



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
 Carrera 16 N° 22-51, Edificio Gentium Piso 4° Telefax 2754780. Ext.2062

Sincelejo, quince (15) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Medio de Control de Nulidad

Radicación N° 70001-33-33-002-2017-00045-00

Demandante: GUSTAVO TAFUR MARQUEZ CC No. 15.049.375

Demandado: MUNICIPIO DE SAMPÚES

Asunto: Auto niega medida provisional

Se procede a decidir sobre la medida provisional solicitada por el señor GUSTAVO TAFUR MARQUEZ a través de apoderado judicial contra el MUNICIPIO DE SAMPÚES, previas las siguientes,

ANTECEDENTES

La parte actora, en escrito separado de la demanda¹, solicita se decrete medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo del Acuerdo No. 001 de 20 de enero de 2017 por medio del cual el Concejo Municipal de Sampués modificó el presupuesto de ingresos y gastos de la vigencia fiscal 2017.

Arguye, que el Concejo Municipal no pueden tomar los recursos adicionados (Recursos de Regalías - Ley 141 de 1994) al presupuesto de ingresos y gastos enunciados en el artículo primero del acápite de acuerdo, para ser invertidos en los sectores enunciados en el artículo segundo del acuerdo en mención, por tener estos recursos adicionados "Destinación Específica".

Precisa, que una simple interpretación e interrelación de los artículos 22 y 23 de la Ley 1530 de 2012, en concordancia con el artículo 6 de la Ley 549 de 1999 y en atención a lo dispuesto en la Ley 734 en sus artículos 34 numeral 1 y 35 numeral 1, una vez corroborado con lo enunciado en el artículo 2º numerales 3 y 5 del Acuerdo Municipal No.005 de 2016, a simple vista salta que la adición presupuestal en el presupuesto de gasto - Inversión del Acuerdo Municipal No. 001 del 20 de enero de 2017 en los sectores de transporte y equipamiento desbordan los recursos a invertir con la fuente de financiación SGR de conformidad a las proyecciones previamente calculadas en el Acuerdo Municipal No. 005 de 2016 por medio del cual se aprobó y adoptó el Plan de Desarrollo para el cuatrienio 2016 - 2019 del Municipio de Sampués Sucre, más exactamente en el artículo 2º para mayor ilustración ver el numeral 5 (Plan de Inversiones) - 5.3 Proyecciones de recursos en el período 2016 - 2019 y 5.4 Costo del Plan de Desarrollo, como se puede corroborar las cifras adicionadas en dichos sectores (Transporte y Equipamiento) sobrepasan las proyectadas, por lo tanto el Municipio de Sampués Sucre (Alcaldía y Concejo Municipal) debió hacer los ajustes pertinentes de conformidad a los artículos 44 y 45 de la Ley 152 de 1994 - Ley Orgánica del Plan de Desarrollo, para así no originar una destinación indebida de recurso por violación de la ley anual de presupuesto de rentas y gastos y la Ley 152 de 1994, es decir, el anterior acuerdo es ilegal, infringiendo las normas en que debía fundarse y con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.

De igual manera, resalta que los recursos adicionados al Presupuesto de Rentas y Gastos del Municipio

¹ Fl.16-20, cuaderno principal

de Sampués, para la vigencia 2017 por medio del Acuerdo Municipal No. 001 de 2017 tienen una destinación específica y por consiguiente no puede el Municipio al libre albedrío invertirlos en los sectores enunciados en el artículo 2 del Acuerdo Municipal No. 01 de 2017, mencionando que estos recursos provienen de las regalías bajo los lineamientos de la Ley 141 de 1994 como puede corroborarse en el acápite de resuelve de la Resolución 3502 del 19 de octubre de 2016 en el artículo 1º donde taxativamente se enuncia en el cuadro ahí descrito los recursos devueltos al Municipio de Sampués Sucre por el cumplimiento en el cubrimiento de su pasivo pensional regulado en la Ley 549 de 1999, es decir, dicho cuadro ilustra el sector, la fuente y el código contable de los recursos girados y de conformidad al artículo 6 de la Ley 549 de 1999 deben ser invertido atendiendo lo enunciado en dicho artículo, prueba de esto es lo enunciado en el último párrafo del numeral 3 del acápite de considerando de la Resolución 3502 del 19 de octubre de 2016 *"Por medio del cual se autoriza el retiro de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET, al Municipio de Sampués - Departamento de Sucre"* expedida por el Director General de Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, relacionando el texto, que al tenor dice:

"Adicionalmente, el Decreto 630 del 2016 en sus artículos 9, 10 y 11 establece el procedimiento para realizar el giro de los recursos excedentes acumulados en los sectores salud, educación y propósito general, respectivamente. Allí se señala que los recursos excedentes del FONPET de los sectores educación y propósito general deben ser destinados a la financiación de proyectos de inversión atendiendo la destinación específica de la fuente que proengan estos recursos, mientras que los recursos del sector salud serán trasladado al régimen subsidiado utilizando el mecanismo único de recaudo y giro de que trata el artículo 31 de la Ley 1438 de 2011, o quien haga sus veces, con base en el monto de recursos acumulados en el sistema de información del FONPET, a 31 de diciembre de la vigencia anterior."

La solicitud fue puesta en traslado mediante auto de 6 de marzo de 2017².

La entidad demandada, mediante escrito recibido el 28 de marzo de 2017 contestó, manifestando que efectivamente el Concejo Municipal de Sampués, mediante Acuerdo N° 001 de 2017, incorporó al presupuesto de Ingresos y Gastos de la vigencia 2017, los recursos devueltos al Municipio de Sampués por concepto de excedentes del cubrimiento del pasivo pensional, en virtud a lo señalado en las siguientes normas: inciso 5º del artículo 6 de la Ley 549 de 2000, inciso 5º del artículo 147 de la Ley 1753 de 2015, artículo 3 del Decreto 055 de 2009, Decreto 2191 de 2013, Decreto 4105 de 2004 y el Decreto 630 de 2016.

Señala, que los recursos incorporados fueron devueltos y autorizados su retiro mediante la Resolución N° 3502 de octubre 19 de 2016, por un valor total de \$5.742.539.280.55, previo el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para tal fin corresponden al Sector Propósito General y están distribuidos así:

- Reserva Pensional General- Fondo Nacional de Regalías \$5.069.511.556.03
- Propósito General-Sistema General de Participaciones \$673.027.724.52

Resalta, que el Acuerdo No 001 de 2017, es legal, toda vez que para su discusión y aprobación por parte del Concejo Municipal de Sampués - Sucre se tuvieron en cuenta las normas constitucionales y legales que soportan su expedición conforme a Derecho.

De igual manera, reitera que el Alcalde ni el Concejo Municipal, han cambiado la destinación de dichos recursos y estos fueron adicionados al presupuesto atendiendo lo dispuesto por el artículo 144 de la Ley 1530 de 2012 y lo preceptuado en el Acuerdo N° 005 de 2016 Plan de Desarrollo 2016-2019 *"UNIDOS HAREMOS MAS DESARROLLO CON COMPROMISO SOCIAL"*.

Como fundamentos de derecho, relaciona el artículo 361 del Acto Legislativo 05 de 2011, el artículo 1º de la Ley 141 de 1994 adicionado por el artículo 353 de la Ley 685 de 2001 sobre la constitución del Fondo Nacional de Regalías.

² FL11

Refiere, que al crearse el Fondo Nacional de Regalías como un sistema separado de cuentas, con los ingresos provenientes de las regalías no asignadas a los departamentos y municipios productores y municipios portuarios, se puede analizar y concluir que los recursos administrados por el Fondo Nacional de Regalías y que se destinaron como aportes al FONPET para el cubrimiento del pasivo pensional de las entidades territoriales, son totalmente diferentes a los señalados por el demandante y reseñadas en el cuadro destinación de las regalías (acápito página 6 de la solicitud de medida cautelar), donde compara el sistema anterior con el nuevo sistema.

Las regalías que señala el demandante en el sistema anterior son aquellos recursos asignados directamente a los municipios productores y portuarios y estos tienen una connotación y destinación específica regulada por el artículo 15 de la Ley 141 de 1994, modificado por el artículo 14 de la Ley 756 de 2002 y son totalmente diferentes a las regalías administradas por el Fondo Nacional de Regalías.

Las regalías asignadas y ejecutadas directamente por los municipios productores y municipios portuarios y reglamentadas por los artículos 15 de la Ley 141 de 1994, modificado por el artículo 14 de la Ley 756 de 2002, efectivamente están destinadas como lo manifiesta el actor a cumplir metas de coberturas en educación, salud, saneamiento básico, mortalidad infantil y la inversión en saneamiento ambiental, según la reglamentación expedida mediante los Decretos 1747 de 1995, Decreto 416 de 2007 y Decreto 1447 de 2010.

Considera, que los artículos 22 y 23 de la Ley 1530 de 2012, los cuales regulan la destinación de los recursos del nuevo Sistema General de Regalías creado mediante el Acto Legislativo N° 05 de 2011, no aplican para el caso.

Tal como lo establece el artículo 1° de la Ley 141 de 1994, los recursos del Fondo Nacional de Regalías, se constituyen con los ingresos provenientes de las regalías no asignadas a municipios productores y portuarios, para los cuales se constituirán varios fondos y su destinación ha sido señalada en los siguientes términos: *“Estos fondos se aplicarán a la promoción de la minería, a la preservación del ambiente y a financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales”*.

Al expedirse la Ley 549 de 1999, el artículo 2, de dicha ley señaló que los recursos que se destinarán a cubrir el pasivo pensional de las entidades territoriales estarán cubiertos con los siguientes recursos del Fondo Nacional de Regalías, así: 3. Para el año 2000 y siguientes un porcentaje no superior al siete por ciento (7%) de los recursos del Fondo Nacional de Regalías, y que no comprometan los recursos de destinación específica de las entidades territoriales. Estos recursos se distribuirán entre las cuentas de las entidades territoriales con los mismos criterios que se aplican para la distribución de los recursos de inversión del Fondo Nacional de Regalías.

Concluyendo, que los recursos de regalías administrados por el Fondo Nacional de Regalías son diferentes a los asignados para atender mayores coberturas en los sectores señalados en el cuadro comparativo que expone el demandante y totalmente diferentes a los señalados en los artículos 22 y 23 de la Ley 1530 de 2012 y los artículos 15 de la Ley 141 de 1994, modificado por el artículo 14 de la Ley 756 de 2002 y los artículos 22 y 23 de la Ley 1530 de 2012, no aplican para la destinación de los recursos de regalías administrados por el Fondo Nacional de Regalías.

CONSIDERACIONES

La suspensión provisional, establecida en el numeral 3° del artículo 230 del CPACA, es una medida cautelar cuya finalidad es suspender el cumplimiento o los efectos que produce una decisión contenida por ejemplo en un acto administrativo; la suspensión provisional puede ser decretada por petición de

parte debidamente justificada; esta medida se puede adoptar en el auto admisorio de la demanda o en cualquier momento del proceso, por ende puede ser solicitada por escrito o verbalmente en audiencia.

Con esta medida se busca suspender el cumplimiento del acto hasta que se tome la decisión en la sentencia que se pronuncie sobre la legalidad del acto demandado sin que ello implique prejudicialidad al respecto, a diferencia de lo que establecía el Decreto 01 de 1984, con la Ley 1437 de 2011 al Juez le corresponde hacer un análisis del acto y de las normas que se invocan como violadas para decretar dicha medida.

El H. Consejo de Estado en decisión de 22 de septiembre de 2010, respecto a la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional consideró:

“Pero, si para verificar la pugna entre el acto acusado y las normas jerárquicamente superiores, es menester hacer algún tipo de elucubración más o menos elaborada, ya no procede la medida cautelar, pues debe privilegiarse la presunción de legalidad y acierto propia de los actos de la administración, lo que sin más significa, que la suspensión provisional se aplica cuando el desconocimiento de la norma superior surge a simple vista, es decir se ofrece de manera directa y no resiste el examen de constitucionalidad y legalidad que se le hace prima facie”.

Conforme al artículo 230 y 231 del CPACA, la solicitud de la medida cautelar deberá tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.

Sin embargo, dicha relación no es el único requisito que se debe verificar para que proceda la medida cautelar, para que se decrete la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo es necesario que concurren los siguientes requisitos:

- Que haya violación de las disposiciones invocadas en la demanda, se realice en escrito separado en el cual se solicite la medida.
- Que la violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Adicionalmente, si se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, deberá además cumplir con las siguientes condiciones:

- Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
- Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

CASO CONCRETO: La parte actora aportó el siguiente material probatorio:

- ✚ Copia del Acuerdo No.001 de 20 de enero de 2017⁴
- ✚ Copia de la fecha de sanción del Acuerdo No.001 de 20 de enero de 2017 por el Alcalde Municipal.⁵
- ✚ Copia de la Resolución No.3502 de 19 de octubre de 2016 “Por la cual se autoriza el retiro de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales – FONPET, al Municipio de Sampués – Departamento de Sucre.”⁶

Pruebas aportadas por la entidad demandada:

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Rad.11001-03-24-000-2008-00348-00 (1723-09). C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

⁴ Fl.6-9

⁵ Fl.12

⁶ Fl.14-15

- ⚡ Concepto 31591 de 14 de agosto de 2015 expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en cuanto a la destinación devolución de FONPET.⁷
- ⚡ Concepto asesoría No.006800 de 27 de febrero de 2015 relacionado con la devolución de recursos del FONPET, emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el Municipio de Magüi – Payan Nariño.⁸
- ⚡ Plan de desarrollo Alcaldía Municipal de Sampués.⁹
- ⚡ Oficio 3.2.1.1. de fecha 11 de julio de 2016, a través del cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público informó al Alcalde Municipal de Sampués el estado del cubrimiento del pasivo pensional por sector con corte a 31 de diciembre de 2015.¹⁰

De acuerdo a las pruebas aportadas, se determina que existe una relación entre las pretensiones de la demanda y la medida cautelar.

Por lo que, el problema jurídico se contrae en determinar si es ilegal el Acuerdo 001 de 20 de enero de 2017 por medio del cual el Concejo Municipal de Sampués modificó el presupuesto de ingresos y gastos de la vigencia fiscal de 2017?

Se sostendrá como tesis, que no es ilegal el Acuerdo 001 de 20 de enero de 2017 por medio del cual el Concejo Municipal de Sampués modificó el presupuesto de ingresos y gastos de la vigencia fiscal de 2017.

Argumentándose que la nueva legislación, permite que a las entidades territoriales que llegaren a presentar saldos de recursos disponibles, luego de surtir la destinación específica en educación, salud y pasivo pensional, las entidades beneficiarias los destinarán a la financiación de proyectos de inversión prioritarios incluidos en sus planes de desarrollo, previa incorporación en sus respectivos presupuestos

Consecuentemente, con el fin de determinar si el acto administrativo cuya presunción de legalidad se encuentra en tela de juicio, pugna directamente con normas de carácter jerárquico superior, se procede a estudiar, especialmente el artículo 313 constitucional, que establece las competencias de los Concejos Municipales:

“Artículo 313. Corresponde a los concejos:

1. Reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo del municipio.
2. **Adoptar los correspondientes planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas.**
3. Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones de las que corresponden al Concejo.
4. **Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales.**
5. **Dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos.**
6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.
7. Reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda.
8. Elegir Personero para el período que fije la ley y los demás funcionarios que ésta determine.
9. Dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio.
10. Las demás que la Constitución y la ley le asignen.” (Negrilla nuestra)

⁷ Fl.27-29

⁸ Fl.30-33

⁹ Fl.35-40

¹⁰ Fl.43-45

En relación a los recursos procedentes de las regalías, el artículo de 361 de la constitución, dispone:

“Artículo 361. Los ingresos del Sistema General de Regalías se destinarán al financiamiento de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales; al ahorro para su pasivo pensional; para inversiones físicas en educación, para inversiones en ciencia, tecnología e innovación; para la generación de ahorro público; para la fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos y conocimiento y cartografía geológica del subsuelo; y para aumentar la competitividad general de la economía buscando mejorar las condiciones sociales de la población.

Los departamentos, municipios y distritos en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los municipios y distritos con puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones, así como a ejecutar directamente estos recursos.

Para efectos de cumplir con los objetivos y fines del Sistema General de Regalías, créanse los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación; de Desarrollo Regional; de Compensación Regional; y de Ahorro y Estabilización.

Los ingresos del Sistema General de Regalías se distribuirán así: un porcentaje equivalente al 10% para el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación; un 10% para ahorro pensional territorial, y hasta un 30% para el Fondo de Ahorro y Estabilización. Los recursos restantes se distribuirán en un porcentaje equivalente al 20% para las asignaciones directas de que trata el inciso 2o del presente artículo, y un 80% para los Fondos de Compensación Regional, y de Desarrollo Regional. Del total de los recursos destinados a estos dos últimos Fondos, se destinará un porcentaje equivalente al 60% para el Fondo de Compensación Regional y un 40% para el Fondo de Desarrollo Regional.

(...)

Por su parte la Ley 549 de 1999, desarrolla la finalidad de la creación del Fondo Nacional de pensiones, disponiendo:

“ARTÍCULO 3o. Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales. Fonpet. Para efectos de administrar los recursos que se destinan a garantizar el pago de los pasivos pensionales en los términos de esta ley, créase el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales. Fonpet, como un fondo sin personería jurídica administrado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual tiene como objeto recaudar y asignar los recursos a las cuentas de los entes territoriales y administrar los recursos a través de los patrimonios autónomos que se constituyan exclusivamente en las administradoras de fondos de pensiones y cesantías privadas o públicas, en sociedades fiduciarias privadas o públicas o en compañías de seguros de vida privadas o públicas que estén facultadas para administrar los recursos del Sistema General de Pensiones y de los regímenes pensionales excepcionados del Sistema por ley.

En todo caso la responsabilidad por los pasivos pensionales territoriales corresponderá a la respectiva entidad territorial. Por consiguiente, el hecho de la creación del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, de la destinación de recursos nacionales para coadyuvar a la financiación de tales pasivos o de que por disposición legal la Nación deba realizar aportes para contribuir al pago de los pasivos pensionales de las entidades del nivel territorial, no implica que esta asuma la responsabilidad por los mismos.

NOT-1: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1187 de 2000.

En dicho Fondo cada una de las entidades territoriales poseerá una cuenta destinada al pago de sus pasivos pensionales. Los valores registrados en las cuentas pertenecerán a las entidades territoriales y serán complementarios de los recursos que destinen las entidades territoriales a la creación de Fondos de Pensiones Territoriales y Patrimonios Autónomos destinados a garantizar pasivos pensionales de conformidad con las normas vigentes.

ARTÍCULO 6o. Retiro de recursos del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, no se podrán retirar recursos de la cuenta de cada entidad territorial en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales hasta tanto sumado el monto acumulado en la cuenta territorial en el Fondo

Nacional de Pasivos de las Entidades Territoriales con los recursos que tengan en sus Fondos Territoriales de Pensiones o en sus Patrimonios Autónomos o en las reservas legalmente constituidas por las entidades descentralizadas o demás entidades del nivel territorial, se haya cubierto el cien por ciento (100%) del pasivo pensional, de conformidad con el respectivo cálculo actuarial.

Cumplido dicho monto, la entidad podrá destinar los recursos del Fondo al pago de pasivos pensionales, siempre y cuando, en todo caso el saldo de la cuenta en el Fonpet, en los Fondos Territoriales de Pensiones, en los Patrimonios Autónomos que tengan constituidos o las reservas constituidas por las entidades descentralizadas u otras entidades del nivel territorial, cubra el cálculo del pasivo pensional total de la entidad.

Mientras la suma de estos saldos, no cubra dicho cálculo, la entidad deberá cubrir sus pasivos pensionales exigibles con los recursos del Fondo Territorial de Pensiones, el Patrimonio Autónomo constituido, las reservas constituidas con ese fin, o con otros recursos.

El Fondo Territorial de Pensiones y los patrimonios autónomos constituidos para garantizar pasivos pensionales de acuerdo con la Ley 100 de 1993 y disposiciones complementarias, podrán administrarse conjuntamente en un patrimonio autónomo único y su administración estará a cargo de sociedades fiduciarias, administradoras de fondos de pensiones.

Así mismo, cuando los pasivos pensionales, de una entidad estén cubiertos, los recursos a que se refiere el artículo 2o. de esta ley que se causen a partir de dicha fecha podrán ser destinados por la entidad titular de los mismos a los fines que correspondan de acuerdo con las leyes que regulan la destinación de cada uno de estos recursos. En todo caso, si el pasivo deja de estar adecuadamente cubierto deberán destinarse los recursos nuevamente a la financiación de la cuenta de la entidad en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Públicas Territoriales. Los recursos nacionales a que se refiere la ley, se distribuirán entre las cuentas de las entidades que no tengan cubierto todo su pasivo.

Los rendimientos financieros que generen los recursos del Fonpet se distribuirán entre las cuentas de las entidades territoriales aportantes, a prorrata del valor de las mismas y en consecuencia se sujetarán a lo previsto en la presente ley.”

Por otra parte atendiendo el boletín de prensa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público No.110¹¹, en el que se resuelven varios interrogantes acerca de la constitución del FONPET, se enseña:

“El FONPET es un fondo general, pero con cuentas individuales, cada cuenta de la entidad territorial tiene tres líneas de ahorro: educación, salud y sector central, una vez una entidad llega a tener el 125% de su pasivo pensional cubierto, los excedentes pueden ser desahorrados y retirados, para que puedan ser invertidos en cada uno de los sectores mencionados”.

¿Qué destinación pueden tener los recursos del FONPET?

*En materia pensional, los recursos del Fonpet se destinan al pago de obligaciones pensionales, pago de pasivos del sector salud y al pago de pasivos del sector educación. Los excedentes de ahorro del Fonpet pueden ser destinados a inversiones del sector educación, financiación del régimen subsidiado en sector salud, y **excedentes de propósito general para inversiones.***

¿Cómo se generan los excedentes del FONPET?

Los excedentes se generan por: i) ingreso de nuevos recursos a través del SGP y SGR ii) rendimientos financieros del fondo y iii) depuración de los pasivos.

¿Qué condiciones se deben cumplir para poder hacer retiro de excedentes?

La ley (549 de 1999) autorizó a municipios y gobernaciones el retiro de los recursos del Fonpet solo cuando la entidad territorial alcance el cubrimiento del pasivo pensional.

Sin embargo se establecieron algunos retiros específicos para acceder a los recursos acumulados en sus cuentas Fonpet. Tipos de retiros recursos:

Para entidades territoriales que tienen cubrimiento de pasivo pensional inferior al 125%

- Pago de bonos pensionales y/o cuotas partes de bonos pensionales.

¹¹ Consulta fecha 25 de mayo de 2017

- *Cruce y pago de cuotas partes pensionales*
- *Pago deuda por docentes al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FPSM).*
- *Retiro de recursos de Lotto en Línea.*
- *Reembolso por pago de bonos pensionales.*
- *Devolución por consignación errónea. Para entidades territoriales que tienen cubrimiento de pasivo pensional superior al 125%*
- *Retiro de recursos del Fonpet hasta por el 30% del saldo en cuenta.*
- *Excedente del cubrimiento del pasivo pensional.*
- *Devolución autorizadas por Conpes – Dnp. Para entidades territoriales que tienen cubrimiento del pasivo pensional del nivel central superior al 100%*
- *Pago de obligaciones pensionales corrientes.”*

En cuanto al momento en que las entidades territoriales pueden acceder a los excedentes, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la Cartilla llamada FONPET, establece:

“En principio, la Ley 549 de 1999 autorizó el retiro de recursos del FONPET solo hasta cuando la entidad territorial alcanzara el cubrimiento del pasivo pensional, sin embargo normas posteriores como las Leyes 715 y 643 de 2001 y 863 de 2003, autorizaron unos retiros específicos por los cuales las entidades territoriales pueden acceder a los recursos acumulados en sus cuentas del FONPET.

En la actualidad y tal como se presentará en el capítulo 6, existen los siguientes tipos de retiros de recursos del Fondo:

Retiros para entidades territoriales con cubrimiento de pasivo pensional inferior al 125%

- *Pago de bonos pensionales y/o cuotas partes de bonos pensionales.*
- *Cruce y pago de cuotas partes pensionales (en reglamentación).*
- *Pago deuda por docentes al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FPSM).*
- *Retiro de recursos de Lotto en Línea.*
- *Reembolso por pago de bonos pensionales- Decreto 946 de 2006.*
- *Devolución por consignación errónea.*

Retiros para entidades territoriales con cubrimiento de pasivo pensional superior al 125%

- *Retiro de recursos del FONPET hasta por el 30% del Saldo en Cuenta.*
- *Excedente del cubrimiento del pasivo pensional.*
- *Pago de obligaciones pensionales corrientes.*
- *Devolución autorizada por CONPES – DNP.”*

En lo atinente a la inversión de los excedentes del FONPET, la Ley 715 de 2001, modificado por la Ley 1176 de 2007, dispone:

“ARTÍCULO 78. DESTINO DE LOS RECURSOS DE LA PARTICIPACIÓN DE PROPÓSITO GENERAL. <Artículo modificado por el artículo 21 de la Ley 1176 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> **Los municipios clasificados en las categorías 4ª, 5ª y 6ª, podrán destinar libremente, para inversión u otros gastos inherentes al funcionamiento de la administración municipal, hasta un cuarenta y dos por ciento (42%) de los recursos que perciban por la Participación de Propósito General.**

<Inciso modificado por el artículo 14 de la Ley 1450 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> **Del total de los recursos de la participación de propósito general asignada a cada distrito o municipio una vez descontada la destinación establecida para inversión u otros gastos inherentes al funcionamiento de la administración municipal de que trata el inciso anterior y la asignación correspondiente a los municipios menores de 25.000 habitantes, definida en el inciso 3o del artículo 4o del Acto Legislativo 04 de 2007, cada distrito y municipio destinará el ocho por ciento (8%) para deporte y recreación, el seis por ciento (6%) para cultura y el diez por ciento (10%) para el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales, Fonpet.”**¹² (Negrilla fuera de texto)

¹² www.secretariassenado.gov.co

En ese mismo sentido, la Ley 1530 de 2012, estableció:

“ARTÍCULO 144. FINANCIACIÓN DE OTROS COMPROMISOS A 31 DE DICIEMBRE DE 2011. Los saldos de los recursos de regalías y compensaciones sin comprometer a 31 de diciembre de 2011, los causados y no recaudados por las entidades beneficiarias durante la vigencia 2011, así como los retenidos con ocasión de decisiones tomadas en ejercicio de las funciones de control y vigilancia asignadas al Departamento Nacional de Planeación, se destinarán a atender el pago de compromisos adquiridos a 31 de diciembre de 2011, incluidas las vigencias futuras asumidas con el lleno de los requisitos legales. Estos compromisos deben estar debidamente certificados por el representante legal de la entidad territorial.

Si dichos recursos fueran insuficientes para cubrir los compromisos adquiridos, las entidades beneficiarias utilizarán los siguientes recursos:

1. A los que hace referencia el artículo 136 de la presente ley, salvo en lo relacionado con el Fondo Nacional de Regalías.
2. Los saldos disponibles a su favor, en el Fondo de Ahorro y Estabilización Petrolera (F-AEP).
3. Los recursos del impuesto de transporte por oleoductos y gasoductos.
4. Las asignaciones directas de que trata el inciso 2o del artículo 361 de la Constitución Política.

De mantenerse algún faltante, las entidades beneficiarias podrán decidir si dichos compromisos se asumen con cargo a los recursos de los Fondos de Desarrollo Regional y de Compensación Regional.

Si se llegaren a presentar saldos de recursos disponibles, luego de surtir lo previsto en el inciso primero de este artículo, las entidades beneficiarias los destinarán a la financiación de proyectos de inversión prioritarios incluidos en sus planes de desarrollo, previa incorporación en sus respectivos presupuestos.” (Negrilla fuera de texto)

El Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación hará seguimiento a estos recursos.

De igual manera, el Decreto 630 de 2016 “por el cual se reglamenta el artículo 147 de la Ley 1753 de 2015, se adiciona un parágrafo al artículo 3º del Decreto número 055 de 2009 y se dictan otras disposiciones.”, en su artículo 11, señala:

“Artículo 11. Retiro de los recursos excedentes acumulados en el Sector Propósito General. Las entidades territoriales que no tengan obligaciones pensionales con el Sector Central de la Administración, o que las tengan plenamente financiadas y una vez hayan efectuado la reserva necesaria para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 8º del presente decreto, destinarán los recursos excedentes acumulados en el Sector Propósito General para la financiación de proyectos de inversión y atenderán la destinación específica de la fuente de que provengan estos recursos.”

Conforme a las pruebas aportadas, se tiene que efectivamente el Acuerdo No.001 de 20 de enero de 2017, fue modificado el presupuesto de ingresos y gastos de la vigencia fiscal 2017 para ser invertidos en obras civiles como la construcción de vías, mejoramiento de vías, construcción de zonas verdes, parques plazas y plazoletas, interventorías de proyectos de construcción y mantenimiento de infraestructura de transporte, equipamiento, construcción de dependencias de la administración, mejoramiento y mantenimiento de zonas verdes, parques, plazas y plazoletas, compra de lotes para infraestructura.

En síntesis, se determina que esa parte de los recursos de desahorros del FONPET si bien tienen como destinación específica inicial al pago de obligaciones pensionales, pago de pasivos del sector salud y al pago de pasivos del sector educación. Se encuentra, también establecido, que los excedentes de ahorro del Fonpet pueden ser destinados a inversiones del sector educación, financiación del régimen subsidiado en sector salud y **excedentes de propósito general para inversiones** atendiendo la destinación específica de la fuente de que provengan estos recursos.

De esta manera, en la actualidad, y tal como se presentará en el capítulo 5º de la cartilla del FONPET, son fuentes de recursos del FONPET, los siguientes:

1. Aportes con los cuales contribuye la nación:

El 10 % de los recursos provenientes de privatizaciones Nacionales.

El 70% del producto del Impuesto de Timbre Nacional, a partir del año 2001.

2. Aportes por concepto de transferencia de los Sistemas Generales y Entidades del Orden Nacional:
Sistema General de Participaciones
Sistema General de Regalías
Loto Único Nacional

3. Aportes que realizan directamente las entidades territoriales:

A nivel departamental, distrital y municipal: el 15% de la enajenación de acciones o activos a favor del sector privado.

Departamental: el 20% del impuesto de registro (adicionalmente, Bogotá D. C. (aporta por este concepto).

Departamental: el 10% de los ingresos corrientes de libre destinación.

Ahora bien, atendiendo que una de las fuentes de financiación la constituye el Sistema General de Regalías, se tiene que en general, el 90% de los recursos provenientes de regalías, debe ser invertido en proyectos prioritarios del plan de desarrollo del municipio o del departamento. El 10% restante debe dividirse en un 5% para los gastos de interventoría técnica y 5% para funcionamiento y operación de los proyectos. Los departamentos deben invertir, en los municipios que no reciban regalías, el 45% de estos recursos en salud, educación, agua potable y alcantarillado. Un 15% adicional, hasta alcanzar las coberturas mínimas; así como en infraestructura social según el plan de desarrollo: vías, parques, polideportivos, casa de la cultura, etc. por su parte, los municipios deben destinar un 75% de las regalías en saneamiento ambiental, salud, educación, agua potable, alcantarillado y otros servicios públicos, además de invertir en otros proyectos del plan de desarrollo municipal.¹³

En cuanto a la fuente provenientes de los recursos del Sistema General de Participaciones se asignan para financiar los servicios a cargo de las entidades territoriales en Educación, Salud, Agua Potable y Saneamiento Básico y **para otros sectores denominados de Propósito General**, definidos actualmente en el Artículo 76 de la Ley 715 de 2001¹⁴ y en la Ley 1176 de 2007. Así mismo para financiar las llamadas

¹³ Cartilla “LAS REGALÍAS EN EL SECTOR DE LOS HIDROCARBUROS” de la Agencia Nacional de Hidrocarburos. Fecha consulta 13/06/2016

¹⁴ ARTÍCULO 76. COMPETENCIAS DEL MUNICIPIO EN OTROS SECTORES. Además de las establecidas en la Constitución y en otras disposiciones, corresponde a los Municipios, directa o indirectamente, con recursos propios, del Sistema General de Participaciones u otros recursos, promover, financiar o cofinanciar proyectos de interés municipal y en especial ejercer las siguientes competencias:

76.1. Servicios Públicos

Realizar directamente o a través de terceros en materia de servicios públicos además de las competencias establecidas en otras normas vigentes la construcción, ampliación rehabilitación y mejoramiento de la infraestructura de servicios públicos.

76.2. En materia de vivienda

76.2.1. Participar en el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social.

76.2.2. Promover y apoyar programas o proyectos de vivienda de interés social, otorgando subsidios para dicho objeto, de conformidad con los criterios de focalización nacionales, si existe disponibilidad de recursos para ello.

76.3. En el sector agropecuario

76.3.1. Promover, participar y/o financiar proyectos de desarrollo del área rural.

76.3.2. Prestar, directa o indirectamente el servicio de asistencia técnica agropecuaria.

76.3.3. Promover mecanismos de asociación y de alianzas de pequeños y medianos productores.

76.4. En materia de transporte

76.4.1. Construir y conservar la infraestructura municipal de transporte, las vías urbanas, suburbanas, veredales y aquellas que sean propiedad del municipio, las instalaciones portuarias, fluviales y marítimas, los aeropuertos y los terminales de transporte terrestre, en la medida que sean de su propiedad o cuando éstos le sean transferidos directa o indirectamente.

Las vías urbanas que forman parte de las carreteras nacionales seguirán a cargo de la Nación.

Concordancias

76.4.2. Planear e identificar prioridades de infraestructura de transporte en su jurisdicción y desarrollar alternativas viables.

76.5. En materia ambiental

76.5.1. Tomar las medidas necesarias para el control, la preservación y la defensa del medio ambiente en el municipio, en coordinación con las corporaciones autónomas regionales.

76.5.2. Promover, participar y ejecutar programas y políticas para mantener el ambiente sano.

76.5.3. Coordinar y dirigir, con la asesoría de las Corporaciones Autónomas Regionales, las actividades permanentes de control y vigilancia ambientales, que se realicen en el territorio del municipio.

76.5.4. Ejecutar obras o proyectos de descontaminación de corrientes o depósitos de agua afectados por vertimientos, así como programas de disposición, eliminación y reciclaje de residuos líquidos y sólidos y de control a las emisiones contaminantes del aire.

76.5.5. Promover, cofinanciar o ejecutar, en coordinación con otras entidades públicas, comunitarias o privadas, obras y proyectos de irrigación, drenaje, recuperación de tierras, defensa contra las inundaciones y regulación de cauces o corrientes de agua.

76.5.6. Realizar las actividades necesarias para el adecuado manejo y aprovechamiento de cuencas y microcuencas hidrográficas.

76.5.7. Prestar el servicio de asistencia técnica y realizar transferencia de tecnología en lo relacionado con la defensa del medio ambiente y la protección de los recursos naturales.

Concordancias

76.6. En materia de centros de reclusión

Los municipios en coordinación con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, podrán apoyar la creación, fusión o supresión, dirección, organización, administración, sostenimiento y vigilancia de las cárceles para las personas detenidas preventivamente y condenadas por contravenciones que impliquen privación de la libertad.

Concordancias

76.7. En deporte y recreación

76.7.1. Planear y desarrollar programas y actividades que permitan fomentar la práctica del deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la educación física en su territorio.

76.7.2. Construir, administrar, mantener y adecuar los respectivos escenarios deportivos.

76.7.3. Cooperar con otros entes deportivos públicos y privados para el cumplimiento de los objetivos previstos en la ley.

76.8. En cultura

76.8.1. Fomentar el acceso, la innovación, la creación y la producción artística y cultural en el municipio.

76.8.2. Apoyar y fortalecer los procesos de información, investigación, comunicación y formación y las expresiones multiculturales del municipio.

76.8.3. Apoyar la construcción, dotación, sostenimiento y mantenimiento de la infraestructura cultural del municipio y su apropiación creativa por parte de las comunidades; y proteger el patrimonio cultural en sus distintas expresiones y su adecuada incorporación al crecimiento económico y a los procesos de construcción ciudadana.

76.8.4. Apoyar el desarrollo de las redes de información cultural y bienes, servicios e instituciones culturales (museos, bibliotecas, archivos, bandas, orquestas, etc.), así como otras iniciativas de organización del sector cultural.

✓

76.8.5. Formular, orientar y ejecutar los planes, programas, proyectos y eventos municipales teniendo como referencia el Plan Decenal de Cultura.

76.9. En prevención y atención de desastres

Los municipios con la cofinanciación de la Nación y los departamentos podrán:

76.9.1. Prevenir y atender los desastres en su jurisdicción.

76.9.2. Adecuar las áreas urbanas y rurales en zonas de alto riesgo y reubicación de asentamientos.

76.10. En materia de promoción del desarrollo

76.10.1. Promover asociaciones y concertar alianzas estratégicas para apoyar el desarrollo empresarial e industrial del municipio y en general las actividades generadoras de empleo.

76.10.2. Promover la capacitación, apropiación tecnológica avanzada y asesoría empresarial.

76.11. Atención a grupos vulnerables

Podrán establecer programas de apoyo integral a grupos de población vulnerable, como la población infantil, ancianos, desplazados o madres cabeza de hogar.

76.12. Equipamiento municipal

Construir, ampliar y mantener la infraestructura del edificio de la Alcaldía, las plazas públicas, el cementerio, el matadero municipal y la plaza de mercado y los demás bienes de uso público, cuando sean de su propiedad.

76.13. Desarrollo comunitario

Promover mecanismos de participación comunitaria para lo cual podrá convocar, reunir y capacitar a la comunidad.

76.14. Fortalecimiento institucional

76.14.1. Realizar procesos integrales de evaluación institucional y capacitación, que le permitan a la administración local mejorar su gestión y adecuar su estructura administrativa, para el desarrollo eficiente de sus competencias, dentro de sus límites financieros.

76.14.2. Adelantar las actividades relacionadas con la reorganización de la administración local con el fin de optimizar su capacidad para la atención de sus competencias constitucionales y legales, especialmente: El pago de indemnizaciones de personal originadas en programas de saneamiento fiscal y financiero por el tiempo de duración de los mismos; y, el servicio de los créditos que se contraten para ese propósito.

76.14.3. Financiar los gastos destinados a cubrir el déficit fiscal, el pasivo laboral y el pasivo prestacional, existentes a 31 de diciembre de 2000, siempre y cuando tales gastos se encuentren contemplados en programas de saneamiento fiscal y financiero, con el cumplimiento de todos los términos y requisitos establecidos en la Ley 617 de 2000 y sus reglamentos.

76.14.4. Cofinanciar cada dos años con la Nación la actualización del instrumento Sisbén o el que haga sus veces.

Concordancias

76.15. En justicia

Los municipios podrán financiar las inspecciones de policía para la atención de las contravenciones y demás actividades de policía de competencia municipal.

76.16. <Numeral INEXEQUIBLE>

Jurisprudencia Vigencia

Legislación Anterior

76.17. Restaurantes escolares

Corresponde a los distritos y municipios garantizar el servicio de restaurante para los estudiantes de su jurisdicción, en desarrollo de esta competencia deberán adelantar programas de alimentación escolar con los recursos descontados para tal fin de conformidad con establecido en artículo 2o., parágrafo 2o. de la presente ley, sin detrimento de los que destina el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar' a este tipo de programas u otras agencias públicas o privadas.

Asignaciones Especiales (Alimentación Escolar; Resguardos Indígenas; Municipios Ribereños del Río Grande de la Magdalena y la provisión del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET). Adicionalmente, si el crecimiento de la economía supera el 4% anual se asignan recursos para la Atención Integral a la Primera Infancia.¹⁵ (Resalto fuera de texto)

Con respecto a los recursos provenientes del Lotto, el Decreto 728 de 2013 permite que los municipios distritos y departamentos que no tengan obligaciones pensionales del sector salud o las tengan plenamente financiadas utilicen los recursos provenientes del Lotto en línea, acumulados en el FONPET así:

1. Cofinanciación del aseguramiento del régimen subsidiado.
2. Saneamiento de obligaciones pendientes de pago por concepto de contratos del régimen subsidiado suscritos hasta el 31 de marzo de 2011.
3. Los departamentos y distritos en primer lugar para el saneamiento fiscal y financiero de las ESE categorizadas en riesgo financiero medio y alto.

De lo expuesto se atina a establecer, que luego que la entidad municipal cumpla con el pago de las obligaciones preestablecidas en cada una de las cuentas o estas se encuentren financiadas, como el caso de los pasivos pensionales en el área de la salud y educación, las entidades territoriales pueden hacer uso de un porcentaje del excedente o desahorro para la inversión en proyectos que más beneficien a las poblaciones y que constituyan prioridad, a saber, áreas de educación, salud, vivienda, agua potable y saneamiento básico¹⁶, construir y conservar la infraestructura municipal de transporte, las vías urbanas, suburbanas, veredales y aquellas que sean propiedad del municipio, las instalaciones portuarias, fluviales y marítimas, los aeropuertos y los terminales de transporte terrestre, en la medida que sean de su propiedad o cuando éstos le sean transferidos directa o indirectamente, así como también, construir, ampliar y mantener la infraestructura del edificio de la Alcaldía, las plazas públicas, el cementerio, el matadero municipal y la plaza de mercado y los demás bienes de uso público, cuando sean de su propiedad.

Bajo esta circunstancia, se encuentra que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de la Resolución 3502 de 19 de octubre de 2016, autorizó al Municipio de Sampués el retiro de los recursos de desahorro y así mismo, se halla que los proyectos a desarrollar y en los cuales el Municipio de Sampués sustenta la inversión de los recursos de desahorro, fueron incluidos en el plan de desarrollo, habida cuenta a prima facie o a simple vista, no existe violación de las disposiciones normativas y constitucionales referidas.

Las anteriores son razones suficientes para que se deniegue la medida cautelar solicitada, como en efecto lo dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, se

Notas del Editor

La ejecución de los recursos para restaurantes escolares se programará con el concurso de los rectores y directores de las instituciones educativas.

Estos recursos se distribuirán conforme a fórmula para la distribución de recursos de la participación de propósito general.

Concordancias

76.18. En empleo

Promover el empleo y la protección a los desempleados. Consulta de la norma www.secretariasenado.gov.co

¹⁵ Guía para la ejecución, monitoreo, seguimiento y control a los recursos del Sistema General de participaciones, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, octubre 2013.

¹⁶ Corte Constitucional sentencia C-1187 de 2000

RESUELVE

PRIMERO: Negar la medida cautelar de suspensión provisional solicitada por la parte demandante. De conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En firme esta providencia continúese con el trámite siguiente.

NOTIFIQUESE,

LISSETE MAIRELY NOVA SANTOS

Juez

JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO
CIRCUITO DE SINCELAJE-SUCRE
Por anotación en ESTADO No 066, notifico a las partes
de la providencia anterior, hoy 16 JUN 2017
Las ocho de la mañana (8 a. m.)
SECRETARIO (A)