispuesto por el artículo tercero del Acuerdo 81 de 2008, el mentado Fondo debió continuar nutriéndose del primero de los rubros mencionados, porque estos además, debían fijarse *“...para cada vigencia fiscal dentro del presupuesto de rentas y gastos del municipio, sin perjuicio de los recursos que se apropien para gastos de funcionamiento del Instituto Municipal de Deporte y Recreación de Soledad”*.

A pesar de ese antecedente, de manera inexplicable surge para inicios del periodo constitucional 2016-2019, una iniciativa presentada por el Alcalde de Soledad para crear nuevamente el Fondo de Fomento del Deporte para ese Municipio, bajo la siguiente exposición de motivos²²:

“Sin dejar de lado la importancia del cumplimiento del mandato legal contenido en la Ley 19 de 20 de febrero de 1991, por la cual se ordena la creación del Fondo Municipal de Fomento y Desarrollo del Deporte Municipal, en todos los municipios del País, inexistente actualmente en el Municipio de Soledad, con el presente proyecto se pretende instituir una Fondo Cuenta

²² Ver los folios 1735 a 1737.



adscrita al Municipio encargada únicamente del fomento al deporte en el Municipio de Soledad – Atlántico.

El argumento principal para la creación del Fondo Cuenta mencionado se fundamenta en que el deporte forma parte de la educación y de la salud, es un elemento esencial para la formación integral de las personas, contribuye al mejoramiento de la salud mental y física, al desarrollo físico y la convivencia, a la prevención de la drogadicción y constituye gasto público social.

Según el censo para el control y prevención de enfermedades, el deporte como manifestación de la actividad física puede llegar a ser una de las mejores inversiones en salud pública; es así como en Estados Unidos con una inversión de \$1 en tiempo y equipo dedicado a la actividad física conduce a un ahorro de \$3.2 en costos médicos y en Australia, por cada 1% de aumento en niveles de actividad física en adultos, se produce un ahorro combinado de casi \$7 millones en gastos potenciales por tratamientos para el ataque al corazón, accidente cerebro-vascular, diabetes, cáncer de mama y trastornos depresivos.

La inactividad física de la mayor parte de los individuos en nuestro medio es un serio problema de salud pública, porque esta además asociadas a malos hábitos de comportamiento y manejo corporal. De aquí una buena cantidad de enfermedades degenerativas.

Un reciente estudio del Ministerio de Salud comprueba que la mayor causa normal de enfermedad y muerte tiene que ver con la cultura de vida; es decir, con el manejo de los hábitos relacionados con los factores de riesgo que llevan a enfermedades cardiacas y cerebrovasculares. Los factores de más alta incidencia son de lejos el sedentarismo y los malos hábitos alimenticios.

La gran mayoría de las personas residentes en nuestro Municipio no hacen ejercicios con regularidad o eventualmente realizan muy poca actividad deportiva y unos escasos tienen rutina anual de práctica deportiva. El tabaquismo y la drogadicción y sumado a patologías como el colesterol alto, la obesidad, el riesgo de hipertensión y diabetes, además de una pésima nutrición conllevan a un gran riesgo de morbilidad y mortalidad.

Fomentando y promoviendo el deporte para todos se puede prevenir el alto gasto en salud que actualmente posee el Municipio de Soledad por asistencia médica y tratamientos para combatir los males debidos a un al estilo de vida de la gente y que tienen su origen en el sedentarismo.

El implementar en Soledad un gran programa de deporte como inversión social tendría unos efectos directos en la promoción de la salud de los soledaños y soledañas el ejercicio físico se convertiría en la principal herramienta de prevención del siglo XXI.

Igualmente, el diagnóstico nos muestra un panorama que si bien ha cambiado en los últimos años, no nos permite bajar los brazos sino ampliar los esfuerzos para poder motivar las prácticas deportivas consiguiendo así una mayor cobertura en todos los sectores de la sociedad soledaña.

A estas características contempladas en la Constitución Nacional, se suma la necesidad de contar con mayores recursos que permitan a la Administración Municipal a través de la Secretaría de Deporte y Recreación la planeación y el desarrollo de políticas, programas y actividades que permitan fomentar la práctica del deporte y el aprovechamiento del tiempo libre y la educación física extraescolar en nuestro territorio municipal, como herramienta para desarrollar la cultura ciudadana.

La Secretaría de Deporte y Recreación deberá incluir medidas, estrategias y políticas dirigidas a toda la población, formalizando alianzas estratégicas que adicionalmente contemplen otras políticas municipales orientadas a temas como la nutrición, el control del consumo de tabaco y alcohol, la seguridad urbana, el medio ambiente y la conformación y fortalecimiento de organizaciones ciudadanas, como son las organizaciones deportivas.



De otra parte, no debemos olvidar que el deporte es un producto comercial, que bien administrado por el fondo Cuenta, se convierte en un elemento fundamental para garantizar la autosostenibilidad del mismo, utilizando además, los ingresos recaudado en el desarrollo del mandato establecido en el artículo 52 de la Constitución Nacional y en la Leyes 19 de 1991; 181 de 1995 y 715 de 2001.

Si bien el deporte para todos es la base para el fortalecimiento de la cultura ciudadana, es indispensable así mismo promover el deporte de alta competencia o de altos logros en donde busque fomentar el deporte asociado, sin perder de vista un objetivo principal: los deportistas.

Estos se convierten en los embajadores a nivel Nacional e Internacional, defendieron la cultura e imagen de nuestro Municipio, promocionando la recreación, los buenos hábitos y la disciplina, elevando el prestigio deportivo y volviéndose modelos sociales para la juventud y las empresas públicas y privadas”.

Una vez leído y analizado el texto anterior, se advierte por el despacho, que el Burgomaestre de Soledad en su momento partió de una falsa premisa fáctica para motivar el proyecto aludido, pues argumentó la inexistencia del Fondo en ese Municipio, cuando como se señaló en líneas anteriores conforme con lo probado en el expediente, dicho instrumento ya se había erigido por el Concejo mediante Acuerdo No. 81 de 2008, del cual en ningún momento se sostuvo que hubiera sido posteriormente derogado o anulado, porque lo que se suprimió, tácitamente, fue el gravamen del 1.5 sobre el valor de los convenios y contratos que celebrara el municipio de Soledad y sus entes descentralizados.

Muy a pesar de la grave falencia advertida, el proyecto fue tramitado para su aprobación por el Concejo de Soledad sin reparo alguno por parte de los cabildantes, como lo demuestra el material probatorio que da cuenta de dicha actuación al interior de esa Corporación.

En efecto, una primera actuación que es desplegada por el Concejo de Soledad según lo que se desprende del acta de sesión conjunta de las Comisiones Segunda y Tercera Permanente, en su orden, de Gobierno y de Presupuesto y Hacienda Pública, realizada el 3 de marzo de 2016, es que en cumplimiento de lo previsto por el artículo 73 de la Ley 136 de 1994, se asignó como ponentes del mentado proyecto de acuerdo a los Concejales Ricardo Arcón y Juan Carlos Orozco, quienes presentaron para primer debate ponencia en esa jornada y sobre la misma dejaron sentadas las siguientes manifestaciones:

*“Tercer punto: Ponencia para primer Debate del proyecto de acuerdo **“Por medio del cual se crea el Fondo Municipal de Fomento y Desarrollo del Deporte de Soledad”**, toma el uso de la palabra el señor Presidente Ruber Cartagena Llano, quien manifiesta que se encuentran presentes en la sesión conjunta los H.C. Álvaro Martínez, Julio Cabrera, Enrique del Castillo y Ruby Puente, con derecho a voz pero sin voto. El señor Presidente concede el uso de la palabra al ponente del proyecto de acuerdo..., H.C. Juan Carlos Orozco, quien hace la exposición de la ponencia en primer debate en los siguientes términos: ‘Antecedentes, Iniciativa y Competencia, Consideraciones Generales, Modificación del Acuerdo por solicitud del señor Alcalde Joao herrera Iranzo en su artículo cuarto, explica también de la conveniencia para el municipio de Soledad y termina exposición poniendo a consideración de las Comisiones citadas, ponencia positiva para primer debate. Seguidamente el señor Presidente concede el uso de la palabra al Ponente H.C. Ricardo Arcón Hereira de la Comisión Segunda, el cual manifiesta los aspectos legales del proyecto según lo señalado en la Ley 19 de 1991*



la importancia y el significado que representa para el municipio y la comunidad en general de los espacios de recreación, deportivos, y los parques. Termina presentando a consideración la aprobación positiva para primer debate del proyecto. Toma el uso de la palabra el señor Presidente Ruber Cartagena para la votación de la ponencia para primer debate del proyecto de acuerdo... Solicita al señor secretario el llamado a lista de la Comisión Conjunta de Gobierno y Presupuesto y Hacienda Pública, aprobando por unanimidad la ponencia para primer debate del mencionado proyecto de acuerdo..." (f. 214) – **negrita de nuestra fuente).**

Finalmente, de acuerdo a lo plasmado en el acta No. 51 de 2016, el Concejo de Soledad con la totalidad de sus miembros presentes llevó a cabo sesión ordinaria el 7 de marzo de 2016; a estos después de constatar su comparecencia, se les puso a consideración el orden del día, siendo aprobado por la plenaria sin modificación alguna; cabe anotar que incluía la ponencia para segundo debate del proyecto de acuerdo "por medio del cual se crea al fondo municipal de fomento y desarrollo del deporte de soledad ponencias de los HC Juan Carlos Orozco y Ricardo Arcón" (f. 379).

Respecto de la ponencia para segundo debate del mentado proyecto de acuerdo, que en el orden del día correspondía al punto cuarto, se expuso lo siguiente, de conformidad con lo sentado en el acta No. 51 de 2016:

*"Ponencia para segundo debate del proyecto de acuerdo por medio del cual se crea el fondo municipal de fomento y desarrollo del deporte de soledad ponencias de las HC, Juan Carlos Orozco y Ricardo Arcón. El presidente le cede el uso de la palabra al CHC, Ricardo Arcón quien en su intervención en primer lugar resalta la importancia del proyecto de acuerdo, el cual beneficiaría al municipio para incentivar el deporte, seguidamente le da lectura a la ponencia, y da ponencia positiva al proyecto y solicita a la plenaria sea aprobado por los beneficios que este le traería al municipio en la creación de escenarios deportivos. Seguidamente la secretario le da lectura al articulado del proyecto de acuerdo tal cual como fue enviado por la administración central. El presidente somete a consideración la ponencia y el articulado del proyecto de acuerdo por medio del cual se crea el fondo de municipal de fomento y desarrollo del deporte de soledad, **no habiendo intervención de la plenaria se somete a votación, siendo aprobado. El presidente hace uso de la palabra para preguntar a la plenaria si quieren que se convierte en acuerdo municipal, siendo aprobada. Siendo aprobado como acuerdo municipal será enviado al despacho del alcalde para su debida sanción. No habiendo intervención de la plenaria..."**"*

Acorde con lo anterior, en el curso de la sesión no se hizo manifestación o reparo alguno por parte de los Concejales frente a la ponencia sometida a debate y en consecuencia, el texto del proyecto se materializó en el Acuerdo 199 de 7 de marzo de 2016, cuyo tenor literal de los artículos 1 y 3, corresponde al siguiente:

"ACUERDO No. 0001999 de 2016

POR EL CUAL SE CREA EL FÓNDOS MUNICIPAL D FOMENTO Y DESARROLLO DEL DEPORTE DE SOLEDAD

El Concejo Municipal de Soledad – Atlántico, en uso de sus Atribuciones constitucionales y legales, en especial las contenidas en

2900



los artículos 313 de la Constitución Nacional, artículo 32 de la Ley 136 de 1994, y artículo 92 del decreto 1333 de 1986

ACUERDA

ARTÍCULO PRIMERO: CREACIÓN. Créase el Fondo de Fomento y Desarrollo del Deporte en el Municipio de Soledad conforme con lo dispuesto en la ley 19 de febrero 20 de 1991.

ARTÍCULO SEGUNDO: NATURALEZA Y OBJETO DE FONDO. El Fondo tendrá el carácter de cuenta especial y con tal denominación se incluirá en el presupuesto de Rentas y Gastos del Municipio de Soledad, sección Fondo Especiales, a partir de la vigencia 2016. El Fondo tendrá por objeto la financiación del fomento, masificación y promoción de deporte en todas sus disciplinas en el Municipio de Soledad, los recursos que hacen parte del fondo se destinarán en la forma establecida en el presente Acuerdo.

ARTÍCULO TERCERO: FINANCIACIÓN DEL FONDO. El Fondo se financiará con los siguientes recursos:

- Los pagos provenientes del porcentaje fijado dentro del presupuesto de rentas y gastos del Municipio de Soledad para tal fin.
- Los provenientes del pago del 1.5% sobre el valor de los convenios y contratos que suscriba el Municipio de Soledad y los organismos descentralizados del orden municipal, cuya cuantía sea igual o superior a veintiséis (26) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Esto deja en evidencia, que se volvió a establecer el instrumento para el fomento del deporte que ya en otrora oportunidad había materializado el Acuerdo 81 de 2008, en virtud de lo previsto en la Ley 19 de 1991 y no solo eso, sino que nuevamente estableció para el financiamiento del fondo el recurso proveniente "...del pago del 1.5% sobre el valor de los convenios y contratos que suscriba el Municipio de Soledad y los organismos descentralizados del orden municipal, cuya cuantía sea igual o superior a veintiséis (26) salarios mínimos legales mensuales vigentes", cuando este concepto había sido eliminado del Estatuto Tributario adoptado en 2013, al aceptarse por el Concejo que el mismo no consultaba y contrariaba el mandato consignado en la aludida ley.

Y es que a juicio de este despacho, el Concejo Municipal de Soledad más allá de haber dispuesto mediante el Acuerdo 199 de 2016, la creación de un Fondo que ya existía en ese ente territorial, también hizo uso contrario de su función "Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y gastos locales", al establecer como recurso de financiación del Fondo de Fomento el "...pago del 1.5% sobre el valor de los convenios y contratos que suscriba el Municipio de Soledad y los organismos descentralizados del orden municipal, cuya cuantía sea



igual o superior a veintiséis (26) salarios mínimos legales mensuales vigentes”, siendo que la Ley 19 de 1991, para ese efecto, claramente había señalado en su artículo 2 que “Los alcaldes municipales fijarán la suma o porcentaje dentro del presupuesto para el funcionamiento del Fondo, de que trata el artículo primero”.

Todo esto demuestra, que el trámite dado a la iniciativa presentada por el Alcalde, no fue sometido en modo alguno a un juicio de análisis para establecer la procedencia de lo que el Acuerdo 199 de 2016 finalmente determinó, cuando lo que se espera del actuar de este tipo de servidores, es que el mismo se allane a los principios y reglas que modelan tan importante gestión para la comunidad que los eligió como representantes de sus intereses y que en virtud de ello, se convierten como lo señala el Departamento Nacional de Planeación en “actores claves en la gestión del desarrollo de los municipios”²³.

Las actas de las sesiones reportan una total ausencia de debate, un silencio interrumpido solamente por el “*si se aprueba*”, sin un cuestionamiento, sin intervenciones que pusieran de manifiesto y dejaran evidencia de que se había realizado el debido estudio por los cabildantes al asunto, de su legalidad.

Para esta Regional, se obvió por los Concejales la seria responsabilidad que implica el ejercicio de la facultad impositiva del Estado que en ellos concurre junto con el Legislador, como seguir los principios que la orientan, entre ellos, el de predeterminación de los tributos y el de representación popular, los cuales a voces de la Corte Constitucional, “... poseen un objetivo democrático esencial, como es la seguridad jurídica de las cargas fiscales, así como evitar los abusos de los gobernantes, puesto que el acto jurídico que impone el gravamen impositivo debe establecer previamente y con base en una decisión democrática, sus elementos esenciales para ser válido”²⁴.

Y es que cuando se asume el ejercicio de un destino público, bajo la regla especial de sujeción que contiene el artículo 6 de la Constitución Política, el servidor público se somete a que su ejercicio funcional solo esté orientado por el ordenamiento jurídico, lo cual involucra, la observancia de los principios que rigen la función que bajo esa investidura tengan encomendada, que en esta caso, es la administrativa²⁵.

Los principios que rigen esa función son: La igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, participación, responsabilidad y transparencia, todos los cuales deben ser tenidos en cuenta por este órgano de control a la hora de “... juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios,

CDP

²³ Ver Guía para la gestión Pública Territorial – Los Concejos Municipales. - No. 8 ISSN 2248-6259.
²⁴ Ver sentencia C-065 de 1998.
²⁵ “4.3.7. En efecto, si bien es cierto las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales no son órganos legislativos propiamente dichos, sino entidades de naturaleza eminentemente administrativa (C.P. Arts. 299 y 312)”. Ver sentencia C-008 de 2003 de la Corte Constitucional.

2802



garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular", según lo que manda el precepto contenido en el párrafo del artículo 3 de la Ley 489 de 1998.

A su vez, se tiene que la finalidad de la función administrativa está orientada a la búsqueda de la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, pero la ley insiste, que deberá ser *"de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política"* (art. 4 ibídem); en consecuencia, no resulta admisible lo sostenido por los apelantes, en el sentido que, en todo caso pretendieron dar desarrollo al espíritu de la Ley 19 de 1991, lo que no resulta aceptable, debido a que esa misma ley establece concretamente como debe ser la fuente de financiación del Fondo, sin que ello implique autorización para votar, establecer, reformar o eliminar tributos.

Ahora bien, los recursos de apelación propuestos por los apoderados de los investigados, los cuales guardan congruencia con la defensa aducida en los descargos y alegatos de conclusión de la primera instancia, en síntesis, estriban en:

- Vaguedad del cargo, imprecisión de las normas en que se fundamentó. / No haberse estudiado en forma individual la culpabilidad de los Concejales involucrados y aun así, endilgado la comisión de la conducta a título de dolo. / No detallar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió la conducta irregular atribuida.

- Falta de tipicidad, por cuanto la falta disciplinaria no existió, no hubo extralimitación de funciones al haberse expedido el Acuerdo No. 199 de 2016, pues la creación del Fondo de Fomento fue producto del ejercicio de las funciones que señala el artículo 313 de la Constitución Política, en concordancia con lo previsto en las Leyes 19 de 1991 y 84 de 1995. / No se creó un impuesto, sino una contribución especial por tener destinación específica. / No se probó que hubiera sido unánime la aprobación del Acuerdo No. 199 de 2016.

- No se demostraron los elementos que configuran el dolo. / Incongruencia entre el pliego y el fallo, pues se tuvieron en cuenta elementos de juicio adicionales a los referidos en el primero, lo cual vulneró su derecho de defensa. / No se podía establecer con el material probatorio que efectivamente se haya tenido conocimiento por los concejales de la irregularidad de la conducta y que tenían la intención de defraudar la ley, pues se estaba ante un asunto muy especializado (potestad impositivas de los Concejos) y los investigados tenían conciencia de que estaban autorizados por la ley para la aprobar el proyecto de acuerdo en cuestión. / No proporcionalidad de la sanción impuesta.

- No fue claro el cargo, al señalar de un lado que hubo extralimitación de funciones o ejercer una facultad no atribuida. / No hay claridad bajo que supuesto normativo fue sancionada, si por extralimitación o por el señalado en el numeral 60 del

OP. 59



artículo 48 del CDU. / La conducta de los Concejales no se subsumió íntegramente en el supuesto de hecho que consagra el numeral 60 del artículo 48 del CDU. / Se justificó la ilicitud sustancial en la violación de un principio que no se adujo en la decisión de cargos. / Ausencia de ilicitud sustancial, por cuanto no tuvo mayor afectación la buena marcha de la administración y se cuestiona si todas las veces que un acto administrativo es anulado, se puede concluir que el servidor que interviene en su expedición debe ser sancionado. / Debió tenerse en cuenta la condición de cada uno de los Concejales para determinar su grado de responsabilidad o incluso si podían ser exonerado de responsabilidad. / No se verificaron los elementos del dolo, ni habían pruebas que respaldaran esa calificación. No se probó el elemento de culpabilidad, esto es, que no se persiguió una finalidad distinta con la aprobación del Acuerdo.

- Que de acuerdo con las atribuciones que la Constitución y la ley le otorgan a los Concejos, así como la interpretación jurisprudencial de las mismas, esa Corporación sin contar con asesoría especializada, consideró que si podía establecer la **contribución** mediante el Acuerdo N. 199 de 2016 y que se actuó bajo la absoluta convicción que lo ordenado por ellos no configuraba falta disciplinaria. / No era dable tener en cuenta el juicio de legalidad hecho por el Tribunal Administrativo del Atlántico sobre el Acuerdo No. 199 de 2016, pues se debe valorar la conducta para el momento en que fue cometida.

- No era posible solo a partir de la prueba documental establecer la responsabilidad de los investigados. / Que no se tuvo en cuenta que quien había determinado o creado el tributo era el Alcalde. / Que si bien la Ley 19 de 1991 no autorizaba la creación de un tributo, el actuar de los Concejales se basó en lo dispuesto en la Ley 181 de 1995, pero esto fue obviado por la primera instancia. / Que no hubo un fin distinto a incentivar el deporte y cumplir sus deberes. / No eran suficientes las pruebas aportadas para acreditar el dolo

De todo lo anterior, se extraen los siguientes **argumentos centrales** formulados en contra del fallo de primera instancia, los cuales uno a uno serán respondidos a continuación:

1. Ambigüedad o vaguedad del pliego de cargo tanto en el auto como en el fallo.
2. No individualización de la responsabilidad de cada uno de los Concejales de acuerdo con sus condiciones (como sus estudios, periodos como Concejal).
3. Atipicidad de la conducta, porque no se creó un impuesto, sino una contribución.
4. Incongruencia entre el pliego de cargos y el fallo, al ampliarse los fundamentos para sustentar la ilicitud sustancia de la conducta.
5. Inexistencia de ilicitud sustancial *OP.*



6. Deficiente subsunción de la conducta desplegada en el supuesto de hecho que describe a falta disciplinaria endilgada.
7. No están dados los elementos que configuran el dolo, ya que las pruebas obrantes no eran suficientes para demostrarlos.
8. Valoración de la conducta al momento en que se desplegó y no a partir de lo que decidió la jurisdicción Contencioso Administrativa sobre la legalidad del Acuerdo. N. 199 de 2016.

Pues bien, a los investigados se les imputó el siguiente cargo:

“A los señores..., en sus calidades de Concejales municipales de Soledad - Atlántico, se les endilga presunta responsabilidad disciplinaria al haberse extralimitado en el ejercicio de sus funciones al debatir, aprobar y expedir el Acuerdo No. 00199 de fecha 7 de marzo de 2016, por medio del cual además de crearse el Fondo del Fomento del Desarrollo del Deporte de Soledad, se impone como forma de financiación de dicho Fondo, un impuesto del 1.5% sobre todos los convenios y contratos suscritos por el Municipio de Soledad y sus entes descentralizados sin tener las facultades legales y reglamentarias”.

Uno de los argumentos que se enfilan contra el fallo de primera instancia es haber mantenido un cargo ambiguo, lo cual no es cierto, como quiera que claramente quedó descrita la conducta que se censura y se consideró como infractora de la ley disciplinaria, la cual consistió en que el Concejo de Soledad **en pleno** aprobó el Acuerdo No. 199 de 2016, que estableció el Fondo del Fomento de Deporte en el municipio de Soledad y adicionalmente, se estableció como fuente de financiación “...un impuesto del 1.5% sobre todos los convenios y contratos suscritos por el Municipio de Soledad y sus entes descentralizados sin tener las facultades legales y reglamentarios”.

Por lo anterior, se considera desde esta instancia que ante la univocidad de la conducta enrostrada a los investigados y en virtud del principio de economía procesal, no era necesaria la individualización de la formulación de la imputación en contra de cada uno de ellos; se insiste, el artículo 163 de la Ley 734 de 2002, no impone que cuando se trate de varios investigados por conducta unívoca, es decir, configurada bajo las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar, obligadamente deba hacerse la atribución de la falta en forma individual al prever que “1. La descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó”.

El despacho considera que se cumplió lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 163 ibídem, al haberse detallado en el cargo que los Concejales del municipio de Soledad (lugar), debatieron, aprobaron y expidieron (modo) un Acuerdo el 7 de



marzo de 2016 (tiempo) que estableció un impuesto, sin contar con la facultad legal y reglamentaria para ello (conducta).

Para la Procuraduría Provincial de Santa Marta los miembros de la Corporación Pública señalada crearon un impuesto sin tener facultad legal para ello. En efecto, esta instancia llega a esa misma conclusión, en razón de lo siguiente:

El recurso que fijó el artículo 3 del Acuerdo No. 199 de 2016, para el financiamiento del Fondo constituye un tributo, bajo la modalidad de impuesto, por cuanto tiene cada una de las características que jurisprudencialmente se han fijado para determinar que se está presencia de ese tipo de tributo, que son: "(i) implica una prestación de naturaleza unilateral, (ii) el hecho generador refleja la capacidad económica del contribuyente, (iii) se cobra indiscriminadamente a todo ciudadano "que realice el hecho generador", (iv) su pago es obligatorio, (v) "el Estado dispone de él con base en prioridades distintas a las del obligado con la carga dispositiva"²⁶, y, finalmente, (vi) no guarda o incorpora "una relación directa e inmediata con un beneficio derivado para el contribuyente"²⁷.

Frente al punto (i), se tiene que en efecto fue establecido por el Concejo Municipal, sustentado en la Ley 19 de 1991.

En cuanto al punto (ii), esto es que "el hecho generador del tributo en cuestión observa la capacidad económica del contribuyente...", se encuentra que efectivamente, la aplicación del porcentaje establecido por el artículo 3 del Acuerdo No. 199 de 2016, tiene como base el valor "...de los convenios y contratos que suscriba el Municipio de Soledad y los organismos descentralizados del orden municipal, cuya cuantía sea igual o superior a veintiséis (26) salarios mínimos legales mensuales vigentes"; de manera, que entre más alto sea el valor del contrato o convenio, mayor será el valor del estipendio a pagar.

El punto (iii) que se refiere a que "es exigible, sin distinción, a todo ciudadano "que realice el hecho generador"²⁸, también se advierte en el concepto establecido por el Concejo de Soledad, como quiera que era exigible a todo aquella persona natural o jurídica que suscribiera convenios o contratos con el Municipio y sus entes descentralizados, siempre que el valor de dicho negocio jurídico superara 26 SMLMV.

En lo que atañe al punto (iv), es decir, que el pago del impuesto no es optativo, sino obligatorio, se encuentra que el Acuerdo No. 199 de 2016, no hizo distinción alguna en ese sentido, de manera que también está presente esta característica.

cop.

²⁶ Sentencia C-155 de 2016.

²⁷ Ver sentencia C-269 de 2019.

²⁸ Sentencia C-155 de 2016.



Y en cuanto a la característica (v), esta es, que *“la disposición de su recaudo “se hace con base en prioridades distintas a las del contribuyente”²⁹”,* lo cual sin discusión se cumple en el concepto que estableció por el Concejo, ya que el destino del importe que se iba a descontar a quienes celebraran convenios y contratos con el Municipio y sus entes descentralizados iban a tener como destino el fomento y desarrollo del deporte.

Así las cosas, quedan descartados los argumentos 1 y 3 que arriba se enlistaron, pues es claro que lo votado y fijado por el Concejo de Soledad a través del Acuerdo No. 199 de 2016, **era un impuesto** y no una contribución como lo pretende hacer ver uno de los apelantes, para sustentar la ausencia de tipicidad.

Al tener claro que se creó un impuesto, la tipicidad de la conducta reprochada a los investigados quedó comprobada ante el hecho que el legislador por medio de la Ley 19 de 1991 no autorizaba la creación de un tributo, como erradamente interpretaron los Concejales para financiar el Fondo de Fomento y Desarrollo del Deporte en Soledad; pese a ello, utilizaron la función de “Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales”, para dar un alcance distinto a la intención que el legislador plasmó en el artículo 2 ibídem, que previó: “Los alcaldes municipales fijarán la suma o porcentaje dentro del presupuesto para el funcionamiento del Fondo, de que trata el artículo primero”.

Valga reiterar que la creación de un impuesto no depende de la voluntad de la Corporación Pública en mención, pues en esta materia, su competencia como se ha sostenido de manera reiterada por la Corte Constitucional, está supeditada a la previa determinación por parte del legislador de los respectivos elementos del tributo.

Y si en algún momento se tuvo esa duda, por lo complejo de la materia, lo debido por los cabildantes era haber realizado el análisis tanto fáctico como jurídico previo a tomar cualquier decisión, como la plasmada en el Acuerdo No. 199 de 2016, teniendo en cuenta que frente a las iniciativas que le son presentadas no son convidados de piedra, pues “...la esencia misma del trámite de todo proyecto de acuerdo municipal, busca que la iniciativa sea estudiada, analizada y debatida para evitar errores, interpretaciones inadecuadas, o decisiones inconvenientes e incluso ilegales, pues el objeto de cualquiera norma, también de carácter local, es el beneficio e interés de la comunidad, lo cual sólo será posible si se efectúa un adecuado estudio de cada proyecto, para lo cual la ley contempla los procedimientos y tiempos mínimos razonables para permitir que la ciudadanía en general, los entes de control y todos los miembros de la corporación conozcan de la iniciativa, se documenten, investiguen y estructuren ideas para apoyar la propuesta o desestimarla de manera fundada”³⁰, requisitos que brillaron por su

ca.

²⁹ Id.

³⁰ <https://www.ramajudicial.gov.co/web/secretaria-tribunal-administrativo-de-boyaca/-/los-proyectos-de-acuerdo-deben-ser-sometidos-a-consideracion-de-la-plenaria-del-concejo-municipal-3-dias-despues-de-su-aprobacion-en-la-comision-respe>

2807



ausencia, lo que deja entrever el interés de manera consciente y voluntaria de crear un impuesto o gravamen no autorizado previamente por la ley.

No obstante lo anterior, se pretende esgrimir situaciones como, la complejidad de la materia objeto del Acuerdo No. 199 de 2016, la falta de conocimiento sobre la misma por no ser profesional del derecho, no contar con un equipo especializado para que hubiera hecho el análisis respectivo, ser su primera vez como Concejal y por ende, sin conocimiento acerca de decisiones similares que hubieran sido adoptadas en los periodos constitucionales anteriores, para enervar el juicio de reproche que merece el haber fijado un impuesto sin haber sido habilitados por el Congreso para ello.

Para el despacho, no resultan admisibles tales excusas para enervar el imperativo contenido en los artículos 6, 95 y 122 de la Constitución Política y menos frente a servidores que tienen en sus manos la representación de los intereses de una localidad, en este caso del Municipio de Soledad.

Resulta así, la posición esgrimida por los apelantes cómoda y alejada de la realidad de sus responsabilidades como encargados de la representación popular, cuando de ellos se predica como de cualquier otro servidor y ciudadano el deber de obediencia al derecho, lo cual al soslayarse, bajo el argumento de la ignorancia de la ley, según lo que manifestó en pretérita oportunidad la Corte Suprema de Justicia, implicaría "... establecer un privilegio a su favor, violatorio de la igualdad constitucional y generador del caos jurídico"³¹.

Esa misma postura fue posteriormente recalcada por la Corte Constitucional en sentencia C-651 de 1997, de la cual se citan los siguientes apartes:

"...
Para los efectos de esta sentencia, puede asumirse, a grandes rasgos, que las normas que una persona puede ignorar, relevantes en el problema que se analiza, se reducen a dos categorías: 1) las que imponen deberes; y 2) las que indican modos de proceder adecuados para lograr ciertos fines.

Sin duda, las más importantes, en función del asunto planteado, son las que pertenecen a la primera categoría, puesto que de su transgresión pueden seguirse sanciones. La pregunta que debe plantearse es, entonces, la siguiente: ¿es preciso para conocer los deberes de los que se es destinatario, conocer las normas donde se originan? Dicha pregunta puede responderse negativamente, por las elementales razones que a continuación se exponen:

³¹ Magistrado ponente: Doctor Luis Carlos Sáchica, aprobada por Acta número 10 marzo 30 de 1978.



1) Los deberes esenciales que a una persona ligan como miembro integrante de una comunidad pueden captarse de manera espontánea mediante la interacción social. Si se asume la perspectiva (indicada por Hart) del observador externo, basta con mirar alrededor para observar ciertas regularidades constantes en el comportamiento de los miembros particulares de la comunidad, el aplauso o censura difusos y la respuesta de las autoridades ante las conductas desviadas. El campesino sabe que si se emborracha y riñe, corre el riesgo de que lo lleven a la cárcel porque, ha sido testigo de lo que le ocurrió a su amigo, o alguien se lo ha contado. De esa manera, de modo imperceptible va pasando de lo que el mencionado autor llama aspecto externo del derecho, a su aspecto interno, puesto que infiere que a él puede sucederle lo mismo.

Esto puede conceptualizarse diciendo que empieza a identificar la norma que se aplica a su amigo como una norma que a él puede aplicársele en circunstancias parecidas, aunque no sepa qué es una norma y nunca tenga acceso a su texto. No es preciso, para saber que el homicidio está sancionado con prisión, haber leído el código penal y ni siquiera el artículo concreto que establece el castigo para quien mate a otro^[2]. De igual forma, para saber que ciertos hechos o actividades están gravados con impuestos, no es preciso ser un experto tributarista. A partir de esos ejemplos significativos pueden pensarse muchas situaciones típicas de las que el ordenamiento jurídico denomina conductas obligatorias.

Como reglas típicas de la segunda categoría, pueden citarse las que establecen la manera de celebrar contratos. La inobservancia de tales reglas no apareja propiamente sanciones sino más bien resultados fallidos. Porque ellas funcionan de manera similar a las relaciones causales del mundo físico; v,gr: si alguien, por ignorancia, no otorga escritura pública para enajenar un bien inmueble, no padece un castigo. Simplemente no creó el título apto para transferir la propiedad del bien. Del mismo modo que si alguien quiere cortar un árbol y no usa el hacha o la sierra -instrumentos adecuados para tal fin-, que el árbol siga en pie no es un castigo sino la consecuencia natural de no haber procedido de modo idóneo. Tan absurdo sería pretender que se le atribuyera efecto al conato de venta en consideración a la ignorancia del frustrado contratante, como considerar derribado el árbol ante la acción torpe de quien pretendiera abatirlo con una navaja. No son, pues, consideraciones de orden ético, sino de orden fáctico las que determinan que esos, y no otros, puedan ser los efectos consiguientes a la ignorancia de ese tipo de normas.

Aún pudiera considerarse otra clase de reglas de cuya ignorancia pueden seguirse efectos negativos para el destinatario, a saber: las que atribuyen competencias a ciertas personas o corporaciones para dictar



normas capaces de vincular a los individuos. Pero con respecto a ellas, caben consideraciones similares a las que se hicieron a propósito de las de la categoría 1. No es preciso leer la Constitución ni el Código de Régimen Político y Municipal, para enterarse de dónde emanan las reglas que deben ser reconocidas como obligatorias. Aún las personas carentes de los conocimientos más elementales, saben que los agentes de policía (significativamente identificados por nuestros campesinos como "la ley"), los comisarios, los inspectores, los alcaldes, los concejos municipales, ejercen autoridad sobre el resto de la población.

Es claro, desde luego, que el deber jurídico implícito en la ficción supone, a la vez, una obligación ineludible a cargo del Estado: promulgar las leyes, pues sólo a partir de ese acto se hace razonable la efectividad de las consecuencias jurídicas que pueden seguirse de su inobservancia.

No puede desprenderse de lo anterior que la educación juegue un papel insignificante en el conocimiento del derecho y en el cumplimiento de los deberes que de él se desprenden (aunque a menudo se utiliza para evadirlos sin dejar rastro). Por esa razón, entre otras, el derecho a acceder a ella ocupa un lugar importante en la Carta. **Pero no puede argüirse razonablemente que quienes carecen de educación o tienen dificultades para conocer la ley, se encuentran imposibilitados para conocer sus deberes esenciales y que por tanto deban ser relevados de cumplirlos.**

Pero es más, las situaciones extremas son tomadas en cuenta por el legislador para exceptuar la observancia de la norma imperativa (e imprescindible) que se viene analizando. Así por ejemplo, el artículo 2346 del Código Civil excluye a los menores de 10 años y a los dementes, de la responsabilidad delictual o cuasidelictual, puesto que de ellos sí puede predicarse, en principio, la incapacidad de acceder, por cualquier medio, al conocimiento de lo que se ha establecido como debido e ilícito. Y el código penal, en el artículo 10 ya citado -en concordancia con el 31-, excluye de la regla general a los inimputables.

La solidaridad social, un hecho inevitible que la Constitución reconoce para construir sobre él conductas socialmente exigibles, ligada al artículo 13, invocado por los demandantes como norma violada por el artículo cuestionado, pero que, como quedó expuesto, sirve más bien de fundamento al imperativo que él contiene, así como el artículo 95 que establece de modo terminante: "Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes", constituyen sólido fundamento de la disposición acusada que, por los motivos consignados, debe ser declarada conforme a la Constitución.

...

2810



Si bien es cierto que, la elección popular de Concejales Municipales permite que a tales cargos accedan personas de diferentes procedencias profesionales, por lo cual no todas tiene formación técnico-jurídica, ello no significa que tales servidores no deban conocer seriamente de los temas que se ponen a su consideración y al tomar las decisiones que le corresponden deben asumir la responsabilidad consecuente. Es así como las normas reguladoras sobre la potestad impositiva no distinguen el tipo de formación de los agentes públicos, para tales efectos de la responsabilidad que se deriva de su indebido desempeño, cuando quiera que su actuación vulnera las previsiones sustanciales y adjetivas pertinentes.

Queda entonces así desvirtuada la supuesta irregularidad que denuncian por la falta de individualización de la responsabilidad frente a la conducta que se reprocha, en atención a las condiciones de cada Concejal, pues no pueden ser medidos con distintos raceros, siendo que todos estaban obligados a cumplir la Constitución y la ley.

Todo lo anterior, permite además sostener, contrario a lo afirmado por los apelantes, que sí hay ilicitud sustancial en la conducta endilgada, pues con su actuar, se llevaron de calle, como lo señaló la primera instancia varios de los principios que guían la función administrativa, en concreto el de moralidad y el de legalidad, dado que (i) Su actuar no fue aquel que se espera de un servidor público y más, de la que debe observar un servidor al que se le confía la representación de los intereses de una localidad y (ii) Actuaron por fuera de las disposiciones que regulan sus competencias, al haber creado un impuesto sin estar autorizado por la ley.

Adicionalmente, robustece la tesis de la ilicitud sustancial de la conducta reprochada a los Concejales, lo que trascendió su actuar desviado, dado que el gravamen creado por medio del Acuerdo No. 199 de 2016, de acuerdo con lo certificado por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía Municipal de Soledad, mediante Oficio No. DOJ 02596 de agosto de 2016, se cobró durante la vigencia de 2016, alcanzando a recaudarse la suma de \$120.106.940 (ff. 590-591); hecho este que defrauda la confianza que es depositada en tales servidores, cuando de ellos se espera que dirijan los destinos de la localidad atendiendo el ordenamiento jurídico.

La primera instancia reprochó la conducta endilgada a los Concejales de extralimitación de sus funciones, por el hecho de haberse fijado un tributo sin autorización, es decir, sin atender el marco jurídico bajo el cual se debe cimentar la potestad impositiva del Estado, a través de los Concejos Municipales, con lo cual quebrantaron los principios de legalidad y moralidad, que guían la función administrativa, carácter de la misión encargada por la Constitución y la ley a esas Corporaciones Públicas.

De este modo, como de conformidad con el artículo 5 de la Ley 734 de 2002, *“La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”*,

[Handwritten signature] 67

2814



esto implica conforme lo ha sostenido el Consejo de Estado, que es menester, por un lado, que haya una verdadera afectación de la función pública que es encomendada al servidor que se investiga y por otro, que haya existido de por medio una circunstancia o situación que justifique una actuación, extralimitación u omisión en ese sentido.

Ahora bien, contra este argumento que permite confirmar la ilicitud sustancial de la conducta reprochada a los Concejales de Soledad, se dice por los apelantes que al haberse tomado por la primera instancia, se generó una incongruencia del fallo con el pliego de cargos, que afectó su derecho de defensa técnica; esto por cuanto, en el auto de cargos no se arguyó ese elemento de juicio.

Al respecto, se considera que tal aseveración carece de asidero jurídico y fáctico, en primer lugar, porque al sustentarse la ilicitud sustancial en el pliego de cargo, claramente se señaló que la conducta reprochada había violado los principios de la función pública y dentro de esos, están contemplados, el de moralidad y de legalidad, los cuales fueron explicados probatoriamente en el fallo de primera instancia.

Además, debe tenerse en cuenta que, la oportunidad de presentar alegatos de conclusión puede determinar la ampliación de argumentos para reforzar la postura del operador disciplinario, que es lo sucedido en este caso respecto de la situación de los investigados.

Por otra parte, se alegó que fue deficiente el ejercicio de subsunción de la conducta desplegada en el supuesto de hecho que describe la falta disciplinaria; al respecto, se pone de presente que la primera instancia endilgó como falta disciplinaria la descrita en el numeral 60 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por considerar que votaron o fijaron un tributo que la ley no les había facultado para crear.

A esa misma consideración llega esta instancia, pues tal como se señaló en líneas precedentes, la totalidad de los miembros de la Corporación Pública aludida decidieron aprobar el proyecto de acuerdo presentado por el Alcalde Municipal de Soledad, para fijar por medio del mismo un tributo y específicamente, un impuesto, que la Ley 19 de 1991 no había autorizado.

De manera que, si bien está presente una extralimitación de funciones a la luz de lo previsto en el numeral 1 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, esta escala a la falta gravísima endilgada, porque se utilizó la función y atribución, que en su orden establecen los artículos 313-4 de la Constitución Política y el 32-7 de la Ley 136 de 1994, para establecer el pago fijado por el artículo 3 del Acuerdo No. 199 de 2016, sin que la Ley 19 de 1991 así lo dispusiera, es decir, se fue más allá de la función otorgada por dicha ley, la cual ordenaba para ese efecto, que el Alcalde fijaran la suma o porcentaje dentro del presupuesto para el funcionamiento del aludido fondo y no el impuesto creado.

TOP



Por lo anterior, no hay duda en que la conducta censurada y probada en este asunto, se adecúa en su totalidad al supuesto de hecho que describe la falta prevista por el numeral 60 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en razón a que si bien el Acuerdo No. 199 de 2016, tuvo por finalidad el fomento y desarrollo del deporte, en consonancia con la Ley 19 de 1991, al crear el Fondo de Fomento y establecer como fuente de financiación el valor que fijara dentro del presupuesto el Alcalde Municipal, no es menos cierto, que al establecer el gravamen de 1.5% del valor de los convenios y contratos que celebrara el municipio y los entes descentralizados, en ejercicio de la función que le corresponde (Votar, establecer, modificar y eliminar tributos), previamente definida, se dio un alcance distinto a la finalidad que se había propuesto la mentada Ley 19 de 1991.

Así las cosas, el argumento orientado a señalar que fue deficiente la subsunción queda desvirtuado.

Finalmente, se considera por los apelantes que no están dados los elementos que configuran el dolo, como quiera que no se probó el aspecto volitivo frente al actuar de los Concejales al aprobar el proyecto de acuerdo para la creación del Fondo de Fomento de Deporte.

Sea lo primero precisar, para atender este argumento, que tal forma de culpabilidad en materia disciplinaria, de acuerdo con la definición prolijada por la Corte Constitucional “...implica que el sujeto disciplinable haya tenido conocimiento de la situación típica que implica el desconocimiento del deber que sustancialmente debe observar y que voluntariamente haya decidido actuar en contravía a éste; por tanto, el conocer ya involucra el querer, ya que si se tiene conocimiento y pese a eso se realiza la conducta, es porque efectivamente quiere el resultado”.¹⁹¹

A lo anterior se agregó por el alto Tribunal, que “*Tratándose del dolo en materia disciplinaria, se parte de una presunción, de estirpe constitucional, consagrada en el artículo 122 de la Carta, según el cual el funcionario, al momento de asumir sus funciones, se compromete solemnemente a cumplir la Constitución, la ley y los reglamentos que rigen la función o el servicio que va a desempeñar. Eso significa que entiende el compromiso que adquiere y que se obliga, no solo a observar las normas, sino a tener conocimiento de ellas y de la manera en que deben aplicarse (...).*” y que entonces “...*el servidor público soporta una carga mayor y superior en materia de responsabilidad y que para excusarse de cumplir con sus postulados, debe probar, de manera fehaciente, que ha sido contra su querer o ajena a su voluntad la actuación que vulnera el ordenamiento, o que su propósito fue diferente al conseguido, o que actuó suponiendo unos resultados pero sobrevinieron unos diferentes*”.¹⁹²³² *COA*

³² Ver sentencia T-319A de 2012.



En síntesis, el dolo en materia disciplinaria no opera bajo los mismos supuestos que en el ámbito penal, esto significa que no necesariamente deben estar probados todos los elementos que se aluden por los apelantes como ausentes en el juicio realizado por el *a quo*, pues en concordancia con la reiterada jurisprudencia y la doctrina sobre este aspecto, basta (i) Que se tenga conocimiento del hecho que se realiza y (ii) El conocimiento de la exigencia del deber, concretamente, el conocimiento de la ilicitud de la conducta³³.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que el que toma por destino el servicio público, se obliga a probar para desvirtuar el actuar doloso que en su momento se le endilgue en el curso de un juicio disciplinario, que no actuó de manera consciente y voluntaria en contra de sus deberes funcionales.

Ahora bien, la primera instancia consideró que *“existió voluntad para desatender la norma prohibición y conocimiento pleno de la ilicitud de la conducta...el comportamiento desarrollado fue contrario al deber exigible...”* (f. 2382).

Aún así, la primera instancia para determinar que la falta fue cometida a título de dolo, realizó el correspondiente análisis de cada uno de los elementos que configuran el dolo, a saber: 1. Atribuibilidad de la conducta. / 2. Exigibilidad del cumplimiento del deber. / 3. Conocimiento de la situación típica o conocimiento de los elementos estructurales de la conducta que se realiza. / 4. Voluntad para realizar u omitir el deber o la prohibición. / 5. Conciencia de la ilicitud.³⁴

Se insiste por esta instancia, que quedó probado la culpabilidad de los investigados a título de dolo, pues aun cuando la Ley 19 de 1991 no autorizó la creación de un tributo, aquellos de manera unívoca dirigieron su actuar a imponer para la lograr un recurso que contribuyera a la financiación del fondo, el pago del 1.5% sobre el valor de los convenios y contratos que suscribiera el Municipio de Soledad y los organismos descentralizados del orden municipal, cuya cuantía fuera igual o superior a 26 SMLMV, lo cual fue materializado con el Acuerdo No. 199 de 2016.

Sin hesitación alguna, los Concejales actuaran a sabiendas que estaban desconociendo un deber de raigambre constitucional y legal, pues ellos como servidores públicos tienen como función votar de conformidad con la Carta Política y la ley los tributos, pese a ello obviaron tal presupuesto al actuar. Por lo tanto, como basta con que el infractor de la ley disciplinaria tuviera conocimiento de lo

[Handwritten signature]

³³ Esiquio Manuel Sánchez Herrera, Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario, preguntas y respuestas. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, pag. 41.

³⁴ (i) De los 19 miembros de la Corporación Pública en mención, no quedó duda acerca de su condición de imputables; (ii) Estaban los investigados en su calidad de Concejales en el deber de actuar conforme al marco regulatorio que define la función que les atribuye el numeral 4 del artículo 313 de la Constitución Política y el numeral 7 del artículo 32 de la Ley 136 de 1994, esta es, la potestad impositiva de Estado; (iii) Sabían los servidores públicos en cuestión que era necesaria la habilitación de la ley para crear el tipo de tributo que erigieron mediante lo dispuesto en el artículo tercero del Acuerdo No. 199 de 2016, en tanto que, de acuerdo con el análisis hechos en líneas precedentes, se trató de un impuesto; (iv) Se hizo evidente de acuerdo con la documental aportada al expediente, concretamente, las actas de las sesiones de comisión permanente y ordinaria realizadas, que había toda la intención por parte del total de los integrantes del Concejo de Soledad de aprobar el proyecto de acuerdo que presentó el Alcalde José Joao Herrera para la creación del Fondo de Fomento del Deporte y establecer las fuentes de financiación.



que implica desconocer el deber que debe observar y que a pesar de ello, actué en forma contraria a ello, y estos requisitos se hayan presentes en la conducta que fue desplegada por los Concejales aquí investigados, quedan desvirtuadas las alegaciones que estaban dirigidas a desvanecer la culpabilidad como fue endilgada por la primera instancia.

Dicho actuar contrario contra los deberes funcionales de los Concejales, fue incluso posteriormente confirmado por el Juzgado 12 Administrativo Oral de Barranquilla, mediante sentencia emitida el 14 de mayo de 2017, dentro del proceso No. 08001-33-33-012-2016-00234, en la cual se concluyó para arribar a la nulidad del aparte correspondiente a la imposición del tributo mediante el artículo tercero del Acuerdo No. 199 de 2016, que *"...el Municipio de Soledad, a través de s concejo municipal, actuó por fuera del marco legal y con ello transgredió el marco de sus competencias, en al medida en que si bien estaba facultado para crear el Fondo de Desarrollo al Deporte, en virtud de la Ley 19 de 1991, no sucede lo mismo con la facultad que se atribuyó para de manera indirecta imponer un tributo a quienes suscriban contratos y convenio con el ente territorial y sus organismo descentralizados"*³⁵.

Finalmente, no hay lugar para aceptar el alegato orientado a sostener que hay desproporción entre la falta endilgada y la sanción impuesta, como quiera que en este asunto al establecerse que los investigados incurrieron en una falta gravísima p a título de dolo, se impone de conformidad con el artículo 44 de la Ley 734 de 2002, la destitución e inhabilidad general.

Corolario de lo expuesto, como no fueron suficientes los argumentos invocados por los apelantes para haber desvirtuado el grado de certeza de responsabilidad de los disciplinados, como quiera que se probó su incursión en la falta gravísima establecida por el artículo 48-60 del CDU, se impone en consecuencia, confirmar la decisión objeto de alzada.

En mérito de lo expuesto, la Procuradora Regional del Magdalena,

VI. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia del proceso disciplinario No. IUS-2016-209647– IUC-2016-566-863505, proferido el 11 de julio de 2019 por la Procuraduría Provincial de Santa Marta, que declaró la responsabilidad disciplinaria de los señores Ruber Cartagena Llanos, Adriana Marcela Molinares Cabrera, Juan Carlos Orozco Llerena, Rodrigo Martínez Cabrera, Álvaro Enrique Martínez González, Gladys Magdalena Arraut Varelo, Astrid de Los Milagros Barraza Mora, Ricardo Arcón Herrera, Robín José Buelvas Vergara, Julio César Cabrera Rodríguez, Feliz Alberto Donado Escorcía, Daniel Iván Florián Realles, Alexandra patricia Hernández navas.

³⁵ Ver folios 764 a 775 Se precisa que esta decisión fue confirmada por el Tribunal Administrativo del Atlántico mediante sentencia adiada 24 de agosto de 2018, vista a folios 1286 a 1316.



Ruby de Jesús Puente Garizabal, Jonny Eduardo Pulgar Severiche, Monte Wuiliano Valbuena Rojas, Jorge Humberto Mejía Iriarte, Enrique Horacio Del Castillo Jiménez y Robin Basilio Castro Faliece en calidad de Concejales del Municipio de Soledad, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de este proveído.

SEGUNDO: Por la Secretaría **DEVOLVER** el expediente a la Procuraduría Provincial del Santa Marta (Magdalena) con la finalidad que se surtan las notificaciones personales a todos los sujetos procesales, advirtiendo que contra el mismo no cabe recurso alguno, así mismo **REGISTRAR** las constancias a que haya lugar una vez surtido el trámite de notificación, así como las demás comunicaciones para hacer efectiva la sanción

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ITALA PEDRAZZINI LOSADA
Procuradora Regional del Magdalena

Esta decisión fue discutida y aprobada en sesión de Sala Territorial conformada por las Procuradoras Regionales del Magdalena y Guajira (C), Dra Yenny Coronado Gil, realizada el 16 de diciembre de 2019, de conformidad con lo dispuesto en al Resolución No. 74 de 21 marzo de 2017.