



469

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN "B"

Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D. C., dos (2) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Proceso número: 200012331000200401644-01 (37438)
Actor: Municipio de Agustín Codazzi
Demandado: Instituto para el Desarrollo Urbano de Antioquia –
IDEA-
Acción: Contractual

La Sala procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia de 13 de agosto de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, mediante la cual se dispuso:

"Primero.- Declárese la nulidad del contrato de empréstito n.º 8296 de 25 de septiembre de 2003, celebrado entre el municipio de Agustín Codazzi, Cesar y el Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA-. Y, en consecuencia,

Segundo.- Declárese también la nulidad de la pignoración de los ingresos a la sobretasa a la gasolina y del impuesto al transporte de gas, que hizo el municipio de Agustín Codazzi para garantizar la obligación adquirida al suscribir el contrato de empréstito, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

Tercero.- Declárese probada parcialmente la excepción de enriquecimiento sin causa y ordénese la restitución de las cosas al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

Cuarto.- Sin condena en costas en esta instancia

Cópiese, notifíquese y cúmplase, si no fuere apelada la sentencia, remítase al superior jerárquico para que se surta el grado jurisdiccional de consulta".

I. ANTECEDENTES

1.1 Síntesis del caso

El 14 de septiembre de 2004, el municipio de Agustín Codazzi presentó demanda en ejercicio de la acción contractual, en contra del Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA-¹, con el objeto de que se declare la nulidad del contrato de empréstito n.º 8296 de 25 de septiembre de 2003 y de la pignoración de los ingresos a la sobretasa a la gasolina y del impuesto al transporte de gas.

El ente territorial sostiene que, sin mediar autorización del Concejo Municipal, celebró el contrato y obtuvo un crédito por la suma de \$1 380 000 000.00. Aduce que por estos hechos la fiscalía adelantó investigación por los punibles de peculado por apropiación, falsedad y fraude procesal.

La parte actora solicita dar aplicación a las causales 2 y 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en la medida en que el contrato se celebró contra expresa prohibición constitucional y legal y desviación de poder. Alega, además, falsedad del contenido del contrato, en la medida en que el texto da cuenta de que el alcalde para entonces –señor Fidel Moreno Revuelta- estaba facultado por el Concejo Municipal sin estarlo, pues, si bien el acuerdo n.º 006 de 22 de julio de 2003 fue sometido a consideración del cuerpo de elección popular, no fue aprobado (fls. 27, 28-30 cuaderno 1).

1. PRIMERA INSTANCIA

1.1 La demanda

Con base en lo expuesto, la parte actora impetra las siguientes declaraciones y condenas:

“1.- Que está viciado de nulidad absoluta el contrato No. 8296 de 25 de septiembre de 2003, de empréstito celebrado entre el Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA- y el municipio de Agustín Codazzi.

¹ El Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA- fue creado como entidad de carácter departamental, con patrimonio propio y con personería jurídica, mediante la Ordenanza n.º 13 de 31 de agosto de 1964 de la Asamblea Departamental de Antioquia, en sus sesiones extraordinarias. De conformidad con la certificación que reposa a folios 25 y 42 del cuaderno 1, de 2 de abril de 2004, “dicha entidad existe actualmente con el mismo carácter de establecimiento público del orden departamental y goza por lo tanto de autonomía jurídica, patrimonial y administrativa con arreglo al acto ordenanzal”.

A 70

2.- *Que es nula la pignoración de los ingresos a la sobretasa a la gasolina y del impuesto al transporte de gas, que hizo el municipio de Agustín Codazzi, para garantizar la obligación adquirida al suscribir el contrato de empréstito.*

3.- *Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada" (fl. 26 cuaderno 1).*

En el acápite de cuantía, la parte actora estimó los perjuicios en la suma de \$1 380 000 000.00, valor del contrato de empréstito (fl. 32 cuaderno 1).

En oportunidad, el municipio adicionó la demanda en el acápite de pretensiones, así:

"1.- *Que se declare la nulidad absoluta el contrato No. 8296 de 25 de septiembre de 2003, de empréstito celebrado entre el Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA- y el municipio de Agustín Codazzi.*

2.- *Que como consecuencia de la anterior declaración se declare la terminación del contrato No. 8296 de 25 de septiembre de 2003, de empréstito celebrado entre el Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA- y el municipio de Agustín Codazzi.*

3.- *Que en consecuencia de las anteriores declaraciones se decrete o declare la liquidación del contrato No. 8296 de 25 de septiembre de 2003, de empréstito celebrado entre el Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA- y el municipio de Agustín Codazzi.*

4.- *Que se declare la nulidad de la pignoración de los ingresos a la sobretasa a la gasolina y del impuesto al transporte de gas, que hizo el municipio de Agustín Codazzi, para garantizar la obligación adquirida al suscribir el contrato de empréstito objeto de la presente acción.*

3.- *Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada" (fl. 230 cuaderno 1).*

1.2 La defensa del demandado

1.2.1 El Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA- se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Dio cuenta de la existencia y aprobación del acuerdo n.º 006 de 22 de julio de 2003, por medio del cual el Concejo Municipal autorizó al alcalde de la época celebrar el contrato de empréstito n.º 8296 del mismo año. Afirmó que el contrato surtió efectos jurídicos y las partes cumplieron las obligaciones a su cargo, satisfaciendo el objeto acordado, esto es el ajuste fiscal. Precisó que, si bien la fiscalía adelantó investigación, lo fue

contra "algunos servidores a quien adeudaba dineros el municipio por pasivos laborales y prestacionales".

El demandado propuso las excepciones que denominó i) "falta de causa para pedir", en la medida en que no hay razón para declarar la nulidad de un contrato válido; ii) "doble enriquecimiento", pues "(...) proferir un fallo contrario a la razón y a la realidad que se opera en el asunto constituiría un doble enriquecimiento a favor del municipio, pues como se demuestra el contrato surtió su efecto y los dineros objeto del empréstito fueron destinados al ajuste fiscal"; iii) "buena fe del instituto", comoquiera que debe probarse la mala fe, "cosa que no sucede"; iv) "mala fe del municipio al presentar la acción", toda vez que el ente territorial no puede pretender sustraerse del cumplimiento de las obligaciones acordadas, cuando "los recursos fueron recibidos en cheques a nombre del accionante y consignados en cuentas propias. Recursos que fueron aplicados a la destinación pactada en el contrato"; y v) "presunción de validez del acuerdo 006 de julio 22 de 2003", sancionado por el alcalde, al margen de que no fue aprobado por la mayoría (fls. 52-62 cuaderno 1).

Frente a la adición de la demanda, el instituto demandado insistió en la validez del contrato y en el cumplimiento de requisitos legales para su perfeccionamiento, así como en la buena fe del demandado y la mala fe del accionante (fls. 243-245 cuaderno 1).

1.3 Alegatos de conclusión

1.3.1 El municipio de Agustín Codazzi reiteró los argumentos expuestos en el libelo. Insistió en que el alcalde no contaba con autorización del Concejo Municipal para suscribir el contrato, pues el proyecto de acuerdo para tales efectos no fue aprobado, de donde se incurrió en la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993. Al tiempo, se opuso a la prosperidad de las excepciones, por falta de fundamento (fls. 385-388 cuaderno 1).

1.4 Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de 13 de agosto de 2009, el Tribunal Administrativo del Cesar accedió parcialmente a las súplicas. Encontró que "(..) es *inexistente el acuerdo n.º 006 de 22 de julio de 2003, citado en el contrato de empréstito n.º8296 suscrito entre las partes y en consecuencia declara que no hubo autorización legal para la celebración, debido a la ausencia de facultades en el alcalde para comprometer y obligar al municipio de Agustín Codazzi*".

Lo anterior, comoquiera que el proyecto de acuerdo obtuvo un empate en la votación adelantada en el Concejo Municipal y en el acta consta que el vicepresidente dio cuenta de que el mismo quedaba "*sin piso jurídico*". Lo que se traduce en un vicio que afecta de nulidad absoluta el contrato, así como la pignoración de los ingresos provenientes de la sobretasa a la gasolina y el impuesto al transporte de gas.

El tribunal aclaró que el contrato se ejecutó y los dineros del IDEA entraron a las arcas del municipio y con ellos se cancelaron las obligaciones fiscales adeudadas. Por tanto, procedió a analizar la excepción relativa al "*doble enriquecimiento o enriquecimiento sin causa*". Sobre el particular, el *a quo* señaló:

"En el presente caso no está probado que la demandada tuviera conocimiento de la inexistencia del acuerdo 006 de 2003. Por lo tanto, se debe apreciar que actuó de buena fe y le son aplicables las normas antes citadas. Entonces, es el demandante quien debe restituir a la demandada los valores recibidos, pero solo aquellos que realmente hubieren servido para satisfacer un interés público.

Está probado que de los dineros recibidos por parte de la demandante, la suma de \$524.263.660 no sirvieron para satisfacer interés público alguno ya que fueron desviados y apropiados ilícitamente. Esta suma debe ser disminuida del valor a restituir porque no cumplieron con la condición del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 y la parte demandante deberá asumir dicho valor.

A su vez, se concluye que está probada parcialmente la excepción de enriquecimiento ilícito o doble enriquecimiento en la suma antes mencionada y así se declarará" (fls. 397-410 cuaderno ppal.).

2. SEGUNDA INSTANCIA

2.1 Grado jurisdiccional de consulta

Mediante proveído de 25 de septiembre de 2009², la Sección admitió el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia de 13 de agosto de 2009.

Lo anterior, comoquiera que las partes no impugnaron la decisión, el asunto tiene vocación de doble instancia y la condena excede de 300 salarios mínimos legales mensuales³, cumpliendo de esta forma con los requisitos de que trata el artículo 184 del C.C.A.⁴ (fls. 417-419 cuaderno principal).

Durante el término de traslado, la parte actora solicitó no surtir el grado jurisdiccional, en la medida en que la sentencia fue declarativa y no condenatoria, pues, en su sentir, solo reconoció la consecuencia obvia de la declaratoria de nulidad del contrato (fls. 421-422 cuaderno ppal.).

El demandado, por su parte, consideró que no se configuraban las causales de nulidad del contrato, en la medida en que i) el alcalde adquirió un crédito con una destinación específica, esto es el saneamiento fiscal previsto en el artículo

² M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³ En cuanto al monto de la condena impuesta en primera instancia, el auto que admitió el grado jurisdiccional de consulta señaló que la misma "excede de 300 salarios mínimos legales mensuales, toda vez que la restitución de dineros ordenada a cargo de la entidad pública demandante y a favor de la demandada fue de \$524.263.660, esto es 1.055 SMMLV, motivo por el cual también se cumple este requisito" (fl. 419 cuaderno ppal.).

⁴ "Artículo 184. Consulta. Las sentencias que impongan condena en concreto, dictadas en primera instancia a cargo de cualquier entidad pública que exceda de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales o que hayan sido proferidas en contra de quienes hubieren estado representados por curador ad litem, deberán consultarse con el superior cuando no fueren apeladas.

Las sentencias que impongan condena en abstracto sólo serán consultables junto con el auto que las liquide, en los eventos del inciso anterior.

En los asuntos contenciosos de carácter laboral, solamente se consultarán las sentencias dictadas en primera instancia que impongan condena a cargo de la entidad pública, cuando de la respectiva actuación se deduzca que la demandada no ejerció defensa alguna de sus intereses.

La consulta se tramitará y decidirá previo traslado común por cinco (5) días para que las partes presenten sus alegatos por escrito y se entenderá siempre interpuesta a favor de las mencionadas entidades o del representado por curador ad litem. El agente del Ministerio Público, antes del vencimiento del término aquí previsto podrá solicitar traslado especial que se concederá, sin necesidad de auto que así lo disponga, por el término de cinco (5) días, contados a partir de la entrega del expediente que se efectuará una vez concluido el traslado común.

La providencia sujeta a consulta no quedará ejecutoriada mientras no se surta el mencionado grado".

472

68 de la Ley 617 de 2000, de suerte que no cabe la desviación de poder y ii) no existía objeto y causa ilícitos, en la medida en que la celebración de contratos de crédito público se encuentran autorizados por el parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

Por último, el instituto puso de presente que el evento de que se resuelva confirmar la nulidad, "(..) *la consecuencia lógica es que las cosas vuelvan al estado anterior a la celebración, esto es, que el municipio restituya al IDEA la suma de \$1.380.000.000.00, con su correspondiente indexación, dineros que le habían sido entregados en calidad de préstamo*" (fls. 424-430 cuaderno ppal.).

2.2 Intervención del Ministerio Público

El representante del Ministerio Público solicitó i) confirmar los numerales uno y dos de la parte resolutive de la sentencia, en lo que tiene que ver con la declaratoria de nulidad del contrato y la pignoración de los ingresos, comoquiera que, si bien el acuerdo fue sancionado por el alcalde, no fue aprobado por el Concejo Municipal, por lo que el contrato no cumplió con los requerimientos legales y ii) modificar lo relativo a la restitución de las cosas a su estado anterior, "(..) *en el sentido de que se ordene al municipio restituir la totalidad del dinero prestado por el instituto y este a su vez devolver las prestaciones recibidas en virtud de la pignoración de los ingresos a la sobretasa de la gasolina y del impuesto al transporte del gas al primero*" (fls. 441-445 cuaderno ppal.).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, en razón del grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones, dado que la cuantía alcanza la exigida en vigencia del Decreto 597 de 1988⁵, para que ésta Sala conozca de la acción

⁵ El 14 de septiembre de 2004, la cuantía para que un proceso iniciado en ejercicio de la acción contractual tuviera vocación de doble instancia era de \$51 730 000 -artículos 129 y 132 del C.C.A. subrogados por el Decreto 597/88- y la mayor de las pretensiones de la demanda fue

contractual en segunda instancia; además, las partes no impugnaron la decisión y la condena excede de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes (artículo 184 del C.C.A.).

Cabe anotar que, si bien las decisiones tomadas por el *a quo* tienen que ver con la declaratoria de nulidad del contrato de empréstito y la pignoración de los ingresos a la sobretasa a la gasolina y al impuesto al transporte de gas, también se encontró probada la excepción de enriquecimiento sin causa del municipio y a favor del Instituto, por lo que se ordenó la restitución del dinero disminuido en la cuantía señalada en la providencia que desató la litis, traduciéndose en una condena u obligación económica a cargo de la parte actora, la cual excedió el monto previsto en la ley para surtir la consulta de la decisión. Por tanto, no resulta procedente lo alegado por el ente territorial.

2. Asunto que la Sala debe resolver

Debe la Sala considerar el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia de 13 de agosto de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, con miras a resolver la pretensión de nulidad del contrato de empréstito n.º 8296 de 2003, en razón de que alcalde actuó sin la autorización del Concejo Municipal que requería la celebración. Nulidad que afectó la pignoración de los ingresos a la sobretasa a la gasolina y el impuesto al transporte de gas.

En lo atinente a las excepciones propuestas, la Sala encuentra que los argumentos esgrimidos tienen que ver con el análisis de fondo del asunto, por lo que no procede realizar un pronunciamiento previo sobre las mismas.

Debe, en consecuencia la Sala estudiar los hechos probados y, de esta forma, resolver lo que corresponde.

estimada por la parte actora en la suma de \$1 380 000 000.00, representado en el valor del contrato de empréstito.

2.1 Hechos probados

Serán tenidos en cuenta los documentos aportados por la parte actora en las oportunidades legales, los remitidos por la entidad pública demandada, las respuestas de diversas autoridades a los requerimientos del Tribunal y los testimonios recibidos en el curso del presente asunto, pues se trata de pruebas decretadas y practicadas dentro de las oportunidades procesales.

De conformidad con el acervo probatorio que reposa en la actuación, la Sala encuentra acreditados los siguientes hechos:

1. El 22 de julio de 2003, el Concejo Municipal de Agustín Codazzi, previa convocatoria a sesiones extraordinarias por parte del alcalde, adelantó el estudio del proyecto que autorizaba al burgomaestre *"(..) para gestionar y suscribir un empréstito con entidades crediticias hasta por la suma de dos mil millones de pesos con destino al ajuste fiscal (..). Los dineros obtenidos por este crédito serán utilizados únicamente para el pago de la deuda laboral, para el pago de empleados y pago de la deuda a los proveedores"*.

Leído el proyecto, el primer vicepresidente de la corporación dispuso su votación. El resultado fue de *"siete (07) votos positivos y siete (07) votos negativos"*.

Acto seguido, el funcionario dejó la siguiente constancia:

*"Después de cinco minutos de receso el primer vicepresidente manifiesta que al quedar siete a siete, **queda sin piso jurídico el acuerdo**. Esperemos que lo presenten nuevamente en las sesiones del tercer periodo del concejo municipal"*
(negrillas fuera de texto).

De ello da cuenta el acta n.º 046 de la fecha (fls. 10-20 cuaderno 1).

No obstante, en la actuación obra copia del "acuerdo n.º 006 de 22 de julio de 2003", a cuyo tenor el Concejo Municipal autorizó al alcalde para i) gestionar y suscribir un empréstito con entidades crediticias hasta por la suma de dos mil millones de pesos, con destino al ajuste fiscal; ii) convenir las modalidades de plazo, intereses, garantías, lugar, forma de pago y demás condiciones e iii) incorporar al presupuesto en la cuantía señalada y hacer los traslados

presupuestales necesarios que le permitan al ente territorial cubrir las obligaciones contraídas en razón del contrato. Lo anterior por el término de tres (3) meses.

El acuerdo aparece suscrito por los señores Cristóbal Oliveros Ulloque, Presidente, Eduardo Bohórquez, primer Vicepresidente, Marta Clavijo Franco, 2ª Vicepresidenta y Oscar Mejía Fragozzo, Secretario (fls. 77-78 cuaderno 1).

El 24 de julio siguiente el texto fue remitido al gobernador para su revisión (fl. 79 cuaderno 1).

2. El 25 de septiembre siguiente, los señores Oscar de Jesús Marín, representante legal del Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA- y Fidel Moreno Revuelta, alcalde encargado del municipio de Agustín Codazzi⁶, Cesar, suscribieron el contrato de empréstito n.º 8296, código 8245. Señala el documento:

“Cláusula primera. Objeto. El IDEA concede un crédito de fomento al municipio hasta por la suma de UN MIL TRESCIENTOS OCHENTA MILLONES (\$1.380.000.000.00)”.

En el encabezado, los contratantes dejaron constancia de que el representante legal del ente territorial actuaba *“debidamente facultado por el H. Concejo Municipal mediante Acuerdo 006 de julio 22 de 2003”* (fl. 71 cuaderno 1).

Las partes acordaron que el *“dinero materia del presente empréstito deberá invertirlo el municipio para ajuste fiscal. El IDEA tendrá la facultad de vigilar como lo juzgue conveniente, el cumplimiento de lo acordado (...)”* (cláusula segunda). Si al concluir la inversión quedara un saldo sin utilizar, el municipio autorizaba al IDEA para saldar el remanente (parágrafo de la misma cláusula).

En la cláusula tercera los contratantes acordaron que el valor acordado sería entregado en dos desembolsos, previa solicitud del alcalde, por su parte y el

⁶ Mediante decreto n.º 095 de 25 de agosto de 2003 fue encargado de las funciones como alcalde del municipio de Agustín Codazzi el señor Fidel Moreno Revuelta (fls. 149-150 cuaderno 1).

municipio se comprometió "(..) en un término de un año contado a partir de la fecha del desembolso alcanzar una reciprocidad del 20% en sus operaciones con el instituto, de lo contrario IDEA dará una aplicación retroactiva de hasta dos (2) puntos porcentuales, según el párrafo segundo del artículo 6 de la resolución 077 de 1999".

La suma de dinero objeto de empréstito devengaría un interés del DTF+5% por trimestre anticipado, convertido y pagadero mes vencido. No obstante, el IDEA, "(..) de acuerdo con la política general que adopte en el futuro, unilateralmente puede modificar la tasa de interés del presente contrato, para los desembolsos que no se hayan efectuado de conformidad con la reglamentación y política crediticia que adopte" (cláusula cuarta).

Las partes acordaron un plazo de setenta y dos (72) meses para la amortización total, a partir de cada desembolso (cláusula quinta). La forma de pago se acordó como sigue:

"Cláusula sexta. Forma de pago. Mensual vencido para amortización a capital. El municipio constituirá encargo fiduciario para el manejo de las rentas que son fuente de pago y garantía. El municipio extinguirá la obligación mediante el sistema de cuotas semivariabes que comprenden una parte fija para amortización a capital y una parte por intereses, pagadero periodo vencido. El pago de la primera cuota se hará al periodo siguiente, contado a partir de la fecha del desembolso en el día de pago establecido para este municipio. El municipio se reserva el derecho de hacer abonos extraordinarios, cuando lo juzgue conveniente para extinguir la obligación y al ocurrir este evento el interés se liquidará sobre el capital adeudado. Párrafo. El municipio se obliga a realizar anualmente las respectivas apropiaciones presupuestales para atender el servicio anual de la deuda y durante el término que dure el empréstito".

En la cláusula séptima, los contratantes estipularon que la fuente de pago sería la sobretasa a la gasolina y el impuesto al transporte de gas sobre los cuales se constituirá encargo fiduciario.

En ese orden, acorde con la cláusula décima primera, las partes acordaron que para garantizar el pago de la deuda, además de los bienes que legalmente puedan constituir prenda para el acreedor, "(..) el municipio pignora la sobretasa a la gasolina y pignora el impuesto al transporte de gas, hasta cubrir el 150% del compromiso generado del cual debe constituir encargo fiduciario"; así, el ente territorial debería emitir y entregar a favor del IDEA los pagarés

correspondientes, una vez recibido el dinero desembolsado (cláusula décima segunda) (fls. 72-75 cuaderno 1).

El mismo día, el IDEA y el municipio de Agustín Codazzi celebraron el convenio de pignoración de los recursos provenientes de la sobretasa a la gasolina y el impuesto al transporte de gas, en los siguientes términos:

“Que el municipio pignora los ingresos sobretasa a la gasolina y del impuesto al transporte de gas, hasta cubrir el 150% del compromiso generado, constituyendo encargo fiduciario. Para el caso en que estos recursos se disminuyan por debajo de esta exigencia o se extingan, el municipio se obliga a sustituirlos por otros a satisfacción del instituto. Igualmente, en caso de que esta garantía se extinga o sea insuficiente, se compromete a sustituirla o adicionarla por otra que la reemplace a satisfacción del IDEA; de lo contrario podrá exigir el reintegro del saldo pendiente del crédito en forma inmediata” (fls. 4-9 y 76-77 cuaderno 1).

3. El 2 y 31 de octubre de 2003, el municipio emitió los pagarés n.º 8469 y 8532, por la suma de \$690 000 000.00 cada uno (fls. 63-64 cuaderno 1).

4. El 2 de marzo de 2005, la División de Tesorería del Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA- certificó que *“(.) mediante los cheques 5102 de 2 de octubre de 2003 y 5555 de 4 de noviembre de 2003, el IDEA efectuó desembolsos a favor del municipio de Agustín Codazzi por la suma de \$1.380.000.00, los cuales fueron elaborados con sello de seguridad y consignados directamente en la cuenta del municipio No. 10001608 denominada empréstitos IDEA y posteriormente trasladados a la cuenta corriente No. 2240411-1 de propiedad del municipio en el Banco de Bogotá de Agustín Codazzi”* (fl. 65 cuaderno 1).

En la actuación también obran las solicitudes de desembolso suscritas por el alcalde del municipio de Agustín Codazzi, los cheques y las cuentas de pago por concepto de obligaciones laborales y prestacionales, entre otros documentos que acreditan que el municipio demandante recibió del instituto demandado la suma convenida (fls. 80-229 cuaderno 1).

5. El 26 de septiembre de 2006, se adelantó diligencia de inspección judicial sobre la investigación adelantada en contra del señor Fidel Moreno Revueltas y otras personas más, por los delitos de falsedad material en documento público,

fraude procesal, concusión y peculado por apropiación. Consta en el acta la calificación con resolución de acusación y la fijación de fecha para audiencia de juzgamiento (fls. 287-288 cuaderno 2).

Posteriormente, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar allegó al plenario copia de la sentencia de 15 de abril de 2005, mediante la cual se condenó al señor Efrén de Jesús Martínez Cabello, en su calidad de ex secretario de hacienda y ex tesorero del municipio de Agustín Codazzi, como responsable por los delitos de peculado por apropiación, concusión, falsedad material en documento público y fraude procesal, en perjuicio del ente territorial, a la pena de 11 años de prisión y multa de \$524 263 660 a favor del municipio, más los intereses legales causados desde la fecha de apropiación hasta que se haga efectivo el pago.

Lo anterior, comoquiera que en tal condición *"desvió ilegalmente los dineros del Estado y actuó en manera antijurídica"*. La providencia dio cuenta de los siguientes hechos:

"(..) el ex alcalde encargado Fidel Moreno Revueltas, al rendir la versión de los hechos por los cuales se le dictó resolución de acusación, asegura que participó en la consecución del crédito otorgado por IDEA, junto con el tesorero Efrén de Jesús Martínez Cabello y el asesor Ramón Díaz y los cheques correspondientes al desembolso del préstamo le fueron entregados al Tesorero, quien era la persona encargada de girar los títulos valores.

Por su parte, Javier Enrique Coronel Rojas, al rendir versión sobre su participación en la consecución del crédito, aseguró que le correspondió rendir un informe al Concejo Municipal sobre la situación presupuestal del municipio porque los concejales tenían dudas al respecto, pero esa citación se hizo al Secretario de Hacienda-Tesorero y éste lo delegó para que asistiera a las sesiones en procura de sacar adelante el acuerdo presentado, sin embargo el acuerdo no fue aprobado y así lo informó al burgomaestre.

En consecuencia el procesado sabía del resultado obtenido en las sesiones del Concejo Municipal y el rechazo del proyecto de acuerdo presentado con la finalidad de solicitar autorización para gestionar el empréstito, por cuanto era de público conocimiento en el municipio, la decisión adoptada por el cuerpo colegiado; con mayor razón se infiere el conocimiento del sindicado por su calidad de funcionario público de la alcaldía municipal y el interés que tenía sobre el asunto, debido al aporte esencial y fundamental que debía cumplir en el rol delictivo asignado, por cuanto sin su consentimiento, no era viable la culminación efectiva de la defraudación al estar facultado para firmar los cheques que se

originarían en razón de ese propósito y por lo tanto debe responder en calidad de coautor”.

Declaró el juzgador la falsedad material e ideológica del acuerdo n.º 006 de 22 de julio de 2002 fue falsificado *“íntegramente tanto en su contenido como en la firma de los signatarios”*. Esto, en la medida en que *“(.) el Concejo Municipal mediante actas 045 y 046 de 18 y 22 de julio de 2002, respectivamente, negó las facultades que en ese sentido había solicitado el alcalde encargado Fidel Moreno Revueltas, para que se le autorizara como representante del municipio a gestionar y suscribir empréstitos con las entidades crediticias”*. Puso de presente que el presidente del Concejo presentó ante la Personería Municipal denuncia penal. Dio cuenta que *“con el número 006 existe otro acuerdo que hace relación a la ampliación de la estructura orgánica de la planta de cargos del personal de ese municipio”*. Acompañaron al denunciante i) la vicepresidenta de la Corporación, señora Marta Cecilia Clavijo, *“quien al conocer el acuerdo 006 sobre facultades al ejecutivo, niega haberlo suscrito, comoquiera que esas facultades fueron negadas”*; ii) el señor Oscar Antonio Mejía Fragozzo, quien sostuvo que *“su firma también fue falsificada por cuanto el proyecto sí fue presentado pero se negó la autorización para realizar el crédito”* y iii) el señor “Leonidad” (sic) Villalobos Campo, miembro del concejo.

Concluyó, entonces, que *“(.) fueron girados sin soporte alguno y que constituye hasta este momento como se dijo, el valor de la apropiación la suma de \$524.263.660, resultado obtenido de restar el valor total de los giros realizados por Efrén de Jesús Martínez, lo que constituye el detrimento causado al municipio”* (fls. 329-371 cuaderno 2).

2.2 Análisis del caso. Facultades otorgadas al alcalde para celebrar el contrato del *sub lite*

La parte actora solicita que se declare la nulidad del contrato de empréstito n.º 8296 de 25 de septiembre de 2003, celebrado entre el municipio de Agustín Codazzi y el Instituto para el Desarrollo urbano de Antioquia –IDEA-, así como la pignoración de los ingresos a la sobretasa a la gasolina y del impuesto al transporte de gas, convenido entre las mismas partes, comoquiera que el alcalde no fue facultado por el Concejo Municipal, para comprometer al municipio.

Aunado a lo anterior, con posterioridad a la presentación de la demanda, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar estableció la falsedad material e ideológica del acuerdo, sancionado por el burgomaestre y utilizado por el mismo para fundamentar el ejercicio de una facultad que no le había sido concedida.

La parte actora solicita dar aplicación a las causales 2 y 3 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, en la medida en que el contrato se celebró contra expresa prohibición constitucional y legal y desviación de poder.

El Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA-, por su parte, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Dio cuenta de la existencia y aprobación del acuerdo n.º 006 de 22 de julio de 2003, por medio del cual el Concejo Municipal autorizó al alcalde para celebrar el contrato de empréstito del *sub lite*. Afirmó que el contrato surtió efectos y las partes cumplieron las prestaciones convenidas, satisfaciendo el objeto acordado, esto es el ajuste fiscal.

Para resolver la litis, la Sala considera necesario realizar el siguiente barrido normativo, con miras a establecer la competencia que tienen los alcaldes para celebrar contratos y comprometer el patrimonio público.

Se trata de un contrato de crédito interno celebrado el 25 de septiembre de 2003, entre un municipio y un establecimiento público de carácter departamental. Al respecto, el artículo 277 del Decreto 1333 de 1986 –Código de Régimen Municipal- dispone:

“Son créditos internos los pactados en moneda nacional o extranjera que se reciban y paguen en pesos colombianos, sin que se afecte la balanza de pagos”.

Sobre la facultad del alcalde, como representante legal del municipio, para celebrar este tipo de contratos, previa autorización del Concejo Municipal, los artículos 278 y 279 de la codificación en cita prevé:

“Artículo 278. Las operaciones de crédito público interno que proyecten celebrar los municipios serán tramitadas por el alcalde.

Compete al alcalde municipal la celebración de los correspondientes contratos.

Artículo 279.- Las operaciones de crédito a que se refiere el artículo anterior deben estar acompañadas de los siguientes documentos:

1.- Estudio económico que demuestre la utilidad de las obras o inversiones que se van a financiar y sujeción a los planes y programas que estén adelantando las respectivas administraciones seccionales y municipales junto con la proyección del servicio de la deuda que se va a contraer.

2.- Autorización de endeudamiento expedida por el Concejo Municipal.

3.- Concepto de la oficina de planeación municipal o de la correspondiente oficina seccional si aquélla no existiere sobre la conveniencia técnica y económica del proyecto.

4.- Relación y estado de la deuda pública y valor de su servicio anual, certificada por la autoridad competente.

5.- Presupuesto de rentas y gastos de la vigencia en curso y sus adiciones y modificaciones legalmente autorizadas”.

Los artículos 313 y 315 de la Constitución Política, sobre las competencias atribuidas a los concejos y al alcalde preceptúan:

“Artículo 313. Corresponde a los concejos:

(..)

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

(..)”.

Artículo 315. Son atribuciones del alcalde:

3.- Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo; representarlo judicial y extrajudicialmente; y nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes o directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes.

(..)”.

En iguales materias, los artículos 32 y 91 de la Ley 136 de 1994, sobre la organización y funcionamiento de los municipios, entre las atribuciones de los concejos y el alcalde, disponen:

497

"Artículo 32.- Atribuciones. Modificado por el art. 18, Ley 1551 de 2012. Además de las funciones que se le señalan en la Constitución y la Ley, son atribuciones de los concejos las siguientes:

(..)

3. Reglamentar la autorización al alcalde para contratar, señalando los casos en que requiere autorización previa del Concejo.

(..)"

Artículo 91.- Funciones. Modificado por el art. 29, Ley 1551 de 2012. Los alcaldes ejercerán las funciones que les asigna la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y las que le fueren delegadas por el Presidente de la República o gobernador respectivo.

Además de las funciones anteriores, los alcaldes tendrán las siguientes:

(..)

D.- En relación con la Administración Municipal:

5. Ordenar los gastos y celebrar los contratos y convenios municipales de acuerdo con el plan de desarrollo económico, social y con el presupuesto, observando las normas jurídicas aplicables.

(..)"

El Decreto 111 de 1996, que compiló todas las normas del Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional, contenidas en la Ley 38 de 1989, Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995, dispone:

"Los órganos que son una sección del Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refiere la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano, quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces.

En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, las Entidades Territoriales, Asambleas y Concejos, las Contralorías y Personerías Territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica" –artículo 110-.

De conformidad con el acervo probatorio que reposa en el plenario, la Sala encuentra que le asiste razón al ente territorial, en el sentido de que el alcalde del municipio de Agustín Codazzi no contaba con autorización del Concejo Municipal para celebrar con el Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA- el contrato de empréstito n.º 8296 de 25 de septiembre de 2003.

En efecto, en el acta de sesión extraordinaria n.º 046 de 22 de julio de 2003 consta que, si bien el proyecto de acuerdo fue presentado para el debate correspondiente, sometido a votación no fue aprobado, al punto que el Vicepresidente de la Corporación dejó en claro que la propuesta debía volverse a presentar. Y, si bien el Concejo expidió un acuerdo con el número 6 y en la misma fecha, tuvo que ver con la ampliación de la estructura orgánica de la planta de personal del municipio.

Por lo anterior, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar encontró acreditada la "(..) falsificación del acuerdo 006 de 22 de julio de 2002, toda vez que los ediles en calidad de presidente y vicepresidente de la corporación edilicia, al igual que el secretario, negaron de manera rotunda la suscripción de ese documento que sirvió para obtener el crédito" (fl. 345 cuaderno 1).

En este orden de ideas, la Sala concluye que el alcalde encargado para entonces, señor Fidel Moreno Revueltas, actuó por fuera de su competencia, por lo que el contrato de empréstito n.º 8296 de 2003 está viciado de nulidad y así habrá de declararse.

La Corte Constitucional, al declarar exequible el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 136 de 1994, reiteró la facultad de los Concejos de autorizar al alcalde para contratar. Al respecto, señaló:

"Pues bien, si una de las funciones propias de los Concejos es la de autorizar al alcalde para contratar, tal y como lo dispone el artículo 313-3 Superior, es claro que la facultad de reglamentar lo relacionado con tal autorización también forma parte de sus competencias constitucionales, por virtud del numeral 1 del mismo canon constitucional. Es decir, si los Concejos pueden reglamentar el ejercicio de sus propias funciones, y una de sus funciones es la de autorizar al alcalde para contratar, se concluye lógicamente que tales corporaciones cuentan con la competencia constitucional para reglamentar el ejercicio de tal atribución, y que no es necesario que el legislador haya trazado, con anterioridad, una regulación detallada del tema. Así, en criterio de esta Corporación, este último precepto constitucional es un fundamento suficiente para que el Legislador haya confirmado que las Corporaciones municipales de elección popular tienen la posibilidad de reglamentar una de sus funciones constitucionales propias, cual es la de otorgar al correspondiente jefe de la administración municipal autorizaciones para contratar.

Esta función reglamentaria que, se reitera, cuenta con un fundamento constitucional propio, habrá de ejercerse mediante el trazado de una serie de

478

normas puntuales y específicas sobre una determinada materia, a saber: el procedimiento interno que se deberá seguir ante los Concejos para obtener la autorización respectiva, los criterios que debe seguir para otorgarla, así como los casos en los cuales tal autorización es necesaria.

(..)

Sin embargo, debe advertir esta Corporación que la atribución otorgada en la norma bajo estudio, siendo como es una función administrativa, sólo podrá ser ejercida por los Concejos con el alcance y las limitaciones propias de su naturaleza. Así, cualquier reglamentación efectuada por dichas Corporaciones, debe ser respetuosa del ámbito reservado constitucionalmente al Legislador, por lo cual no puede entrar a establecer procedimientos de selección, normas generales aplicables a los contratos, etc., puesto que ello forma parte del núcleo propio del Estatuto de Contratación...⁷.

El alcalde, en representación del municipio, tiene la facultad para ordenar los gastos y celebrar los contratos y convenios municipales; previa autorización del Concejo Municipal.

En concepto de 15 de noviembre de 2001⁸, la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación, fundada en la normatividad vigente, precisó que, si bien la ley les reconoce a los alcaldes la facultad de representar a los municipios, entre otras actividades, para celebrar contratos, requiere contar con autorización del concejo municipal, según lo establece el artículo 313, numeral 3, de la Carta Política. Señaló, además:

"La facultad del alcalde para la celebración de contratos es inherente a su calidad de representante legal del municipio, pero para ejecutarla es requisito la previa autorización de la corporación pública como órgano superior de la administración municipal, que decidirá los términos en que otorga la autorización, esto es si la concede en forma genérica o específica, temporal o por un término concreto, por cuantía determinada o sin límite de cuantía. Y a las directrices de la autorización deberá ajustarse el alcalde al celebrar los respectivos contratos, actuación que está sometida a la revisión por parte del gobernador, para objetarlo por inconstitucionalidad o ilegalidad y remitirlo al Tribunal competente, que decidirá sobre su validez, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 305, numeral 10 de la Constitución".

⁷ Sentencia No. C-738 del 11 de julio de 2001.

⁸ M.P. Augusto Trejos Jaramillo, exp. 1371.

Lo anterior, en consonancia con lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia C-086 de 1995⁹, acorde con la cual el alcalde debe sujetarse a las autorizaciones que en materia de contratación otorgue el concejo municipal.

En este orden la Sala de Consulta, en pronunciamiento posterior, concluyó:

*"Cuando la autorización para contratar no está dispuesta de manera general en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública -ley 80 de 1993-, el órgano representativo de elección popular, llámese Congreso, Asamblea, o Concejo, deberá conceder la autorización previa especial. Este tipo de autorización no necesariamente tiene que ser para cada contrato – aunque a veces la respectiva corporación se reserva el proceder de este modo, por razón de la naturaleza e importancia del contrato, como ocurre con los de empréstito -, pues es viable que la respectiva corporación proceda a autorizar la celebración de contratos con alcance general, como han solido hacer las asambleas y los concejos al expedir los respectivos códigos fiscales"*¹⁰.

La autorización de que trata el artículo 313, numeral 3, de la Carta, como ya se dijo, debe ser expresa, así sea general o para un determinado tipo de contrato, temporal o indefinida. No pueden los alcaldes celebrar contratos sin la autorización del Concejo. De suerte que la falta de autorización da lugar a la nulidad absoluta, según el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, que remite en su primer inciso a los casos previstos en el derecho común¹¹. De esta forma, serían aplicables los artículos 1740 y, en particular, el 1741 del Código Civil, a cuyo

⁹ "Para efectos de esta providencia, conviene señalar que esta Corte ha establecido que el inciso final del artículo 150 superior "contiene una autorización general, impersonal, no individualizada para la celebración de un contrato cuyo objeto sea la satisfacción del funcionamiento del servicio bajo ciertas condiciones"⁹. En otras palabras, la autorización general para contratar por parte de las entidades públicas estatales, que se encuentra en la Ley 80 de 1993, permite que no sea necesario contar con una norma especial expedida por una corporación pública cada vez que se pretenda celebrar un contrato por parte de alguna de las entidades u organismos a que hace referencia la citada ley.

No obstante lo expuesto, debe esta Corporación recalcar que la autorización que el órgano legislativo concede para que entidades del estado puedan contratar, no se agota únicamente con la expedición del Estatuto General de Contratación Administrativa. Así, puede establecer ese Estatuto que determinados contratos se sometan a una legislación especial -como es el caso de exploración y explotación de recursos naturales (Art. 76)-, o puede guardar silencio respecto del procedimiento y autorización necesaria para la celebración de un determinado tipo de contrato que no se encuentre enmarcado dentro de los que hace referencia el artículo 32 de la citada ley. En uno u otro evento, será necesario contar, pues, con una legislación especial que se ocupe de dichas materias. De igual forma, la Corte tampoco puede desconocer la facultad que le asiste al legislador para expedir toda una reglamentación relacionada con un contrato en particular, como es el caso de la Ley 37 de 1993, posteriormente complementada por la misma Ley 80 de ese mismo año".

¹⁰ Radicación 1077 de 26 de marzo de 1998.

¹¹ Concepto de 15 de noviembre de 2001, exp. 1371.

tenor "La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas".

Para la Sala es claro que el alcalde del municipio de Agustín Codazzi celebró un contrato sin competencia, dado que el Concejo del municipio no lo autorizó para suscribir el contrato n.º 8296 de 2003.

La ausencia de autorización genera nulidad absoluta por la omisión de un requisito que, como el señalado, la ley prescribe para reconocer validez a los contratos celebrados por los alcaldes; de lo cual se sigue, por la otra, la incompetencia del funcionario en mención para suscribir contratos sin la aquiescencia formal, previa y expresa del concejo municipal, lo que, en consecuencia, daría lugar a una celebración indebida de contratos, de conformidad con el ordenamiento penal.

Cabe recordar, además, que comprometer vigencias futuras debe responder a unos requisitos para su procedencia.

El artículo 23 del Decreto 111 de 1996¹² –modificado por la Ley 819 de 2003– regula las denominadas *vigencias futuras*, es decir, la posibilidad de que una

¹² El texto original del art. 23 fue el siguiente: "Art. 23. La Dirección General del Presupuesto Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público podrá autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras, cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas. Cuando se trate de proyectos de inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.

"El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General del Presupuesto Nacional incluirá en los proyectos de presupuesto las asignaciones necesarias para darle cumplimiento a lo dispuesto en este artículo.

"Las entidades territoriales podrán adquirir esta clase de compromisos con la autorización previa del concejo municipal, asamblea departamental y los consejos territoriales indígenas o quien haga sus veces, siempre que estén consignados en el plan de desarrollo respectivo y que sumados todos los compromisos que se pretendan adquirir por esta modalidad, no excedan su capacidad de endeudamiento.

"Esta disposición se aplicará a las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta con el régimen de aquéllas. El Gobierno reglamentará la materia.

obligación se pague con cargo al presupuesto del año(s) subsiguiente(s), lo que significa que el valor total de un contrato no se tiene que garantizar con el presupuesto de la *vigencia fiscal presente* –año en que se suscribe el contrato y empieza a ejecutarse-. Esta norma facultó a las *entidades territoriales* para comprometer este tipo de vigencias, siempre que se cumplieran los siguientes requisitos: i) que la *ejecución* del contrato iniciara con recursos de la vigencia en curso y el objeto se llevara a cabo en cada una de ellas; ii) recibir la autorización previa del concejo municipal, de la asamblea departamental y de los Consejos Territoriales Indígenas; iii) incluir la obligación en el plan de desarrollo respectivo; y iv) no exceder la capacidad de endeudamiento de la entidad territorial.

La Ley 819 de 2003, que modificó las disposiciones de la Ley 179 de 1994 - incorporadas al Decreto 111 de 1996-, mantuvo la distinción entre vigencias presentes y futuras, pero introdujo una nueva: *vigencias futuras ordinarias* y *vigencias futuras excepcionales*¹³. La afectación de las vigencias futuras procede siempre que su ejecución se inicie con los recursos de una vigencia en curso, su objeto se adelante en cada una de ellas y también se verifiquen los siguientes requisitos: "a) *El monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas consulte las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 1º de esta ley;* b) *Como mínimo, de las vigencias futuras que se soliciten se deberá contar con apropiación del quince por ciento (15%) en la vigencia fiscal en la que estas sean autorizadas;* c) *Cuando se trate de proyectos*

"El Gobierno presentará en el Proyecto de Presupuesto Anual, un artículo sobre la asunción de compromisos para vigencias futuras (Ley 179/94, artículo 9)."

¹³ La Sección Primera del Consejo de Estado, en la sentencia del 14 de julio de 2011, rad. 00032-02, explicó la distinción entre vigencias futuras excepcionales y ordinarias, y la regulación autónoma que les correspondió a las entidades territoriales: "Los artículos 10, 11 y 12 de la Ley 819 de 2003 (9 de julio), Capítulo II sobre Normas Orgánicas Presupuestales de Disciplina Fiscal, distinguen el caso de vigencias futuras ordinarias, referido a la asunción de obligaciones que afectan presupuestos de vigencias futuras cuando su ejecución se inicia con recursos de la vigencia fiscal en curso (art. 10), del evento de las vigencias futuras extraordinarias, para casos excepcionales, cuando se asumen obligaciones sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización (art. 11), exclusivamente para los casos de obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad, así como para las garantías de las concesiones. Así, se tiene que los artículos 10 y 12, respectivamente, regulan el procedimiento para apropiar vigencias futuras ordinarias de carácter nacional y territorial; y el 11 para apropiar vigencias futuras excepcionales únicamente de carácter nacional."

que conlleven inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación” –artículo 12 de la Ley 819 de 2003-¹⁴.

Además, la facultad de las Asambleas y los Concejos municipales de autorizar las vigencias futuras ordinarias es indelegable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 819 de 2003 y la jurisprudencia de la Corporación. En efecto, la Sección Primera, en sentencia del 13 de diciembre de 2012¹⁵, señaló que los concejos municipales no pueden comisionar a ningún órgano para conceder este tipo de licencias:

“Tal como se expresó al resumir la sentencia apelada, el a quo dio prosperidad a las pretensiones de la demanda, dado que la Comisión de Presupuesto del Concejo Municipal de Santiago de Cali no tenía facultades para la asunción de compromisos para vigencias futuras al igual que para modificar el Acuerdo anual de presupuesto, como en efecto lo hizo; porque esa competencia corresponde a los concejos municipales por mandato de los artículos 313-4 y 352 Constitucionales; 23, 104 y 109 del Estatuto Orgánico del Presupuesto. Y bien lo entendió el fallador de primera instancia al considerar que el acto acusado, quebrantó ostensiblemente el ordenamiento jurídico al establecer en cabeza de la Comisión de Presupuesto del Concejo Municipal de Cali la atribución de autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras, en detrimento de la facultad, esta si atribuida por Ley, Decreto Ley 111 de 1996 artículo 23, al pleno de los Concejos Municipales.

“Por lo tanto, no tiene razón la apelante al considerar que el Acuerdo 017 de 1996 debe mantenerse con el contenido del inciso primero del artículo 36 y con el artículo 80, en el entendido que desaparezcan de los mismos las expresiones “comisión de presupuesto” y en su lugar se establezca la de “concejo municipal”, por cuanto, el alcance de la sentencia de nulidad es retirar del ordenamiento jurídico las normas que resulten contrarias a la ley, como en el presente caso y no es función del juez que revisa los vicios de una norma que contraria la Ley, suplir su contenido por el que legalmente le correspondería. En efecto, el Concejo Municipal de Santiago de Cali no podía delegar en las comisiones de presupuesto la asunción de las vigencias futuras, por cuanto el artículo 23 del Decreto 111 de 1996, es claro en darle esta facultad al Concejo del respectivo ente territorial. Se equivoca la defensa de la apoderada del Concejo (parte demandada) cuando explica que la discusión del acuerdo se dio en primer debate en la comisión de presupuesto, y en pleno por el Concejo, por cuanto, las normas demandadas y las pretensiones de la demanda no hacían referencia al trámite para la expedición del acuerdo, sino a la asignación de una competencia que en el futuro y en aplicación del acuerdo, no estaba en el órgano que señaló la ley sino en el que en ésta delegaba, es decir, en la Comisión de Presupuesto.”

¹⁴ Sentencia de 12 de agosto de 2014, M.P. Enrique Gil Botero, exp. 28565.

¹⁵ Exp. 03456-02.

De otra parte, la autorización para comprometerlas, que otorgan las Corporaciones de Elección Popular, no pueden superar el respectivo período de gobierno, salvo que se trate de proyectos de gastos de inversión en aquellos casos en que el Consejo de Gobierno los declare de importancia estratégica.

Lo acontecido, entonces, va más allá del incumplimiento de requisitos legales y obliga a declarar su nulidad y retrotraer las cosas al estado anterior a su celebración.

Lo anterior significa que el municipio de Agustín Codazzi está obligado a devolver lo que efectivamente recibió de parte del Instituto de Desarrollo de Antioquia –IDEA-, con ocasión de la celebración del contrato de empréstito n.º 8296 de 25 de septiembre de 2003 y, el demandado, por su parte, deberá reintegrar al ente territorial lo recibido por concepto de la pignoración de los ingresos del municipio a la sobretasa a la gasolina y al impuesto al transporte de gas.

En mérito de lo expuesto, la Sala modificará la sentencia, en el sentido de declarar la nulidad tanto del contrato, como del acuerdo sobre la pignoración de los recursos, al tiempo que dispondrá la restitución de los dineros entregados por el demandado al actor y a éste, a su vez, devolver las prestaciones recibidas en virtud de la pignoración.

En cuanto a los efectos de tal decisión, cabe precisar que la declaratoria de nulidad de un contrato o de una de sus etapas, retrotrae las cosas al estado en que se hallaban con antelación a la celebración del negocio o el acuerdo que lo modifica o termina, según se trate, o sea, opera con efectos retroactivos o *ex tunc*, sin que por ello resulte posible desconocer lo acontecido en el iter contractual.

Cabe anotar que lo señalado obedece al efecto propio de la declaratoria de nulidad, no a la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, en la medida en que el contrato fue celebrado por el alcalde, representante legal del

municipio de Agustín Codazzi, siendo este la fuente de las obligaciones de volver las cosas al estado anterior.

En cuanto a la pretensión relativa a que se declare la terminación del contrato, es de advertir que el plazo acordado se cumplió y el objeto pactado se satisfizo. Y en lo relacionado con la liquidación del mismo, deberá estarse a lo aquí dispuesto, referido a la devolución recíproca de los dineros, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del contrato.

2.3 Compensación de oficio

La compensación se sitúa como un modo de extinguir las obligaciones al tenor de lo prescrito por el artículo 1625 del Código Civil; a su vez, el artículo 1714 *ibídem* dispone que *“Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una **compensación** que extingue ambas deudas...”*; es decir que la compensación tiene cabida cuando cada una de las personas tiene, a la vez, la doble condición de acreedora y deudora.

En sentencia de 31 de agosto de 2006¹⁶, con relación a la excepción de compensación de oficio, se dijo:

*“El artículo 1715 prescribe que “la compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin consentimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores (...)” lo cual llevaría a concluir que para que se produzca la compensación legal no es necesario que las partes la aleguen puesto que la misma opera “ipso iuri” y aún sin conocimiento de las partes. Pero contrariamente a esta interpretación, la doctrina ha ilustrado en el sentido de que del contenido de dicho texto “se deducen consecuencias absurdas e inequitativas, pero el legislador ha tratado de evitarlas de lo cual resultan verdaderas incongruencias”, como se evidencia de lo normado por el artículo 1719 del Código Civil, en el cual se dispone que no obstante que la compensación obra por ministerio de la ley, **el deudor demandado debe alegarla** en el proceso instaurado por su acreedor, de lo contrario, el juez no podrá declararla oficiosamente y, agrega que “si en este caso la compensación obrara por ministerio de la ley y las deudas se fueran extinguiendo a medida que cada contratante reuniera la doble calidad de acreedor y deudor, tendríamos que quien no alegara la compensación haría pago de lo no debido. Y no es así (...)”.*

¹⁶ Expediente 14287, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Seguidamente concluye lo siguiente:

*“... en la práctica judicial la compensación debe ser alegada para que produzca sus efectos, quedando descartada la regla de que obra por ministerio de la ley y aún sin conocimiento de las partes. Entonces tendremos que interpretar la parte del artículo 1715 en el sentido normal que tuvo en sus antecedentes históricos, esto es que para alegar en juicio o extrajudicialmente la compensación no se necesita ningún requisito, ninguna formalidad.
(...)”*

En resumen: a pesar de las enfáticas palabras del art. 1715 del Código, de que la compensación obra por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de las partes, en la práctica de los negocios y en los tribunales, ya entre las partes contratantes, ya frente a terceros, para que la compensación produzca efectos debe ser alegada, propuesta.

Se precisa entonces, que para que la compensación pueda ser declarada por el juez, deberá ser alegada por el demandado, pero como ya se advirtió, la empresa demandada TELECOM, no demandó en reconvención al contratista con el fin de obtener judicialmente la devolución del anticipo no amortizado; tampoco, en la contestación de las dos demandas que le fueron formuladas propuso como medio de defensa la excepción de compensación para que se efectuara el cruce de las obligaciones dinerarias.

No obstante el silencio de la entidad demandada, que no hizo una adecuada defensa de sus intereses, en virtud de lo normado por el inciso 2º del artículo 164 del C.C.A. el Juez Administrativo, sin limitación alguna, tiene competencia para declarar en la sentencia definitiva todas las excepciones que encuentre probadas dentro del proceso, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento civil”.

Como quedó establecido, el municipio de Agustín Codazzi está obligado a devolver lo que efectivamente recibió de parte del Instituto de Desarrollo de Antioquia –IDEA-, con ocasión de la celebración del contrato de empréstito n.º 8296 de 25 de septiembre de 2003 y, el demandado, por su parte, deberá reintegrar al ente territorial lo recibido por concepto de la pignoración de los ingresos del municipio a la sobretasa a la gasolina y al impuesto al transporte de gas.

Lo anterior, con fundamento en lo normado en el inciso 2º del artículo 164 del C.C.A. que faculta al juez administrativo, sin limitación alguna, para declarar en la sentencia definitiva todas las excepciones que se encuentren probadas, como la de compensación, en este caso¹⁷.

¹⁷ En igual sentido se resolvió en sentencia de 6 de diciembre de 2013, exp. 27124, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

En lo que tiene que ver con el monto objeto de compensación entre las partes, si bien en la sentencia penal que reposa en la actuación se evidenció entonces, que "(...) fueron girados sin soporte alguno y que constituye hasta este momento como se dijo, el valor de la apropiación la suma de \$524.263.660, resultado obtenido de restar el valor total de los giros realizados por Efrén de Jesús Martínez, lo que constituye el detrimento causado al municipio", no es oponible a los contratantes del *sub lite*, comoquiera que no fueron parte de la investigación.

Por tanto, como la Sala no cuenta con las pruebas necesarias para determinar lo realmente adeudado y lo que cada una de las partes está obligada a reintegrar, se considera del caso compensar y liquidar en abstracto para que, en incidente separado que deberá promover la parte actora, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha de la notificación del auto que ordene cumplir lo dispuesto en esta sentencia y en los precisos términos previstos en el artículo 307 del C.P.C., se establezca el monto.

El monto obtenido, será indexado a la fecha del auto en el cual se resuelva el incidente, teniendo en cuenta los índices de precios al consumidor fijados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística -Dane-, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$V_p = V_h \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Sin condena en costas por no aparecer causadas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "B"

F A L L A

MODIFICAR la sentencia de 13 de agosto de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar para, en su lugar, disponer:

Primero.- Declarar la nulidad del contrato de empréstito n.º 8296 de 25 de septiembre de 2003, celebrado entre el municipio de Agustín Codazzi, Cesar y el Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA-.

Segundo.- Declarar la nulidad de la pignoración de los ingresos a la sobretasa a la gasolina y del impuesto al transporte de gas, que realizó el municipio de Agustín Codazzi para garantizar la obligación adquirida al suscribir el contrato de empréstito, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

Tercero.- Ordenar al municipio de Agustín Codazzi a devolver lo que efectivamente recibió de parte del Instituto de Desarrollo de Antioquia –IDEA-, con ocasión de la celebración del contrato de empréstito n.º 8296 de 25 de septiembre de 2003 y, el demandado, por su parte, deberá reintegrar al ente territorial lo recibido por concepto de la pignoración de los ingresos del municipio a la sobretasa a la gasolina y al impuesto al transporte de gas, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

Cuarto.- Declarar de oficio la compensación para determinar lo realmente adeudado y lo que cada una de las partes está obligada a reintegrar. Para el efecto, se considera del caso ordenar liquidar en abstracto para que, en incidente separado que deberá promover la parte actora, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha de la notificación del auto que ordene cumplir lo dispuesto en esta sentencia y en los precisos términos previstos en el artículo 307 del C.P.C., se establezca el monto, el cual será indexado a la fecha del auto en el cual se resuelva el incidente

Quinto.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

Sexto.- Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. y 115 del C.P.C. Expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del C.P.C. y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995.

483

Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

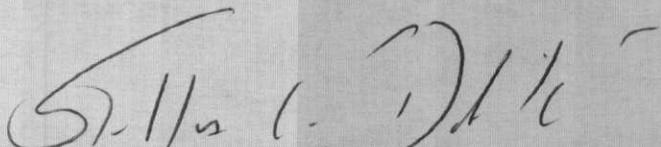
En firme esta providencia, **REMÍTASE** la actuación al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



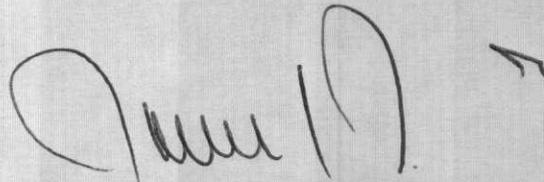
DANILO ROJAS BETANCOURTH

Magistrado



STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Presidenta de la Subsección



RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado

Salvo Parcialmente