

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ SALA PLENA

Tunja, 24 de julio de 2020

**Medio de control:** Control inmediato de legalidad

**Acto administrativo:** Decretos 32 y 42 de 2020 del alcalde de Santana

**Expediente:** 15001-23-33-000-2020-00350-00

Magistrado Ponente : **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Agotado el trámite de que trata el artículo 185 del CPACA, procede la Sala Plena a proferir sentencia de única instancia que pone fin a la actuación de control inmediato de legalidad (CIL) del Decretos 32 del 25 de marzo de 2020, *“por medio del cual se realiza un traslado dentro del presupuesto de gastos del Municipio de Santana Boyacá”*, y del 42 de 14 de abril de 2020, comoquiera que por medio de este acto se *“realiza una corrección aritmética al decreto 032”*, expedidos por el alcalde de ese municipio.

### I. ANTECEDENTES

La alcaldía municipal de Santana remitió los referidos decretos, a fin de que se ejerza el control de que trata el artículo 136 del CPACA, y habiendo sido

repartido al despacho, **el 22 de mayo de 2020** se avocó conocimiento y se dispuso el trámite del artículo 185 del CPACA.

## **1. Defensa de los decretos municipales 32 y 42 de 2020**

El alcalde de Santana expresa que en el tema presupuestal y de apropiación de recursos para atender la emergencia se emitió el Decreto 461 del 22 de marzo de 2020, donde se autoriza temporalmente a los gobernadores y alcaldes para reorientación de rentas y realizar adiciones, modificaciones, traslados y demás operaciones presupuestales a fin de atender los gastos en materia de su competencia.

De acuerdo con lo anterior y en aras de dar cumplimiento a la normatividad expedida por el gobierno nacional, informa que la administración municipal realizó el comité de gestión de riesgo, donde se evaluaron las actividades a desarrollar, el plan de acción a ejecutar y los recursos a apropiar.

Que si bien es cierto, *“en el presupuesto de gastos de la vigencia fiscal 2020 se podía contar con disponibilidad presupuestal para atender la emergencia, no se tiene disponibilidad financiera, inmediatez de flujo de efectivo que es lo que se requiere para atender la emergencia sanitaria presentada”*.

En consecuencia, sostiene que se determinó que las apropiaciones proyectadas eran insuficientes para atender la emergencia, toda vez, que además de garantizar el bienestar de la población en la época de confinamiento, se debe seguir

garantizando el correcto funcionamiento administrativo, la prestación de servicios básicos y demás necesidades de que es garante el alcalde.

Aduce que en atención a esta situación, *“se evaluó en el presupuesto de gastos las posibles partidas susceptibles de trasladar o apropiar para brindar oportunamente en la atención y protección de la población vulnerable referente al COVID - 19, de igual forma, se identificó que con los recursos del balance sí se tenía inmediatez del flujo de efectivo, toda vez que dichos recursos se tiene disponibles en bancos, de acuerdo a esto y la facultad otorgada en el decreto 461 de 2020 se reorientaron recursos de capital provenientes del recaudo del 5% de contribución de obras públicas”*.

Manifiesta que los recursos del 5% de contribución de obras públicas se reorientaron para atender la emergencia sanitaria, a pesar de que el fondo de seguridad tiene como fin promover acciones que propicien la seguridad y convivencia ciudadana, su ejecución obedece al plan integral de seguridad y convivencia ciudadana “PISCC” y a las decisiones tomadas por el comité de seguridad.

De acuerdo con lo anterior, dice que *“los recursos de capital son la única disposición de atender la emergencia sanitaria de la pandemia, lo que es completamente viable y concordante con la facultad otorgada en el decreto 461 de 2020, y conforme lo conceptúa la dirección de apoyo fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito público”*.

Explica que la expedición del Decreto Municipal No. 042, corresponde a una corrección de un error meramente aritmético, no de fondo.

Por último, resalta que el decreto legislativo en mención, establece que la reorientación de las rentas que no sean de origen constitucional es a nivel jurídico viable.

## **2. Concepto del Ministerio Público**

La Procuraduría 45 Judicial II Asuntos Administrativos rinde concepto el 25 de junio de 2020, solicitando que se declaren ajustados a derecho los Decretos 032 del 25 de marzo de 2020 y 042 del 14 de abril del mismo año, expedidos por el alcalde del municipio de Santana.

Advierte que fue la pandemia originada por el COVID-19 la que llevó a adoptar los decretos municipales bajo control y que los mismos se tomaron dentro del término de la declaratoria del Estado de Emergencia Sanitaria (25 de marzo de 2020).

Sostiene que “la disposición guarda consonancia y acoge lo establecido en el Decreto Legislativo 417 de 2020 y, en especial, lo dispuesto en el Decreto 461 de 2020, que autorizó a los gobernadores y alcaldes para realizar las adiciones,

modificaciones, traslados y demás operaciones presupuestales a que haya lugar para atender la emergencia sanitaria”.

Estima que “...la operación realizada por medio del Decreto consistió en contracreditar parcialmente un rubro de un sector del presupuesto y acreditar tal autorización a otro rubro presupuestal del mismo sector, sin que se modifique el monto total del presupuesto (sin abrir nuevos créditos), sino únicamente modificando el decreto de liquidación”.

Observa un traslado dentro de los gastos de inversión, específicamente de los rubros de fondo de seguridad ciudadana y estampilla pro cultura, concluyendo que el traslado presupuestal en principio tiene como finalidad atender las necesidades generadas por la pandemia, “aunque será la ejecución concreta del gasto de los recursos trasladados la que definirá la legalidad de tales gastos”.

Por último, aduce respecto al Decreto 042 del 14 de abril de 2020, que en el mismo solo se corrige un “error aritmético” que se presentaba en el Decreto 032, en el sentido de que se había mantenido el rubro denominado “Fomento y Apoyo Expresiones Artísticas y Culturales”, que precisamente era uno de los que se suprimían, la que no afecta la sumatoria del valor total a trasladar en el Decreto 032 de 25 de marzo de 2020.

Cumplidos, entonces, los trámites establecidos en dicha normatividad, se procede a ejercer control de legalidad sobre los Decretos 032 y 42 de 2020.

## II- CONSIDERACIONES

### 1. Competencia del Tribunal

De acuerdo con el artículo 151-14 del CPACA, esta Corporación es competente por la materia para ejercer en única instancia el CIL sobre los Decretos antes referidos, que conforman una proposición jurídica completa, que –en términos del artículo 136 ibídem- son un acto de carácter general, proferido por una autoridad territorial (el alcalde municipal de Santana), en ejercicio de la función administrativa, y como desarrollo de algunos decretos legislativos expedidos en el Estado de Excepción, según se verá adelante. También lo es por razón del territorio, al estar el citado municipio -donde se expidió el decreto bajo control- ubicado en el departamento de Boyacá.

### 2. Problema jurídico

En esta oportunidad le corresponde a la Sala Plena de esta Corporación determinar si el **Decreto 32 de 25 de marzo de 2020**, *“por medio del cual se realiza un traslado dentro del presupuesto de gastos del Municipio de Santana Boyacá”*, y el **Decreto 42 de 14 de abril de 2020**, por medio del cual se *“realiza una corrección aritmética al decreto 032”*, se ajustan o no a los dictados superiores, tomando como parámetro y referente de control lo regulado en los decretos legislativos expedidos en el marco del estado de excepción.

Con la finalidad de resolver el problema jurídico planteado, previamente se abordarán estos temas: i) el alcance del control inmediato de legalidad; ii) la modificación del presupuesto en los estados de excepción; iii) el Decreto

Legislativo 461 de 2020, expedido por el Gobierno Nacional; iv) la naturaleza jurídica de la estampilla pro cultura; v) la naturaleza de la contribución sobre contratos de obras públicas; y iv) la solución del caso concreto.

### **3. Alcance del control inmediato de legalidad**

El artículo 20 de la Ley 137 de 1994 “*Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia*” dispuso que las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, tendrán un control inmediato de legalidad ejercido por la autoridad de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan. En igual sentido lo dispuso la Ley 1437 de 2011 en el inciso 1º del artículo 136.

El control inmediato de legalidad, de ahora en adelante CIL, es un mecanismo de revisión automática de legalidad establecido como forma de restablecer el equilibrio de poderes que inevitablemente se puede ver alterado con la asunción de extraordinarias potestades por parte del Ejecutivo, como legislar, suspender leyes e imponer restricciones al ejercicio de los derechos ciudadanos.

El Consejo de Estado<sup>1</sup> haciendo suyas las palabras de la sentencia mediante la cual la Corte Constitucional revisó el proyecto de ley estatutaria de los Estados de Excepción, puntualizó en torno al CIL que dicho control “*constituye una limitación al poder de las autoridades administrativas, y es medida eficaz con la cual se busca impedir la aplicación de normas ilegales*”.

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala Plena, 17 de septiembre de 1996, ponencia de Mario Alario Méndez

Además este medio de control ha sido identificado por la jurisprudencia de ese Alto Tribunal<sup>2</sup> con las siguientes notas distintivas: su carácter jurisdiccional<sup>3</sup>, su integralidad, su autonomía<sup>4</sup>, su inmediatez<sup>5</sup>, su oficiosidad<sup>6</sup> y el tránsito de su fallo a cosa juzgada relativa<sup>7</sup>.

En cuanto al alcance de este control, se destaca en el mismo fallo, su integralidad, en la medida en que los actos enjuiciados deben confrontarse con todo el ordenamiento jurídico y la fiscalización que debe acometer el juez administrativo respecto del acto respectivo incluye:

“... la revisión de aspectos como la competencia para expedirlo, el cumplimiento de los requisitos de forma y de fondo, la conexidad de las medidas que se dicten con las causas que dieron origen a su implantación, el carácter transitorio y la proporcionalidad de las mismas, así como su conformidad con el resto del ordenamiento jurídico, siempre bajo el entendido de que ellas hacen parte de un conjunto de medidas proferidas con la exclusiva finalidad de ‘conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos’” (Subrayado fuera de texto).

---

<sup>2</sup> Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Radicación: 11001-03-15-000-2009-00549-00(CA)

<sup>3</sup> “(...) habida cuenta de que el examen del acto respectivo se realiza a través de un proceso judicial, de suerte que la naturaleza jurídica de la decisión mediante la cual se resuelve el asunto es una sentencia (...)”

<sup>4</sup> “Consistente en que resulta “posible realizar su revisión antes de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la exequibilidad del decreto declaratorio del estado de excepción y de los decretos legislativos que lo desarrollan”.”

<sup>5</sup> “(...) el control es automático, o como lo dice el art. 20 de la ley 137: ‘inmediato’, porque tan pronto se expide la norma el Gobierno debe remitirlo a esta jurisdicción para ejercer el examen de legalidad correspondiente. Ahora, esta clase de control tiene las siguientes características: “i) No impide la ejecución de la norma, pues hasta tanto se anule permanece dotada de la presunción de validez que acompaña a los actos administrativos. “ii) No es requisito que se encuentre publicado en el diario o gaceta oficial para que proceda el control, ya que una cosa es la existencia del acto y otra su publicidad con fines de oponibilidad y exigibilidad. (...) “iii) También es automático o inmediato porque no se requiere de una demanda de nulidad para que la jurisdicción asuma el control. Por el contrario, la jurisdicción aprehende el acto, para controlarlo, aún contra la voluntad de quien lo expide, y sin limitación en cuanto a la legitimación por activa o por pasiva, ya que quien ordena hacer el control es la ley misma, no una demanda formal.”

<sup>6</sup> “(...) consistente en que si la entidad autora del acto incumple con el precitado deber de envío del mismo a esta Jurisdicción, el juez competente queda facultado para asumir el conocimiento de las decisiones respectivas de forma oficiosa ‘o, incluso, como resultado del ejercicio del derecho constitucional de petición formulado ante él por cualquier persona’”

<sup>7</sup> “(...) habida consideración de que si bien el control automático o ‘inmediato’ en cuestión, según se ha explicado, tiene por objeto establecer la conformidad del acto examinado para ‘con el resto del ordenamiento jurídico’, razones tanto de índole pragmático (...) como de contenido estrictamente jurídico, justifican que el Juez de lo Contencioso Administrativo ejerza la facultad que, sin lugar a la menor hesitación, le concierne, consistente en fixar, en cada caso, los efectos de sus pronunciamientos (...).”

Sobre el particular, el Consejo de Estado en auto proferido el 22 de abril de 2020<sup>8</sup>, CP.: Stella Jeannette Carvajal Basto, ahondó en el carácter integral y compatible del CIL, así:

**“...el control es integral** dado que es un control oficioso, en el que el juez contencioso administrativo asume el control completo de la norma (competencia para expedir el acto, cumplimiento de requisitos de fondo y forma, conexidad de las medidas que se dicten con las causas que dieron origen a su implantación y la proporcionalidad)<sup>9</sup> y (vii) **es compatible y/o coexistente** con los cauces procesales ordinarios, por lo que puede ejercerse la acción pública de nulidad contra los actos administrativos que se adopten en desarrollo de los derechos legislativos<sup>10</sup>.”  
(Negrilla del original)

Recientemente, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en auto proferido el 14 de mayo de 2020, CP.: Carlos Enrique Moreno Rubio, al examinar la Resolución n°. 223 de 17 de abril de 2020, expedida por la Corporación Autónoma Regional de la Frontera Nororiental, reflexionó nuevamente sobre el CIL y señaló<sup>11</sup>:

**“El control inmediato de legalidad es el instrumento a través del cual la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo revisa de manera automática la legalidad de las decisiones de carácter general que son dictadas por las autoridades administrativas en desarrollo de los decretos legislativos con el fin de verificar que estén conformes con los fines del estado de excepción de que se trate y no desborden las facultades de la administración”** (negrilla fuera de texto).

---

<sup>8</sup> 11001-03-15-000-2020-01163-00

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 20 de octubre de 2009, exp. 11001-03-15-000-2009-00549 (CA), MP. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>10</sup> En este mismo sentido Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, radicación 11001-03-15-000-2010-00388-00(CA).

<sup>11</sup> Expediente n° 11001-03-15-000-2020-01882-00

En la misma providencia, se indicó, además, que se trata de una garantía adicional de los derechos del ciudadano y de la legalidad abstracta frente al ejercicio de los inusuales poderes del ejecutivo durante los estados de excepción.

#### **4. Modificación del presupuesto en los estados de excepción**

El Consejo de Estado al resolver un asunto relacionado con el control inmediato de legalidad, en sentencia de 28 de enero de 2003, CP.: Alier Eduardo Hernández Enríquez<sup>12</sup>, sobre el tema de la competencia para realizar modificaciones al presupuesto en estados de excepción, sostuvo lo siguiente:

“Adicionalmente, debe advertirse, como lo ha expresado esta Corporación en otras oportunidades<sup>13</sup>, que la competencia atribuida al Gobierno por el artículo 31 citado, para liquidar el presupuesto general de la Nación, se extiende a aquellos eventos en los que se trata de una adición al mismo efectuada por el Congreso o por el mismo Gobierno, en los términos de los artículos 65 y siguientes de la Ley 38 de 1989 y 55 –incisos 13 y 17–, 35 y 36 de la Ley 179 de 1994 (compilados en los artículos 79 y siguientes del Decreto 111 de 1996), y en el último caso, especialmente, de los artículos 69 de la Ley 38 de 1989 y 36 de la Ley 179 de 1994 (compilados en el artículo 83 del Decreto 111 de 1996), según los cuales los créditos adicionales y traslados al presupuesto general de la nación destinados a atender gastos ocasionados por los estados de excepción serán efectuados por el Gobierno en los términos que éste señale, y en tal evento, la fuente del gasto público será el decreto que declare el respectivo estado de excepción.” -Subraya fuera del texto-

La Corte Constitucional, en sentencia C-434 de 2017, MP. Diana Fajardo Rivera, al referirse a la facultad de modificar el presupuesto durante la declaratoria del estado de excepción de EESE, señaló lo siguiente:

---

<sup>12</sup> expediente: 11001-03-15-000-2002-0949-01(CA-004)

<sup>13</sup> Ver, entre otras, sentencia CA-026 del 21 de junio de 1999, expedida por la Sala Plena.

#### **“5.4.2 Las modificaciones al presupuesto general de la Nación en los estados de excepción**

7. La Constitución establece, como regla general, que no se podrá hacer erogación o gasto alguno con cargo al tesoro público, ni transferir créditos que no se hallen incluidos en el presupuesto de gastos decretados por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales (art. 345 C.P.) Así mismo, de manera específica, los artículos 346 y 347 de la Carta Política prevén que el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá ser aprobado por el Congreso de la República. De este modo, la Corte ha considerado que rige el principio de legalidad del presupuesto o la reserva de ley para su expedición, modificación o adición, en virtud de la trascendencia del principio democrático en la adopción de las decisiones sobre el uso y destinación de los recursos públicos<sup>14</sup>.

8. Al consagrar los anteriores mandatos, sin embargo, el Constituyente también hizo la salvedad de que **las citadas reglas en materia presupuestal tienen aplicación en tiempos de paz o normalidad institucional**, de modo que, en estados de excepción, se deja abierta la posibilidad de que otro centro de producción normativa y, en específico, el Ejecutivo, quien en tales situaciones **se convierte en legislador transitorio, intervenga el presupuesto general de la Nación**, cambie la destinación de algunas rentas, reasigne partidas y realice operaciones presupuestales, **con el propósito de destinar recursos para la superación del estado de excepción.**

9. En concordancia con lo anterior, el artículo 83 del Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación señala que los créditos adicionales y traslados al presupuesto general de la Nación destinados a atender gastos ocasionados por los estados de excepción, serán efectuados por el Gobierno en los términos que éste señale y que la fuente de gasto público será el decreto declaratorio del respectivo estado de excepción. De manera complementaria, el artículo 84 del mismo Estatuto indica que, conforme a lo establecido en la Constitución, cuando se declaren estados de excepción, toda modificación al presupuesto general de la Nación deberá ser informada al Congreso de la República, dentro de los ocho días siguientes a su realización.

10. En este orden de ideas, al Ejecutivo le asiste la competencia, de un lado, para generar créditos adicionales a los contemplados en la ley de presupuesto aprobada por el legislador y, del otro, para llevar a cabo traslados al interior del mismo presupuesto general, con el objeto de solventar y financiar las medidas tendientes a controlar los efectos de la crisis a la que se refiere el respectivo estado de

---

<sup>14</sup> Cfr. Sentencias C-625 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Unánime; C-006 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa. A.P.V. Mauricio González Cuervo; Sentencia C-192 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero. S.V. José Gregorio Hernández Galindo; C-685 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Unánime; C-685 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

excepción. La jurisprudencia constitucional ha clarificado, a este respecto, la **distinción entre las operaciones presupuestales relacionadas con traslados de partidas y aquellas modificaciones que suponen una creación de créditos adicionales a los inicialmente previstos**, como formas diversas de injerencia excepcional en la organización de los gastos públicos durante una vigencia fiscal, por parte del Presidente de la República<sup>15</sup>.

La generación de créditos adicionales a los inicialmente incorporados en el presupuesto implica nuevas apropiaciones, que se abren en el curso de la correspondiente vigencia, con posterioridad a la expedición y liquidación del presupuesto. Tales adiciones dan lugar a nuevas rentas que, a su vez y en la misma proporción, se contabilizan en el presupuesto, como las derivadas de la emisión de bonos o de nuevos tributos<sup>16</sup>. Por el contrario, los traslados ocurren en todos aquellos eventos en los cuales, sin modificar de ninguna manera la sumatoria total de las rentas, se decide en el mismo marco del presupuesto, cambios, tanto cuantitativos, como de destinación de dos o más partidas presupuestales. En estas hipótesis, se efectúa un crédito a través del cual se incorpora o adiciona un gasto y, correlativamente, un contracrédito que disminuye una de las partidas originales del presupuesto<sup>17</sup>.

11. Esta Corporación ha precisado que en los eventos en los cuales el Presidente de la República incluye créditos adicionales en el presupuesto, la fuente de los recursos ha de encontrarse previamente determinada y, de haber sido un decreto legislativo, este será objeto de control automático de constitucionalidad por parte de la Corte. Por su parte, en la medida en que los traslados presupuestales pretenden cambiar la destinación de partidas específicas, con el propósito de conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, el control de constitucionalidad recae en la revisión automática del decreto legislativo que los introduzca, a partir de la conexidad entre los citados traslados y las causas que

---

<sup>15</sup> En la Sentencia C-685 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Unánime, la Corte subrayó: “11. En ese orden de ideas, si debido a naturales cambios económicos o de prioridades, el Gobierno necesita modificar la destinación de determinadas apropiaciones fiscales, crear nuevas o aumentar el monto de las existentes, debe recurrir a los llamados créditos adicionales y traslados presupuestales. En virtud de los primeros, se busca aumentar la cuantía de una determinada apropiación (créditos suplementales) o crear una partida de gasto que no estaba prevista en el proyecto original (créditos extraordinarios). En virtud de los traslados, se disminuye el montante de una apropiación (contracrédito) con el fin de aumentar la cantidad de otra partida (crédito), por lo cual esta Corporación ya había indicado que en estas operaciones “simplemente se varía la destinación del gasto entre diferentes secciones (entidades públicas) o entre numerales de una misma sección (rubros presupuestales de una misma entidad), lo cual se consigue con la apertura de créditos mediante una operación de contracréditos en la ley de apropiaciones”. En el mismo sentido, ver la Sentencia C-483 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Unánime.

<sup>16</sup> Cfr. Sentencias C-947 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. S.V. Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Araújo Rentería. S.P.V. Clara Inés Vargas Hernández; y C-148 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño. S.V. Alfredo Beltrán Sierra y Álvaro Araújo Rentería. S.P.V. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>17</sup> En la Sentencia C-206 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell. S.V. Jorge Arango Mejía, reiterada en la Sentencia C-947 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte refirió: “[e]n el traslado presupuestal, como se dijo, simplemente se varía la destinación del gasto entre diferentes secciones (entidades públicas) o entre numerales de una misma sección (rubros presupuestales de una misma entidad), lo cual se consigue con la apertura de créditos mediante una operación de contracréditos en la ley de apropiaciones. // Con el empleo de esta figura no se produce un incremento en la magnitud global del presupuesto, sino que tan solo se transfieren partidas de unos renglones debidamente apropiados a otros que no lo fueron o cuya apropiación es insuficiente para cubrir los compromisos asumidos”.

motivaron la declaratoria del estado de excepción, así como la necesidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas.

Este último análisis implica el estudio, tanto de la nueva destinación de los recursos, como el análisis de la forma en que se afectan las partidas que se disminuyen<sup>18</sup>. De la misma manera, incluye la constatación de que los traslados presupuestales que se disponen no supongan la transgresión de límites constitucionales a la modificación del presupuesto, como ocurre con el gasto público social que, según el artículo 349 de la Constitución Política, excepto en los casos de guerra exterior o por razones de seguridad nacional, tiene prioridad sobre cualquier otra asignación<sup>19</sup>.” -Subraya la Sala-

Ahora, pasará la Sala a estudiar en concreto cuales fueron las determinaciones en materia presupuestal adoptadas durante el EESE declarado en virtud de la pandemia causada por el Coronavirus COVID-19.

## **5. El Decreto Legislativo 461 de 2020, expedido por el Gobierno Nacional**

El Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo 417 de 17 de marzo de 2020 “*Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica Social y Ecológica en todo el territorio Nacional*”, por el término de treinta (30) días calendario, contados a partir de la vigencia de ese decreto, en atención a los requerimientos de la Organización Mundial de la Salud y la existencia del primer caso de Covid-19 en el territorio nacional, el que se fundamentó en entre otras, en las siguientes consideraciones:

---

<sup>18</sup> Cfr. Sentencias C-947 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. S.V. Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Araújo Rentería. S.P.V. Clara Inés Vargas Hernández; y C-148 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño. S.V. Alfredo Beltrán Sierra y Álvaro Araújo Rentería. S.P.V. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>19</sup> Sentencia C-146 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Unánime.

Para ello, argumentó que “*ante la insuficiencia de atribuciones ordinarias con las que cuentan las autoridades estatales para hacer frente a las circunstancias imprevistas y detonantes de la crisis económica y social generada por la pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19*” se hacía “*necesario adoptar medidas extraordinarias que permit[ieran] conjurar los efectos de la crisis en la que está la totalidad del territorio nacional, en particular, aquellas que permit[ieran] acudir a mecanismos de apoyo al sector salud, y mitigar los efectos económicos que está enfrentando el país.*”; en consecuencia, era necesario recurrir a las facultades del Estado de Emergencia con el fin de “*dictar decretos con fuerza de ley que permitan conjurar la grave crisis generada por el nuevo Coronavirus Covid-19 debido a la propagación y mortalidad generado por el mismo, el pánico por la propagación y las medidas de contención decretadas por cada Estado para evitar una mayor propagación*”. Por estas y otras razones, decretó:

**“(…) Artículo 1. Declárese el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, por el término de treinta (30) días calendario, contados a partir de la vigencia de este decreto.**

Artículo 2. El Gobierno nacional, ejercerá las facultades a las cuales se refiere el artículo 215 de la Constitución Política, el artículo 1 del presente decreto y las demás disposiciones que requiera para conjurar la crisis.

Artículo 3. El Gobierno nacional adoptará mediante decretos legislativos, además de las medidas anunciadas en la parte considerativa de este decreto, todas aquellas medidas adicionales necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, así mismo dispondrá las operaciones presupuestales necesarias para llevarlas a cabo (...)” – Negrilla fuera del texto original –.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-145 de 2020 declaró exequible el mencionado decreto, tal como se informa en la página de noticias de esa Corporación, con fundamento en las siguientes razones:

“La Corte Constitucional encontró ajustado a la constitución el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, *“por el cual se declara un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional”*”.

Para la Corte, el Presidente de la República junto a quienes integran el Gobierno Nacional, lejos de haber incurrido en una valoración arbitraria o en un error de apreciación manifiesto, ejercieron apropiadamente sus facultades dentro del margen razonable de análisis que establece la Constitución.

...

Bajo este entendido, para la Corte Constitucional no cabe duda de que las dimensiones de la calamidad pública sanitaria y sus efectos en el orden económico y social son devastadoras, al producir perturbaciones o amenazas en forma grave e inminente que impactan de manera traumática y negativamente en la protección efectiva de los derechos constitucionales de millones de personas.

La Corte consideró la gravedad que implica el volumen de infectados y personas fallecidas y la posibilidad de poner en serio peligro a los colombianos al desconocerse aún la cura del COVID-19, con grandes repercusiones económicas y sociales al desequilibrar intensamente la sostenibilidad individual, de los hogares y de las empresas, así como las finanzas del Estado”.

Con ocasión de la declaratoria de estado de emergencia económica, social y ecológica, se profirió el **Decreto Legislativo 461 de 22 de marzo de 2020** *“Por medio del cual se autoriza temporalmente a los gobernadores y alcaldes para la reorientación de rentas y la reducción de tarifas de impuestos territoriales,*

*en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 417 de 2020”, en el cual se consigna lo siguiente:*

“Que se han identificado limitaciones presupuestales en el orden territorial que impiden la asignación eficiente y urgente de los recursos que demandan las actuales circunstancias señaladas en el Decreto 417 de 2020, por lo que se hace necesario una modificación normativa de orden temporal mediante las medidas a que hace referencia el presente Decreto.

Que algunas leyes, ordenanzas y acuerdos han dispuesto destinaciones específicas de recursos de las entidades territoriales, que requieren ser modificadas para hacer frente a las necesidades urgentes, inmediatas e imprevisibles que se derivan de la emergencia sanitaria.

Que, dada la demanda de recursos para atender las crecientes necesidades generadas con la emergencia sanitaria, resulta necesario autorizar temporalmente a las entidades territoriales para que, en el marco de su autonomía, puedan reorientar el destino de las rentas que por ley, ordenanza o acuerdo tienen destinación específica, de forma tal que puedan disponer eficientemente de estos recursos, con el objetivo de atender la emergencia.

Que la normativa presupuestal ha dispuesto una serie de requisitos para ejecutar los recursos por parte de las entidades territoriales, entre otros, señalando que los gobernadores y alcaldes deben acudir a las asambleas departamentales y a los concejos distritales o municipales.

Que ante la inmediatez con la que se requieren los recursos y la necesidad urgente de su ejecución, la flexibilización de estos requisitos en materia presupuestal es una herramienta indispensable y proporcional para contribuir con la adopción de las medidas para conjurar la crisis o impedir la extensión de los efectos de la emergencia sanitaria.

(...)

Que, en todo caso, las autorizaciones previstas en el presente Decreto deben ejercerse por los gobernadores y alcaldes en observancia de los mandatos constitucionales, con el único objetivo de conjurar la inminente crisis e impedir la extensión de sus efectos, en el marco de lo dispuesto en el Decreto 417 de 2020, y únicamente durante su vigencia”.

Y, en consecuencia, mediante ese decreto se dispuso lo siguiente:

**“ARTÍCULO 1. Facultad de los gobernadores y alcaldes en materia de rentas de destinación específica.** Facúltese a los gobernadores y alcaldes para que reorienten las rentas de destinación específica de sus entidades territoriales con el fin de llevar a cabo las acciones necesarias para hacer frente a las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, en el marco de lo dispuesto en el Decreto 417 de 2020.

En este sentido, para la reorientación de recursos en el marco de la emergencia sanitaria, no será necesaria la autorización de las asambleas departamentales o concejos municipales.

Facúltese igualmente a los gobernadores y alcaldes para realizar las adiciones, modificaciones, traslados y demás operaciones presupuestales a que haya lugar, en desarrollo de lo dispuesto en el presente artículo.

**PARÁGRAFO 1.** Estos recursos solo pueden reorientarse para atender los gastos en materias de su competencia, que sean necesarios para hacer frente a las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, en el marco de lo dispuesto en el Decreto 417 de 2020.

**PARÁGRAFO 2.** Las facultades que se establecen en el presente artículo en ningún caso podrán extenderse a las rentas cuya destinación específica ha sido establecida por la Constitución Política.

**PARÁGRAFO 3.** Los recursos de salud con destinación específica, no podrán cambiar su destinación, salvo lo establecido en la Ley. Así mismo, las entidades territoriales deberán velar por el giro oportuno de estos recursos, conforme a los términos y condiciones establecidos en la normativa vigente

(Parágrafo 3, Adicionado por el Art. 25 del Decreto 538 de 2020)

(...)

**ARTÍCULO 3. Temporalidad de las facultades.** Las facultades otorgadas a los gobernadores y alcaldes en el presente Decreto solo podrán ejercerse durante el término que dure la emergencia sanitaria”.

En lo que a este estudio interesa, el artículo primero transcrito fue declarado exequible de manera condicionada en Sentencia C-169 de 2020 emitida por la Corte Constitucional, M.P. Antonio José Lizarazo Campo. El Comunicado n°

24 de esa Alta Corporación informó la parte resolutive de la providencia de la siguiente manera:

**“Primero.** Declarar la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del artículo 1 del Decreto Legislativo 461 de 2020, en el entendido de que la facultad para reorientar rentas de destinación específica: (i) no autoriza a gobernadores y alcaldes para modificar las leyes, ordenanzas ni acuerdos de creación o modificación de tales rentas, y (ii) sólo puede ejercerse mediante la modificación del presupuesto de la actual vigencia fiscal.” -Subraya fuera del texto-.

En el citado comunicado se indican las motivaciones que llevaron a la Corte Constitucional a adoptar tal decisión, a saber:

“La Corte Constitucional encontró que las medidas adoptadas mediante el Decreto 461 de 2020 objeto de control, cumplen los requisitos formales establecidos en la Carta Política y guardan relación directa con las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Excepción, en tanto habilitan a las entidades territoriales para que contribuyan a enfrentar las consecuencias adversas económicas y sociales de la pandemia.

La facultad concedida en el artículo 1º del decreto objeto de control habilita a gobernadores y alcaldes **para que modifiquen**, si lo consideran pertinente, los presupuestos de la **actual vigencia fiscal** de sus respectivas entidades territoriales, con el **único objeto de reorientar rentas de destinación específica** -con excepción de las establecidas por la Constitución-, **pero no para modificar las leyes, ordenanzas ni acuerdos mediante los cuales se determinó el destino actual de tales rentas**, sin que requieran para ello autorización previa de asambleas y concejos, **con la única finalidad atender los gastos necesarios para hacer frente a las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia.**

En ese contexto, la habilitación conferida a gobernadores y alcaldes **no se refiere a la expedición del presupuesto sino tan sólo a su modificación**, la cual, evidentemente, **sólo cabe respecto del presupuesto anual de la actual vigencia fiscal (2020).**

La modificación del presupuesto de las entidades territoriales, por otra parte, no se encuentra regulada **en la Constitución. El artículo 352 de la Constitución dispone sobre el particular que la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo**

**correspondiente a la programación, aprobación, modificación y ejecución de los presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales**, en cuyo desarrollo y en concordancia con los artículos 300-5 y 313-5, el artículo 109 del Decreto 111 de 1996 estableció que las entidades territoriales al expedir las normas orgánicas de presupuesto deberán seguir las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto, adaptándolas a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial. Mientras se expiden estas normas, se aplicará la Ley Orgánica del Presupuesto en lo que fuere pertinente.

Conviene precisar, en relación con **la posibilidad de modificar el presupuesto de rentas y gastos, que, si bien el inciso segundo del artículo 345 de la Constitución establece que no podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, se trata de una regla constitucional exigible en tiempos de paz**, como expresamente lo señala el encabezado del inciso primero de la misma disposición.

El artículo 84 de la Ley Orgánica del Presupuesto dispuso que cuando **se declaren estados de excepción, toda modificación al Presupuesto General de la Nación deberá ser informada al Congreso de la República, dentro de los ocho días siguientes a su realización**. En caso de que no se encuentre reunido el Congreso, deberá informarse dentro de los ocho días de iniciación del siguiente período de sesiones.

Así mismo, **la LEEE -Ley Estatutaria de Estados de Excepción-** previó expresamente como facultad del Gobierno Nacional durante el Estado de Conmoción Interior (Artículo 38), **modificar el presupuesto, de lo cual deberá rendir cuenta al Congreso en un plazo de cinco días para que éste pueda derogar o modificar disposiciones según su competencia (literal II). El parágrafo 2o. de dicha disposición, estableció que esta facultad, entre otras, sólo puede ser atribuida al Presidente, a los Ministros, a los Gobernadores o a los Alcaldes.**

Finalmente ha de tenerse en cuenta que los principios y disposiciones establecidos en el título XII de la Constitución, entre ellos los relacionados con el presupuesto, como el artículo 345 al que se hizo referencia, “se aplicarán, en lo que fuere pertinente, a las entidades territoriales, para la elaboración, aprobación y ejecución de su presupuesto”, como lo dispone el artículo 353 de la Constitución.

No queda duda, entonces, que, durante los estados de excepción, **el Presidente, en desarrollo del Estado de Emergencia, puede facultar de manera específica a gobernadores y alcaldes para modificar el presupuesto de rentas y gastos de sus respectivas entidades territoriales, como ocurrió en este caso para atender**

**la emergencia derivada de la pandemia, sin que se requiera para ello la aprobación previa de asambleas y concejos.** Se trata de medidas excepcionales que se justifican a partir de los principios de la función administrativa de eficacia y celeridad (art. 209 C.P.), para contribuir a los fines esenciales del Estado (art. 2 C.P.).

Por lo anterior, declaró la constitucionalidad **condicionada de la facultad de reorientación de rentas de destinación específica bajo el entendido de que sólo puede realizarse mediante la modificación del presupuesto de la actual vigencia fiscal, sin que ello permita modificar las leyes, ordenanzas ni acuerdos de creación o modificación de tales rentas.**

(...)

Finalmente, respecto del artículo 3 del decreto bajo análisis, encontró la Sala que el término de duración de la emergencia sanitaria para el ejercicio de las facultades resulta razonable y consulta su finalidad. De manera que las medidas que se adopten **tendrán una vigencia limitada, en materia presupuestal a la actual vigencia fiscal**, y en materia de tarifas de los impuestos, máximo hasta la siguiente vigencia fiscal.” -Negrilla y Subraya la Sala-.

Entonces, para la Corte Constitucional las medidas adoptadas mediante el Decreto 461 de 2020, resultan constitucionales, en la medida que: (i) no impliquen modificación alguna a las leyes, ordenanzas o acuerdos que dispusieron sobre la creación o modificación de una renta de destinación específica y (ii) que las modificaciones presupuestales recaigan sobre el presupuesto de la vigencia actual, es decir, la vigencia presupuestal del año 2020.

Bajo los anteriores parámetros se analizará la legalidad de los Decretos 032 y 42 de 2020 expedidos por el alcalde del municipio de Santana.

## **6. Naturaleza de las estampillas y la estampilla pro cultura**

La Corte Constitucional se encargó de estudiar la naturaleza jurídica de las estampillas en la sentencia C-768 de 2010. En la citada providencia se indicó que las estampillas son una especie de tasa que puede ser de dos clases: administrativa o parafiscal. En este último caso, la misma se percibirá en beneficio de organismos públicos o privados al contener un carácter social:

“...las estampillas han sido definidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado' como **tributos** dentro de la **especie de "tasas parafiscales"**, en la medida en que participan de la naturaleza de las contribuciones parafiscales, pues constituyen un gravamen cuyo pago obligatorio deben realizar los usuarios de algunas operaciones o actividades que se realizan frente a organismos de carácter público; son de carácter excepcional en cuanto al sujeto pasivo del tributo; los **recursos se revierten en beneficio de un sector específico**; y están destinados a sufragar gastos en que incurran las entidades que desarrollan o prestan un servicio público, como función propia del Estado.

La "tasa" si bien puede corresponder a la prestación directa de un servicio público, del cual es usuario el contribuyente que se beneficia efectivamente, también puede corresponder al beneficio potencial por la utilización de servicios de aprovechamiento común, como la educación, la salud, el deporte, la cultura, es decir, que el gravamen se revierte en beneficio social.

Las primeras se definen como tasas administrativas en cuanto equivalen a la remuneración pagada por los servicios administrativos y, las segundas, como tasas parafiscales que son las percibidas en beneficio de organismos públicos o privados, pero no por la prestación de un servicio propiamente dicho, sino por contener un carácter social.

Entonces, las "**estampillas**", dependiendo de si se imponen como medio de comprobación para acreditar el pago del servicio público recibido, tendrán el carácter de administrativas; o de parafiscales, si corresponden al cumplimiento de una prestación social que se causa a favor de la entidad nacional o territorial como sujeto impositivo fiscal".

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-1097 de 2001, precisó:  
"De todo lo expuesto se sigue que la estampilla corresponde por regla general al ámbito de las tasas (..)

(...) Entonces, dentro de la órbita fiscal ¿cómo se podría definir la estampilla? Depende del rol que la misma desempeñe en la respectiva relación económica, esto es, ya como extremo impositivo autónomo, ora como simple instrumento de comprobación. Como extremo impositivo la estampilla es un gravamen que se causa a cargo de una persona por la prestación de un servicio, con arreglo a lo previsto en la ley y en las reglas territoriales sobre sujetos activos y pasivos, hechos generadores, bases gravables, tarifas, exenciones y destino de su recaudo". (Resaltado fuera de texto).

En igual sentido, el Consejo de Estado se ha encargado de precisar la naturaleza jurídica de las estampillas. En una reciente providencia, dicha corporación expuso:

"(...) las estampillas corresponden al conjunto de gravámenes de orden tributario que, por virtud de los artículos 287.33, 300.4 y 3385 de la Carta Política, las entidades territoriales tienen la facultad de imponer, bajo un marco que puede ser delineado por el legislador.

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, "pertenecen a lo que se conoce como tasas parafiscales, pues son un gravamen que surge de la realización de un acto jurídico, cual es la suscripción de un contrato con el Departamento, que se causan sobre un hecho concreto y que por disposición legal tienen una **destinación específica**"<sup>20</sup>. Esta misma intelección fue asumida por la Corte Constitucional en la sentencia C-768 de 2010<sup>21</sup>

Conforme lo expuesto, las estampillas son entonces gravámenes de orden tributario que las entidades territoriales pueden imponer o, en términos más sencillos, constituyen tributos del orden territorial.

En cuanto a la **estampilla pro cultura** observa la Sala que en el artículo 38 de la Ley 397 de 1997, modificado por el artículo 1º de la Ley 666 de 2001, se autoriza a las asambleas departamentales, a los concejos distritales y a los

<sup>20</sup> Sección Cuarta, C. P. Ligia López Díaz, rad. 08001-23-31-000-2002-01507-01(14527), demandado: Departamento Del Atlántico. 7, MP. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>21</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta. Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 66001-23-31-0032011-00142-01. Actor: José Hernando Echeverry Díaz. Demandado: Departamento de Risaralda.

concejos municipales para que *“ordenen la emisión de una estampilla "Procultura" cuyos recursos serán administrados por el respectivo ente territorial, al que le corresponda, el fomento y el estímulo de la cultura, con destino a proyectos acordes con los planes nacionales y locales de cultura”*.

A su vez, en el artículo 38-1, adicionado por el artículo 2 de la Ley 666 de 2001, consagra lo siguiente:

“El producido de la estampilla a que se refiere el artículo anterior, se destinará para:

1. Acciones dirigidas a estimular y promocionar la creación, la actividad artística y cultural, la investigación y el fortalecimiento de las expresiones culturales de que trata el artículo 18 de la Ley 397 de 1997.
2. Estimular la creación, funcionamiento y mejoramiento de espacios públicos, aptos para la realización de actividades culturales, participar en la dotación de los diferentes centros y casas culturales y, en general propiciar la infraestructura que las expresiones culturales requieran.
3. Fomentar la formación y capacitación técnica y cultural del creador y del gestor cultural.
4. Un diez por ciento (10%) para seguridad social del creador y del gestor cultural.
5. Apoyar los diferentes programas de expresión cultural y artística, así como fomentar y difundir las artes en todas sus expresiones y las demás manifestaciones simbólicas expresivas de que trata el artículo 17 de la Ley 397 de 1997” (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Del mismo modo, el artículo 38-2 de la Ley 397 de 1997, adicionado por el artículo 2º de la Ley 666 de 2001, autoriza a los entes territoriales para que *“determinen las características, el hecho generador, las tarifas, las bases gravables y los demás asuntos referentes al uso obligatorio de la estampilla*

"Procultura" en todas las operaciones que se realicen en su respectiva entidad territorial" (Se destaca).

En este orden de ideas, la estampilla pro cultura es de creación legal **y tiene además una destinación específica:** el fomento y el estímulo de la cultura, con destino a proyectos acordes con los planes nacionales y locales en este campo.

Por otro lado, es oportuno traer a colación el artículo 47 de la Ley 863 de 2003, *"Por la cual se establecen normas tributarias, aduaneras, fiscales y de control para estimular el crecimiento económico y el saneamiento de las finanzas públicas"*, que dispone lo siguiente:

**"RETENCIÓN POR ESTAMPILLAS.** Los ingresos que perciban las entidades territoriales por concepto de estampillas autorizadas por la ley, serán objeto de una retención equivalente al veinte por ciento (20%) con destino a los fondos de pensiones de la entidad destinataria de dichos recaudos. En caso de no existir pasivo pensional en dicha entidad, el porcentaje se destinará al pasivo pensional del respectivo municipio o departamento".

El citado artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C- 910 de 2004, MP. Rodrigo Escobar Gil, en la que se consideró lo siguiente:

“Considera la Corte que el artículo demandado no desconoce la autonomía de las entidades territoriales en el manejo de sus recursos, por cuanto la previsión allí contenida se orienta a atender un problema que no solamente tiene un enorme impacto sobre las finanzas públicas sino que plantea un problema social de graves proporciones, que afecta no solo a quienes están llamados a ser beneficiarios directos de la destinación especial prevista en la ley, sino a todos los habitantes del territorio nacional, en la medida en que la **cobertura del pasivo pensional compromete al Estado en su integridad,** situación que constituye una clara

amenaza para el presupuesto nacional, compromete la estabilidad económica, y responde a una cuestión social que trasciende el ámbito meramente regional o local”.

En dicha ocasión intervino el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, señalando lo siguiente:

“... si bien es cierto la norma demandada establece una destinación específica, sobre un tributo propiedad de las entidades territoriales, también es cierto que las estampillas por regla general, obedecen a la necesidad de financiar un determinado sector o actividad (hospitales, universidades, electrificación rural, pro-desarrollo, etc), y por lo tanto se caracterizan por tener desde su creación una destinación específica establecida **directamente por el legislador**, y por lo tanto resulta válido que el mismo modifique el referido tributo, **asignándole una nueva destinación a un porcentaje de dichos recursos, orientado a financiar una obligación social constitucional del orden territorial, referida a la seguridad social de los pensionados.**”

De otra parte, advierte que en el ámbito de la autonomía fiscal de las entidades territoriales, ésta no es absoluta, sino que la misma está limitada por la Constitución y por la ley.

Así mismo, indica que el tema de la insuficiencia de recursos de las entidades territoriales para atender el pasivo pensional a su cargo, incluidas las mesadas pensionales, puede poner en alto riesgo la estabilidad económica de la Nación, ya que eventualmente se vería abocada a asumir los compromisos insolutos de las entidades, y en consecuencia, **la intervención del legislador en esta materia, reorientando parte de la renta territorial por concepto de estampillas tiene plena justificación** y no vulnera la autonomía de las entidades territoriales.

En relación con el artículo 363 Superior, señala que con la norma demandada no se configura la presunta vulneración, pues esta ordena destinar los recursos a los fondos de pensiones de las entidades beneficiarias de cada una de las estampillas, entidades que son del orden territorial”.

Luego, es evidente conforme con el artículo 48 Superior, adicionado por el artículo 1º del A.L 1 de 2005 que indica que *“No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a*

*ella*” y que el “*Estado garantizará...la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional...*”, que **el 20% que se tiene que retener del tributo estampa, tiene una destinación específica orientada a financiar una obligación social constitucional del orden territorial, referida a la seguridad social de los pensionados.**

Considerando que la disposición atrás citada no precisa los conceptos que deben tenerse en cuenta dentro del pasivo pensional objeto de financiación con los recursos provenientes de la retención de los ingresos percibidos por estampillas, vale la pena traer a colación apartes del concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el 2 de agosto de 2013, radicado bajo el No. 11001-03-06-000-2013-00339-00 (2153) en donde se analiza el concepto de pasivo pensional, así:

**“[...]1. El concepto de pasivo pensional.**

En primer lugar, es del caso observar que no existe en la ley una definición universal y unívoca del concepto “pasivo pensional”, que sea aplicable, por ende, a todas las personas y entidades de derecho público o privado.

Sin embargo, existen algunas disposiciones que han definido el pasivo pensional para determinados efectos o dentro de ciertos ámbitos, así como opiniones y orientaciones técnicas de las autoridades públicas en materia fiscal y contable, a partir de las cuales es posible construir una idea general de lo que debe entenderse por “pasivo pensional”. [...]

De manera similar, el parágrafo 1° del artículo 1° de la ley 549 de 1999 preceptúa lo siguiente: “Entiéndase por pasivo pensional las obligaciones compuestas por los bonos pensionales, el valor correspondiente a las reservas matemáticas de pensiones y las cuotas partes de bonos y pensiones”.

Sobre esta definición, la Contaduría General de la Nación, en el documento intitulado “Aspectos conceptuales, jurídicos y contables relacionados con el pasivo pensional de las entidades contables públicas”, explica lo siguiente:

### **“6.3. Conceptos que hacen parte del cálculo actuarial del pasivo pensional**

Los conceptos que hacen parte del cálculo actuarial del pasivo pensional son aquellos que ha considerado la Ley 100 de 1993 y la Ley 549 de 1999, es decir, pensiones, cuotas partes de pensiones, bonos pensionales y cuotas partes de bonos pensionales. Estos conceptos se reflejan en las cuentas y subcuentas creadas para reconocer y revelar el pasivo pensional, aunque ellos se encuentren clasificados tanto para las entidades empleadoras como para los fondos de reserva.”

Igualmente, en el glosario del mismo documento se define la expresión “cálculo actuarial del pasivo pensional de empleadoras” así: “valor presente de los pagos futuros que la entidad contable pública empleadora deberá realizar a sus pensionados actuales, o a quienes hayan adquirido derechos, de conformidad con las condiciones definidas en las disposiciones legales vigentes, por concepto de pensiones, bonos pensionales y cuotas partes de pensiones y de bonos pensionales. También corresponde al valor presente de los pagos futuros que la entidad contable pública deberá realizar a favor del personal activo, cuando la entidad reconoce y paga la pensión, teniendo en cuenta que existen incertidumbres probables y remotas en relación con la materialización de la obligación de pago y la exactitud de la cuantía a pagar”.

Debe aclararse que los términos “**pasivo pensional**” y “**cálculo actuarial del pasivo pensional**” **no son sinónimos**, ya que, como explica la Contaduría General en el documento citado, el **pasivo pensional puede ser “estimado” o “real”**. El primero corresponde al valor presente de todas las obligaciones pensionales futuras que, con certeza o con una razonable probabilidad, va a tener que asumir la entidad contable pública, mientras que el pasivo real es aquel conformado por las obligaciones pensionales que ya se han causado y dicha entidad debe pagar. Sólo el primero, es decir, el pasivo estimado, es el que debe ser objeto del cálculo actuarial, mientras que el pasivo real, cuando se genera, amortiza (disminuye) el valor del cálculo actuarial.

En todo caso los conceptos y obligaciones que deben tenerse en cuenta para determinar el cálculo actuarial pensional son ilustrativos para aclarar qué tipo de obligaciones forman parte del pasivo pensional, pues, como se indicó, el cálculo actuarial representa el valor estimado de las obligaciones futuras del pasivo pensional.

De todo lo anterior se desprende que el **pasivo pensional está constituido por obligaciones presentes y futuras, pero en todo caso ciertas, cuyo valor se conoce actualmente o se puede estimar razonablemente con técnicas y fórmulas conocidas de matemáticas financieras y actuariales, tal como sucede con las pensiones, las cuotas partes pensionales, los bonos pensionales, los títulos pensionales y sus respectivas cuotas o partes.[...]**” (resaltado fuera de texto)

Así las cosas, **dentro del pasivo pensional a financiar con los recursos del 20% de la retención a las estampillas de que trata el artículo 47 de la ley 863 de 2003**, se encuentran conceptos tales como mesadas pensionales, cuotas partes pensionales, bonos pensionales y cuotas partes de bonos pensionales a cargo de la entidad territorial., de manera que tales recursos no pueden ser aplicados a un fin diferente, por mandato superior.

## **7. Naturaleza jurídica de la contribución sobre contratos de obras públicas**

La contribución sobre contratos de obras públicas es otro tributo con destinación específica, pues de acuerdo con el artículo 7° de la Ley 1421 del 2010, los recursos que recaude la Nación deberán invertirse en la realización de gastos destinados a propiciar la seguridad, y la convivencia ciudadana, para garantizar la preservación del orden público. Dicha disposición jurídica consagra lo siguiente:

**“ARTÍCULO 7o. El artículo 122 de la Ley 418 de 1997, prorrogado por la Ley 548 de 1999 y modificado por la Ley 782 de 2002, quedará así:**

**Artículo 122.** Créase el Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, que funcionará como una cuenta especial, sin personería jurídica, administrada por el Ministerio del Interior, como un sistema separado de cuenta y tendrá por

objeto garantizar la seguridad, convivencia ciudadana y todas aquellas acciones tendientes a fortalecer la gobernabilidad local y el fortalecimiento territorial.

Los recursos que recaude la Nación por concepto de la contribución especial consagrada en el artículo 6o de la Ley 1106 de 2006, deberá invertirse por el Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, en la realización de gastos destinados a propiciar la seguridad, y la convivencia ciudadana, para garantizar la preservación del orden público.

Los recursos que recauden las entidades territoriales por este mismo concepto deben invertirse por el Fondo-Cuenta Territorial, en dotación, material de guerra, reconstrucción de cuarteles y otras instalaciones, compra de equipo de comunicación, compra de terrenos, montaje y operación de redes de inteligencia, recompensas a personas que colaboren con la justicia y seguridad de las mismas; servicios personales, dotación y raciones, nuevos agentes y soldados, mientras se inicia la siguiente vigencia o en la realización de gastos destinados a generar un ambiente que propicie la seguridad y la convivencia ciudadana, para garantizar la preservación del orden público.

La administración del Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana estará a cargo del Ministerio del Interior y de Justicia”.

**Además, dicha contribución es de creación legal, en la medida que fue establecida en la Ley 1106 de 2006 y fue posteriormente reglamentada en el Decreto 399 de 2011, que en su artículo 11 prevé:**

**“Recursos de la contribución especial. De conformidad con el inciso 2° del artículo 6° de la Ley 1106 de 2006, todas las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos de obra pública, con entidades de derecho público o celebren contratos de adición al valor de los existentes deberán pagar a favor de la Nación, Departamento o Municipio, según el nivel al cual pertenezca la entidad pública contratante una contribución equivalente al cinco por ciento 5% del valor total del correspondiente contrato o de la respectiva adición.**

(...)

Para los efectos previstos en el artículo anterior, y de conformidad con el artículo 121 de la Ley 418 de 1997, prorrogado por la Ley 1421 de 2010, la entidad pública

contratante descontará el cinco por ciento (5%) del valor del anticipo, si lo hubiere, y de cada cuenta que cancele el contratista.

**Parágrafo.** Las adiciones en valor a todos los contratos a que se refiere el artículo 6° de la Ley 1106 de 2006 están gravadas con la contribución prevista en dicha norma.” -Negrilla fuera del texto-.

En síntesis, la contribución a los contratos de obra pública, se aplicará así:

- **Todos** los contratos de obra pública suscritos con entidades públicas o estatales, de cualquier nivel, son objeto de la contribución equivalente al 5% del valor del contrato;
- **Todas las adiciones** a **todos los contratos de obra**, que se suscriban después de entrar en vigencia la ley 1106 de 2006, están obligados a pagar la mencionada contribución;

Luego, dicha renta **tiene destinación específica**, en tanto está encaminada a financiar los Fondos Territoriales de Seguridad y Convivencia Ciudadana – **FONSET**- conforme a lo señalado en el Decreto 399 de 2011, y como se vio su creación es legal, cumpliendo así con el primer requisito establecido en el Decreto 461 de 2020, en tanto no se trata de una renta de creación constitucional.

## **8. Solución del caso concreto**

Así pues, en esta oportunidad le corresponde a la Sala Plena de esta Corporación determinar si el **Decreto 32 de 25 de marzo de 2020**, “*por medio del cual se realiza un traslado dentro del presupuesto de gastos del Municipio de Santana Boyacá*”, y el **Decreto 42 de 14 de abril de 2020**, por medio del cual se “*realiza*

*una corrección aritmética al Decreto 032*”, se ajustan o no a los dictados superiores, tomando como parámetro y referente de control lo regulado en los decretos legislativos expedidos en el marco del estado de excepción.

En primer lugar, se realizará el análisis de la **conexidad**, para lo cual se resalta que todo el articulado gravita en torno a la realización de unos **traslados presupuestales internos**, así que el examen correspondiente se enfocará en este punto.

En lo normativo, la motivación del acto se fundamenta en: i) la Resolución 385 de 2020<sup>22</sup> proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social; ii) **el Decreto 417 de 2020**, por el cual el Gobierno Nacional declaró el Estado de excepción de Emergencia Económica, social y ecológica, en virtud del artículo 215 de la Constitución Política; iii) **el Decreto 461 de 2020**<sup>23</sup> expedido por el Gobierno Nacional.

Se advierte también que explícitamente los Decretos 32 de 25 de marzo de 2020 y 42 de 14 de abril de 2020 *“por medio del cual se realiza una corrección aritmética al decreto n.º. 032 ‘por medio del cual se hace un traslado dentro del presupuesto de gastos del municipio de Santana Boyacá’*”, fueron expedidos dentro del término de vigencia del Decreto Legislativo 417 del 17 de marzo de 2020 y del 461 de 22 de marzo de 2020, deduciéndose la conexidad material con el Estado de Excepción de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

---

<sup>22</sup> “Por el cual se declaró emergencia sanitaria en todo el Territorio Nacional”.

<sup>23</sup> “Por medio del cual se autoriza temporalmente a los gobernadores y alcaldes para la reorientación de rentas y la reducción de tarifas de impuestos territoriales, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 417 de 2020”.

En cuanto al **examen del contenido del acto y su sujeción al ordenamiento superior**, se observa que las razones expuestas por el representante legal del mencionado ente territorial para decretar el traslado presupuestal consistieron en:

“Que el Honorable Concejo del Municipio de Santana Boyacá, mediante Acuerdo N. 018 del 30 de noviembre de 2019, aprobó el presupuesto general de rentas y gastos para la vigencia fiscal del año 2020.

Que el traslado presupuestal es una operación a través de la cual se acredita una partida y se contracredita otra, sin modificar el monto total de los gastos aprobados por el honorable Concejo municipal, simplemente se realiza una modificación al decreto de liquidación de presupuesto, por tanto, es viable adelantar por vía administrativa.

Que la Organización Mundial de la Salud declaró el 11 de marzo de 2020 que el brote del nuevo Coronavirus COVID-19, es una pandemia esencialmente por la propagación de su propagación, por lo que instó a los estados a tomar acciones urgentes y decididas para la identificación, confirmación aislamiento, monitoreo de los posibles casos y el tratamiento de los casos confirmados, así como la divulgación de las medidas preventivas todo lo cual debe redundar en la mitigación del contagio.

Que el Ministerio de Salud y Protección social expidió la resolución 385 del 12 de marzo de 2020 *“por la cual se declara la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID – 19 y se adoptan medidas para hacer frente al virus”* en la cual se establecieron disposiciones destinadas a la prevención y contención del riesgo epidemiológico asociado al nuevo coronavirus.

Que mediante Decreto 417 de 17 de marzo 2020, con fundamento en el artículo 215 de la Constitución Política, el Presidente de la Republica declaró el estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, en todo el territorio nacional, por el termino de treinta (30) días calendario, contados a partir de la vigencia de dicho decreto.

Que se han identificado limitaciones presupuestales en el orden territorial que impiden la asignación eficiente y urgente de los recursos que demandan las actuales circunstancias señaladas en el decreto 417 de 2020, por lo que se hace necesario una modificación normativa de orden temporal mediante las medidas a que hace referencia la emergencia sanitaria.

Que mediante Decreto Nacional 461 del 22 de marzo 2020, se autoriza temporalmente a los gobernadores y alcaldes para reorientar las rentas de destinación específica de su entidad territorial, con el fin de llevar a cabo las acciones necesarias para hacer frente a las causas que motivaron la declaratoria del estado de emergencia, Económica, Social y Ecológica, en el marco de lo dispuesto del decreto 417 de 2020.

Que la Tesorería Municipal Expidió certificación de los Rubros libres de afectación contra los cuales se realiza el Traslado presupuestal para atender la emergencia sanitaria que afronta el país, en el Municipio de Santana Boyacá

**Así pues, el decreto bajo control, decretó lo siguiente:**

**“ARTÍCULO PRIMERO: Reorientar los recursos de capital destinación específica provenientes de la estampilla pro cultura (20% fondos pensionales) y los recursos de capital provenientes de la contribución del 5% sobre contratos de obras públicas para atender la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID – 19, para la atención inmediata en el Municipio de Santana Boyacá.**

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Contracredítese los siguientes Rubros del Presupuesto de Gastos del Municipio de Santana - Boyacá para la vigencia fiscal 2020, en la suma de CIEN MILLONES DE PESOS (\$100.000.000,00) MTC, de acuerdo al siguiente por menor;

Rubro	Descripción	Valor
2	Presupuesto de gastos	100.000.000,00
22	Gastos de inversión	100.000.000,00
224	Fondos Especiales	100.000.000,00
22402	Fondo de seguridad ciudadana	46.640.900,00
2240203	Inversiones con excedentes 5% FONSET	46.640.900,00
224020301	(N) Apoyo, Acciones, Programas en Seguridad y convivencia Ciudadana FONSET	46.640.900,00
22403	Estampilla pro cultura	53.359.100,00
2240302	Inversión con excedentes estampilla pro cultura	53.359.100,00
224030201	(N) Fomento y Apoyo Expresiones Artísticas Y Culturales	53.359.100,00
224030202	(N) 20% Aportes Pasivo Pensional Municipal	53.359.100,00

**ARTÍCULO TERCERO:** Acredítese los siguientes Rubros del Presupuesto de Gastos del Municipio de Santana - Boyacá para la vigencia fiscal 2020, en la suma de CIEN MILLONES DE PESOS (\$100.000.000,00) MTC de acuerdo al siguiente por menor:

Rubro	Descripción	Valor
2	Presupuesto de Gastos	100.000.000,00
22	Gastos de inversión	100.000.000,00
22302	(N) excedentes financieros	100.000.000,00
223023	con recursos de destinación específica	100.000.000,00
<b>2230235</b>	<b>Recursos para atención emergencia sanitaria</b>	<b>46.640.900,00</b>
<b>22302351</b>	<b>Con recursos del 5% contribución contratos de obra</b>	<b>46.640.900,00</b>
<b>2230235101</b>	<b>Sector población vulnerable</b>	<b>46.640.900,00</b>
<b>223023510101</b>	<b>Atención inmediata emergencia sanitaria</b>	<b>46.640.900,00</b>
22302352	Con recursos estampilla pro cultura	53.359.100,00
223023521	Sector población vulnerable	53.359.100,00
22302352101	Atención inmediata emergencia sanitaria	53.359.100,00

**ARTÍCULO CUARTO:** Envíese Copia Tesorería Municipal, a fin de que se realicen los ajustes presupuestales correspondientes.

**ARTÍCULO QUINTO:** El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición y publicación”.

Con posterioridad, al alcalde de Santana profirió el Decreto 042 del 14 de abril de 2020 *“POR MEDIO DEL CUAL SE REALIZA UNA CORRECCION ARITMETICA AL DECRETO No. 032”*, cuyas consideraciones fueron las siguientes:

“Que en el artículo segundo del Decreto No. 032 de fecha 25 de marzo de 2020, se **contracredita el valor de cien millones de pesos, donde se afectan los rubros de fondo de seguridad ciudadana y estampilla pro cultura.**”

Que la afectación al rubro de estampilla pro cultura es por el valor de \$53.359.100,00. Provenientes del rubro 22403020 denominado “20% Aportes pasivo pensional municipal”, sin embargo, por error de digitación se observa que a la vez se muestra el rubro 224030201 por el mismo valor sin que este corresponda a la modificación que se realiza dentro del presupuesto de gastos.

Que a pesar de mostrarse el rubro presupuestal 224030201 en los contracreditos del traslado presupuestal, no se afecta ni altera la sumatoria del valor total a trasladar en el decreto N 032 de 25 de marzo de 2020, por lo que se considera como un error aritmético.

Que de acuerdo a lo anterior y acorde al artículo 45 de la ley 1437 de 2011, “Corrección de errores formales. En cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, se podrán corregir los errores simplemente formales contenidos en los actos administrativos, ya sean aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras”. Se debe realizar la respectiva corrección al artículo primero del decreto 032 de 25 de marzo de 2020”.

En consecuencia, se decretó lo siguiente:

**“ARTÍCULO PRIMERO:** Realizar corrección aritmética al artículo primero del Decreto No. 032 de 25 de marzo de 2020, suprimiendo el rubro presupuestal 224030201 denominado Fomento y Apoyo Expresiones Artísticas Y Culturales, en consecuencia, los contracreditos a realizar en el presupuesto de gastos se la vigencia fiscal 2020 quedará así:

Rubro	Descripción	Valor
2	Presupuesto de gastos	100.000.000,00
22	Gastos de inversión	100.000.000,00
224	Fondos Especiales	100.000.000,00
22402	Fondo de seguridad ciudadana	46.640.900,00
2240203	Inversiones con excedentes 5% FONSET	46.640.900,00
224020301	(N) Apoyo, Acciones, Programas en Seguridad y convivencia Ciudadana FONSET	46.640.900,00
22403	Estampilla pro cultura	53.359.100,00

2240302	Inversión con excedentes estampilla pro cultura	53.359.100,00
224030202	(N) 20% Aportes Pasivo Pensional Municipal	53.359.100,00

Como se mencionó en las consideraciones, el Decreto 461 de 2020, en materia presupuestal señala que los alcaldes pueden redireccionar las rentas de destinación específica para hacer frente a las causas que motivaron la declaratoria del EESE, sin requerir la autorización de los Concejos municipales, pudiendo realizar adiciones, modificaciones y demás operaciones presupuestales a que haya lugar. Además de lo anterior, sostiene el párrafo 2° del artículo 1° de ese Decreto la prohibición de reorientar rentas de destinación específica de creación constitucional y en el artículo tercero también establece un requisito de temporalidad y es que las medidas se adopten en el término que dure la emergencia sanitaria.

De lo anterior se puede concluir que en los **artículos 1°, 2° y 3°** del acto bajo control, el alcalde de Santana realizó un traslado presupuestal interno dentro del presupuesto de gastos del municipio para la vigencia fiscal 2020, disminuyendo –contracreditando- el rubro *fondo de seguridad ciudadana* la suma de \$46.640.900 pesos y aumentando -acreditando- en ese mismo monto la partida *recursos para atención emergencia sanitaria*. También se disminuye –contracredita- el rubro *estampilla pro cultura (N) 20% Aportes Pasivo Pensional Municipal* por la suma de \$53.359.100 pesos y aumenta -acredita- en ese mismo monto la partida *sector población vulnerable y atención inmediata emergencia sanitaria*”.

En ambos casos para atender la **declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica**, en el marco de lo dispuesto en los Decretos 417 y 461 de 2020, denotando que la medida en cuestión guarda conexidad con las causas que originaron la expedición de los citados decretos legislativos y con la finalidad de ejecutar los recursos necesarios para atender el estado de emergencia y de calamidad.

Respecto a la reorientación de los recursos recaudados por la contribución de 5% de contratos de obra, como se indicó en las consideraciones, tiene creación legal y destinación específica, cumpliéndose así con el requisito establecido en el **Decreto 461 de 2020**.

También se advierte que en el Decreto bajo control no se hace modificación alguna a la ley que dispuso sobre la creación o modificación de la renta de destinación específica (contribución del 5% sobre contratos de obras públicas), **limitándose a reorientar esa renta** para la atención de la emergencia, y tal modificación presupuestal recae **sobre el presupuesto de la vigencia 2020**, con lo cual se concluye que en relación con dicha renta el decreto analizado se ajusta a los condicionamientos señalados en el Decreto 461 de 2020.

Ahora, en cuanto a la temporalidad, habrá de señalarse que la emergencia sanitaria fue declarada en la Resolución 385 de 12 de marzo, en los siguientes términos: *“Declárase la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020. Dicha declaratoria podrá finalizar antes de la fecha aquí señalada o cuando desaparezcan las causas que le dieron origen o,*

*si estas persisten o se incrementan, podrá ser prorrogada”*. Después y con el objetivo de prevenir y controlar la propagación del covid-19 en la población vulnerable, el Gobierno Nacional extendió la Emergencia Sanitaria hasta el **31 de agosto**, mediante la Resolución 844 de 2020. En consecuencia, el Decreto 032 de 25 de marzo de 2020, satisface el requisito de temporalidad señalado en el artículo 3° del Decreto 461 de 2020.

En cuanto a la destinación del mencionado traslado presupuestal ordenado en el Decreto 32 de 2020, es evidente que cumple con la finalidad descrita en los Decretos Legislativos 417 y 461 de 2020, en tanto, se señala de manera específica que los recursos serán destinados a la prevención y atención solidaria para la gestión del riesgo, para atender la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Por lo anterior, la Sala concluye que los **artículos 1°, 2° y 3°** del acto bajo revisión se encuentran ajustados a derecho en cuanto a reorientar los recursos de capital de destinación específica provenientes de la contribución del 5% sobre contratos de obras públicas, no sucediendo lo mismo respecto a reorientación de los recursos de la estampilla pro cultura (20% fondos pensionales) que se declarará ilegal como pasa a explicarse.

Ciertamente, como en el presente caso se está reorientando el 20% de los recursos obtenidos de la estampilla pro cultura, que tienen como destinación específica, financiar una obligación social constitucional del orden territorial, referida a la seguridad social de los pensionados, de conformidad con el artículo

47 de la Ley 863 de 2003, se incumple con el requisito establecido en el párrafo 2° del artículo 1° del **Decreto Legislativo 461 de 2020**, que dispone la prohibición de reorientar rentas de destinación específica de creación constitucional, como es el caso de los recursos de las instituciones de la Seguridad Social que no se pueden usar para fines diferentes a ello, de acuerdo con el inciso 5° del artículo 48 de la Constitución Política.

Por las razones expuestas, se **declarará la ilegalidad** de los siguientes artículos del **Decreto municipal 32 de 2020**: **i) artículo 1° (parcial)**, respecto a la posibilidad de reorientar “*los recursos de capital destinación específica provenientes de la estampilla pro cultura (20% fondos pensionales)*”; **ii) artículo 2° (parcial)**, modificado por el Decreto 42 de 2020, respecto a contracreditar el rubro *estampilla pro cultura (N) 20% Aportes Pasivo Pensional Municipal* por la suma de \$53.359.100 pesos; y **iii) el artículo 3° (parcial)** respecto a los siguientes rubros que se pretendían acreditar con los recursos de la estampilla pro cultura (20% fondos pensionales):

22302352	Con recursos estampilla pro cultura	53.359.100,00
223023521	Sector población vulnerable	53.359.100,00
22302352101	Atención inmediata emergencia sanitaria	53.359.100,00

En cuanto al Decreto 042 del 14 de abril de 2020 se advierte que solo se corrige un “*error aritmético*” que se presentaba en el Decreto 032, en el sentido de que se había mantenido el rubro denominado “*Fomento y Apoyo Expresiones Artísticas y Culturales*”, razón por la que se suprimió, pero se mantuvo el rubro contracreditado, *estampilla pro cultura (20% fondos pensionales)*, en

consecuencia, se declarará también la **ilegalidad parcial del artículo 1º del Decreto 42 de 2020, respecto a dicho rubro, por las razones atrás expuestas.**

En cuanto, al **artículo 4º**, en el que se dispone el envío del decreto a la Tesorería Municipal, a fin de que se realicen los ajustes presupuestales correspondientes. A efecto de examinar la legalidad de esta disposición ha de considerarse que la ordenación del gasto<sup>24</sup> y, dentro de ella, la realización de traslados presupuestales internos para la ejecución de recursos, es una competencia<sup>25</sup> constitucional y legalmente encomendada a los alcaldes<sup>26</sup>. Por ende, para que un funcionario diferente pueda ejercerla, es necesario que le sea delegada, en concordancia con el artículo 9º de la Ley 489 de 1998, que dispone lo siguiente:

**“ARTÍCULO 9º. DELEGACIÓN.** Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán **mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.** (...)” (Negrilla fuera del texto original)

---

<sup>24</sup> C.E., Sala Plena, Sent. 2008-00087 (IJ), nov. 30/2010. M.P. Susana Buitrago Valencia: “(...) *El Consejo de Estado ha sostenido que la ordenación del gasto es una manifestación del poder estatal que representa la facultad de disponer del presupuesto de las entidades públicas, de acuerdo con el plan previamente diseñado y aprobado por los órganos competentes. Junto a la existencia o apropiación de unos recursos económicos se requiere que exista un servidor público dotado de la capacidad jurídica necesaria para ejecutarlos, ya a través del gasto propiamente dicho, o de las inversiones pertinentes. Por el alto compromiso que aparea y por lo sensible que resulta frente al manejo de las arcas del Estado, la calidad de ‘ordenador del gasto’ es una potestad reservada por el ordenamiento jurídico al ‘jefe de cada órgano’, esto es, a los funcionarios que dentro de la administración pública son identificados como los representantes legales de cada entidad que cuenta con autonomía administrativa, financiera o presupuestal, como así lo ratifica el artículo 39 de la Ley 80 del 28 de octubre de 1993. (...)*”

<sup>25</sup> C.E., Sec. Tercera, Sent. 1997-04170 (32906), ago. 16/2018, M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo: “(...) *la competencia de las autoridades estatales es un aspecto que se encuentra regulado por normas imperativas de ‘orden público’ (...); así mismo, constituye el primero y más importante requisito de validez de la actividad administrativa, siendo la incompetencia la regla general, mientras que la competencia es la excepción, ya que se restringe a la que de manera expresa les otorga el ordenamiento jurídico a las distintas autoridades, lo que se explica si se tiene en cuenta que ‘la incompetencia está entronizada en beneficio de los intereses generales de los administrados contra los posibles abusos o excesos de poder de parte de los gobernantes; por esta razón, el vicio de incompetencia no puede sanearse’. (...)*” (Negrilla fuera del texto original)

<sup>26</sup> CP, art. 315-9; L 136/1994, art. 91 lit. d-5; EOP, art. 110; y DUR. 1068/2015, art. 2.8.1.5.6.

El carácter restrictivo de la competencia implica que la delegación procede solo cuando está expresamente permitida por la ley<sup>27</sup>. Para el caso de los alcaldes, el inciso 1º del artículo 92 de la ley 136 de 1994 prescribe:

**“ARTÍCULO 92. DELEGACIÓN DE FUNCIONES. El alcalde podrá delegar en los secretarios de la alcaldía y en los jefes de los departamentos administrativos las diferentes funciones a su cargo, excepto aquellas respecto de las cuales exista expresa prohibición legal. (...)”** (Negrilla y negrilla fuera del texto original)

Esto en consonancia con el artículo 110 del Estatuto Orgánico del Presupuesto que preceptúa:

“ARTICULO 110. <Artículo modificado por el artículo 124 de la Ley 1957 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. **Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo,** o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes. (...)

En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, **las Entidades Territoriales**, Asambleas y Concejos, las Contralorías y Personerías Territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica. (...)” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

---

<sup>27</sup> C.E., Sec. Tercera, Sent. 2016-00175 (58367), dic. 18/2018. M.P. Ramiro Pazos Guerrero: “(...) 8.7.3. La autorización para delegar. Las autoridades públicas podrán delegar el ejercicio de asuntos expresamente autorizados por el ordenamiento jurídico. Para la delegación presidencial, por ejemplo, el artículo 211 de la Carta Política establece que la ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los funcionarios que señala el mencionado artículo. (...)” (Negrilla fuera del texto original)

A su vez, el artículo 11 de la aludida Ley 489 de 1998 indica:

**“ARTÍCULO 11. FUNCIONES QUE NO SE PUEDEN DELEGAR.** Sin perjuicio de lo que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación:

1. La expedición de **reglamentos de carácter general**, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley.
2. Las funciones, atribuciones y potestades **recibidas en virtud de delegación**.
3. Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal **no son susceptibles de delegación**. (...)” (Negrilla fuera del texto original)

Teniendo en cuenta lo anterior, **la Sala Plena concluye que la realización de traslados presupuestales internos es delegable** porque (i) en general, la ley permite que los alcaldes **deleguen sus funciones a los Secretarios de su gabinete**, (ii) la delegación de estos asuntos no se encuentra dentro de las prohibiciones generales antes relacionadas (no vacía el contenido de la facultad de ordenación del gasto), y (iii) no existe una prohibición particular al respecto.

No obstante, dada la naturaleza reglada de esta actuación, el delegante debe fijar los parámetros y condiciones bajo las cuales el delegatario ejercerá la función, como lo señala el artículo 10 de la Ley 489 de 1998<sup>28</sup> y lo ha reiterado la jurisprudencia<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> “(...) **ARTÍCULO 10. REQUISITOS DE LA DELEGACIÓN.** En el acto de delegación, que siempre será escrito, se determinará la autoridad delegataria y las **funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren**. (...)” (Negrilla fuera del texto original)

<sup>29</sup> C.E., S. de Consulta, Conc. 2019-00081 (C), ago. 6/2019. M.P. Óscar Darío Amaya Navas: “(...) **11. La delegación requiere la existencia de un acto formal, en el cual se señale la decisión del delegante, el objeto de la delegación, el delegatario, y las condiciones relativas al tiempo, modo y lugar en las cuales se hará ejercicio de la función delegada.** En este sentido, se debe cumplir con unos elementos constitutivos, consistentes en un presupuesto de forma, uno subjetivo y uno objetivo o material. (...)” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En este contexto, el Tribunal considera que una lectura del artículo en examen bajo la perspectiva de los principios de eficacia y efecto útil permite considerar que la orden impartida por el alcalde en realidad se traduce en la delegación de la función. Sin embargo, para que esta se ajuste a derecho es necesario delimitar adecuadamente sus elementos.

Resulta claro, entonces, que el delegante es el burgomaestre, pero el delegatario no podrá ser la Tesorería Municipal, sino el titular de la Secretaría de Hacienda u otro secretario o funcionario del nivel directivo de la Alcaldía de Santana. Además, el objeto de la delegación no puede ser cualquier operación presupuestal, sino para realizar los traslados presupuestales internos, esto es, los que afectan exclusivamente el anexo del decreto de liquidación del presupuesto<sup>30</sup>.

Bajo estos supuestos se condicionará la legalidad del artículo bajo estudio.

Por su parte, el **artículo 5º** dispone que el acto bajo control rige a partir de la fecha de expedición y publicación. Para el examen de legalidad de esta disposición ha de considerarse:

El artículo 65 del CPACA prescribe que *“los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial o en las gacetas territoriales, según el caso”*.

---

<sup>30</sup> Sobre los traslados presupuestales internos, ver, por ejemplo: TAB, Sent. 2018-00018, may. 9/2018. M.P. José Fernández Osorio.

Ateniendo estos preceptos resulta claro que **el decreto bajo estudio existe y se presume legal desde su expedición** (art. 88 CPACA); pero es eficaz y oponible a terceros desde su publicación. Luego, resulta indispensable la publicación del acto general en el diario oficial o gaceta o, subsidiariamente, a través de la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, la publicación en la página electrónica o por bando, en tanto estos medios garanticen amplia divulgación<sup>31</sup>, para que sea obligatorio.

Así las cosas, se declarará legal el **artículo 5º** en tanto atiende las previsiones antes mencionadas.

La Sala Plena también encuentra que el Decreto 32 de 2020 respecto a la reorientación de los recursos de capital de la contribución del 5% sobre los contratos de obras públicas, cumple con el requisito de **proporcionalidad**, por cuanto instrumentaliza las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional para conjurar la crisis sanitaria derivada por la propagación del COVID19. Ello, en consideración que el acto objeto de control de legalidad acoge las medidas excepcionales de los Decretos 417 y 461 de 2020.

---

<sup>31</sup> Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Compendio de derecho administrativo. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2017, p 269: "(...) Los actos administrativos que tengan el carácter de generales, independientemente de la autoridad que los haya proferido, solo son obligatorios para los particulares en el momento en que hayan sido publicados en el Diario Oficial o en el diario, gaceta territorial o boletín que la administración y sus entidades tengan destinados para tales fines.

(...)

En reiteradas oportunidades el Consejo de Estado ha recogido el anterior planteamiento doctrinal. La corporación acepta la tesis de la existencia del acto administrativo, pero de la ausencia de eficacia, cuando el mismo no ha sido publicado. Bajo ese supuesto la administración no puede hacer eficaz un acto de carácter general sin su debida publicación. Esto es, le está vedada la posibilidad de hacer que el mismo surta efectos a partir de la fecha de su expedición. Con la expedición el acto nace a la vida jurídica; con la publicación se hace eficaz y oponible a los asociados. (...)” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En conclusión, el Decreto 032 de 2020 respecto a la reorientación de los recursos de capital de la contribución del 5% sobre los contratos de obras públicas, cumple con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, toda vez que **(i)** busca conjurar los efectos de la pandemia generada por el Covid-19 y **(ii)** justifica el decreto de los traslados presupuestales internos para contener los efectos negativos de la crisis sanitaria derivada de la pandemia coronavirus COVID-19; en consecuencia, se resolverá declarar su legalidad parcial, por las razones atrás expuestas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena del Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA:**

**PRIMERO. DECLARAR la LEGALIDAD parcial de los artículos 1, 2, 3 del Decreto 32 del 25 de marzo de 2020, “POR MEDIO DEL CUAL SE REALIZA UN TRASLADO DENTRO DEL PRESUPUESTO DE GASTOS DEL MUNICIPIO DE SANTANA- BOYACA” y parcial del artículo 1° del Decreto 042 del 14 de abril de mismo año, “POR MEDIO DEL CUAL SE REALIZA UNA CORRECCION ARITMETICA AL DECRETO No. 032”, respecto a la reorientación de los recursos de capital de la **contribución del 5% sobre los contratos de obras públicas**, porque respecto a la reorientación de los recursos de capital de la **estampilla pro cultura (20% aportes pasivo pensional municipal)**, tales disposiciones son **ILEGALES**, por las razones expuestas.**

**SEGUNDO. DECLARAR** la legalidad del **artículo 4º** del Decreto No. 032 del 25 de marzo de 2020, bajo el entendido que se trata de un acto de delegación, donde el delegatario es el Secretario de Hacienda de la localidad u otro secretario o funcionario del nivel directivo de la Alcaldía de Santana, siendo su objeto la realización de traslados presupuestales internos, esto es, los que afectan exclusivamente el anexo del decreto de liquidación del presupuesto, conforme a lo señalado en este fallo.

**TERCERO. DECLARAR** la legalidad del **artículo 5º** del Decreto No. 032 del 25 de marzo de 2020, por las razones dadas.

**CUARTO.** Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente dejando las constancias del caso.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en sesión virtual de la fecha.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



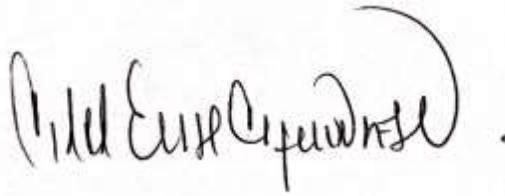
**LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA**

**Magistrado**



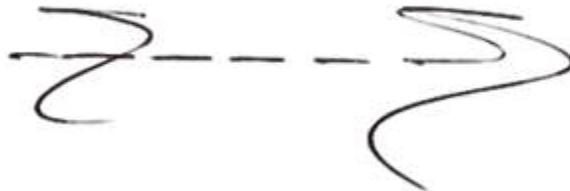
**JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO**

**Magistrado**



**CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ**

**Magistrada**



**FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**

**Magistrado**

**(SALVO VOTO)**

Medio de control: Control inmediato de legalidad  
Acto administrativo: Decretos 32 y 42 de 2020 del alcalde de Santana  
Expediente: 15001-23-33-000-2020-00350-00



**FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**  
**Magistrado**



**ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO**  
**Magistrado**