



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “B”

Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth

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

Expediente: 33 856

Radicación: 270012331000200200977-01

Actor: Municipio de Río Iró

Demandado: Departamento del Chocó

Naturaleza: Reparación directa

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, el 11 de diciembre de 2006, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda. La providencia será revocada.

SÍNTESIS DEL CASO

Mediante ordenanza n.º 015 de 20 de julio de 2000, la Asamblea Departamental del Chocó creó el municipio de Río Iró y fijó su división política y territorial, así como sus límites; sin embargo, a falta de haber indicado los municipios de los cuales se segregaba, fue necesario precisar este punto a través de la ordenanza n.º 022, sancionada el 25 de noviembre de 2000. Después de haber sido preguntado por las razones por las cuales al recién creado municipio no le fueron asignados *“recursos de la participación en los ingresos corrientes de la Nación, correspondientes a la vigencia 2000”*, el Departamento Nacional de Planeación

informó que, en tanto que el oficio mediante la cual el gobernador comunicaba de la creación de Río Iró no fue radicado en dicha entidad sino el 31 de enero de 2001, de conformidad con la normativa que regula la materia, este municipio sólo tenía derecho a participar en los ingresos corrientes de la Nación a partir del segundo bimestre de 2001. El municipio solicita ser indemnizado por los perjuicios que causó la demora en que la habría incurrido el gobernador del departamento del Chocó al informar sobre su creación.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. Mediante escrito presentado el 22 de julio de 2002, ante el Tribunal Administrativo del Chocó (f. 2-9 c. 1), por intermedio de apoderado judicial constituido por el alcalde municipal y en ejercicio de la acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, el municipio de Río Iró, Chocó, interpuso demanda contra el departamento del Chocó, con el fin de que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

Primera: Que se declare administrativamente responsable al departamento del Chocó, por la omisión antijurídica del gobernador de la época, al no informar oportunamente a las autoridades nacionales de Hacienda y Planeación, sobre la creación del Municipio de Río Iró, lo que le ocasionó al ente múltiples perjuicios.

Segunda: Que se condene al departamento del Chocó, por la omisión antijurídica del entonces gobernador a pagar, por concepto de indemnización al Municipio de Río Iró la suma de tres mil millones de pesos debidamente actualizados a la fecha del fallo, o la suma que se determine por parte de los peritos, que es el equivalente al valor de las transferencias que debido a la omisión del gobernador, la Nación dejó de transferirle al municipio.

1.1. Como fundamento fáctico y jurídico de sus pretensiones, la parte actora sostuvo que: i) la Asamblea Departamental del Chocó creó el municipio de Río Iró, mediante la ordenanza n.º 015 de 20 de julio de 2000; ii) para efectos de la designación de la participación en los ingresos corrientes de la Nación, el primer alcalde encargado del municipio informó de dicha creación tanto al Departamento Nacional de Planeación como al Ministerio de Hacienda, las cuales contestaron que, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 136 de 1994 y el 2.3 del Decreto 638 de 1995, reglamentario de aquella, “se entiende que no hay lugar de participación por concepto del bimestre correspondiente, cuando la comunicación del gobernador del departamento se reciba una vez iniciado dicho bimestre”; iii) a pesar de las múltiples solicitudes que se elevaron ante el gobernador del Chocó de

la época para que comunicara a las autoridades nacionales la creación del municipio y remitiera la información requerida por la ley, aquel se abstuvo de cumplir con su deber legal, razón por la cual el municipio se vio privado de recibir los recursos que le correspondían; y iv) fue necesario esperar hasta la posesión del nuevo gobernador, es decir, un total de 7 meses, para que se llevara a cabo el trámite mencionado.

II. Trámite procesal

2. En escrito de **contestación de la demanda** el apoderado del departamento demandado se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso la excepción de inexistencia de la obligación, por estimar que, de acuerdo con los hechos mencionados, el daño antijurídico fue causado por el gobernador del departamento que dejó de cumplir con sus deberes legales y *“no sería justo que ante la imprevisión, desidia o presunta mala fe de los funcionarios, por sus hechos resultara lesionándose patrimonialmente a un departamento, que ha colapsado, precisamente por el actuar negligente y caprichoso de sus gobernantes y funcionarios”* (f. 36-37 c.1).

3. Dentro del término para presentar **alegatos de conclusión en primera instancia** la parte actora insistió en los argumentos expuestos en la demanda y en ese sentido indicó que, según las pruebas allegadas al proceso: i) por cuenta de la omisión del gobernador, el municipio dejó de percibir una suma de \$ 285 934 428 en el año 2000 y otra de \$ 753 874 936 en el año 2001; y ii) fue la negligencia del departamento la que le impidió recibir unos recursos indispensables para cubrir sus gastos de funcionamiento.

4. Surtido el trámite de rigor y practicadas las pruebas decretadas¹, el Tribunal Administrativo del Chocó profirió **sentencia de primera instancia** el 11 de diciembre de 2006 (f. 92-98 c. ppl.), mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

4.1. No obra en el expediente el acto administrativo mediante el cual el gobernador del departamento del Chocó sancionó la ordenanza a través de la que se creó el municipio de Río Iró, de modo que no se tiene certeza sobre el momento en que *“nace el daño para el municipio”*.

4.2. Está demostrado que la ordenanza 015 de 2002 fue devuelta por el Departamento Nacional de Planeación en consideración a que la misma no mencionaba el municipio del cual había sido segregado el creado, requisito *sine quo non* para determinar los recursos a que este último tenía derecho, de manera que, aunque hubo demora en el envío de la información relacionada con la creación del municipio, lo cierto es que, en todo caso, no iba a percibir las sumas reclamadas.

4.3. Comoquiera que fue hasta el 25 de noviembre de 2000 que se expidió la

¹ El *a quo* las decretó mediante auto de 9 de diciembre de 2003, f. 43 c.1.

ordenanza mediante la cual se indicó que el municipio de Río Iró fue segregado de los municipios de Tadó y Condoto, aquel no habría tenido derecho a percibir los recursos nacionales sino hasta el bimestre posterior a esa fecha.

4.4. Los documentos aportados por el municipio demandante durante el trámite probatorio no pueden ser valorados por haber sido allegados de manera extemporánea.

4.5. Carecen de seriedad los argumentos expuestos por el departamento, en la contestación de la demanda, cuando se limitan a indicar que el demandado debió ser el gobernador.

4.6. El dictamen pericial rendido dentro del proceso no fue resultado del razonamiento personal del experto, sino la transcripción de los argumentos expuestos por el municipio demandante en un documento aportado de manera extemporánea.

5. Inconforme con la decisión, el 24 de enero de 2006 la apoderada del actor interpuso **recurso de apelación** (f. 101 c. ppl.) que sustentó (f. 109-116 c. ppl.) así:

5.1. El artículo 13 de la Ley 136 de 1994 deja claro que el gobernador de un departamento debe, el mismo día que sancione la ordenanza por la cual se crea un municipio, ordenar la comunicación de la misma al Ministerio de Hacienda, obligación imperativa, exigible al departamento del Chocó por cuanto el gobernador es su agente.

5.2. Fue la falta de comunicación de la creación del municipio al Ministerio de Hacienda la que causó que aquel dejara de recibir los recursos que le correspondían por ley.

5.3. Teniendo en cuenta que el derecho a la transferencia de recursos surge desde el día en que se crea el municipio, el hecho de que la ordenanza n.º 015 no haya indicado aquel del cual se segregaba el de Río Iró, no implicaba la pérdida de las mismas, pues se trataba de un yerro que podía ser subsanado posteriormente. Dado que los actos administrativos aclaratorios o interpretativos se incorporan al contenido de los principales, la ordenanza n.º 022 de 25 de noviembre de 2000 se entiende integrada a la 015 de 20 de julio del mismo año.

5.4. Se equivocó el *a quo* al considerar que no se configuraba la responsabilidad del departamento por el hecho de que no era posible establecer el momento a

partir del cual se generaba el perjuicio, pues se trata de dos cosas distintas. En este último caso lo procedente no es absolver de responsabilidad sino proferir una condena en abstracto.

5.5. Si el *a quo* echaba de menos pruebas que, como la sanción de la ordenanza 015, era indispensable para resolver el asunto, debió decretarlas mediante un auto de mejor proveer, dadas las facultades oficiosas que detenta en esa materia.

5.6. Finalmente solicitó se decretara como prueba el oficiar a la gobernación del Chocó para que remitiera copias auténticas de las ordenanzas a que se hace mención en el trámite del proceso, solicitud que, por no enmarcarse en los presupuestos establecidos en el artículo 214 del Código Contencioso Administrativo, fue denegada por el magistrado entonces a cargo de la sustanciación del proceso, mediante auto de 15 de junio de 2007 (f. 119 c. ppl.).

5.7. No obstante, en auto para mejor proveer, proferido el 28 de mayo de 2015, la Sala decretó, de oficio, dicha prueba (f. 128 c.ppl.) y, luego de múltiples requerimientos efectuados a la gobernación para que remitiera la información solicitada (f. 129, 130, 133 y 134 c.ppl.), la única respuesta obtenida fue la enviada por una funcionaria del archivo departamental, vía fax, con la que se allegó copia del Decreto n.º 0453 de 2000 proferido por el gobernador del Chocó (f. 136-138 c.ppl.).

CONSIDERACIONES

I. Competencia

6. La Sala observa que es competente para resolver el asunto por tratarse del recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó en un proceso que, por su cuantía (f. 17 c.1)², tiene

² La pretensión mayor, correspondiente a la indemnización por perjuicios materiales a favor del municipio demandante se estimó en tres mil millones, monto que supera la cuantía requerida por el artículo 42 de la Ley 446 de 1998, en concordancia con el 1º de la Ley 954 de 2005, para que un proceso adelantado en acción de reparación directa fuera considerado como de doble instancia ante esta Corporación -500 smlmv considerados al momento de presentación de la demanda-. Lo anterior por cuanto, para el año de su presentación -2002-, el salario mínimo legal mensual vigente era de \$ 309 000, lo que multiplicado por 500 arroja un total de \$ 154 500 000. Es de anotar que, de conformidad con el artículo 164 de la Ley 446 de 1998, "*En los procesos iniciados ante la jurisdicción contencioso administrativa, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso, y las*

vocación de doble instancia.

II. Validez de los medios de prueba

7. La Sala valorará los documentos en copia simple obrantes en el plenario por cuanto, según la sentencia de unificación de jurisprudencia proferida sobre el particular por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, *“en tanto no sean tachadas de falsas por la contraparte, [dichas copias] sí tienen valor probatorio, lo que deviene en una especie de “autenticidad tácita” que no es otra cosa que la materialización del principio de buena fe constitucional”*³.

7.1. Por el contrario, tal como lo hizo el *a quo*, se abstendrá de considerar, por extemporáneos, los allegados por la parte actora a través de memorial radicado el 29 de marzo de 2005 (f. 48-69 c.1)⁴. Lo anterior por cuanto, de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, la oportunidad para que la parte demandante solicite las pruebas que pretende hacer valer es la presentación de la demanda (artículo 75), o su reforma (artículo 89) y, en este caso, la solicitud de que se tuvieran como medios probatorios dichos documentos fue elevada después de que se profiriera el auto por el cual se abrió el proceso a pruebas –de 9 de diciembre de 2003, f. 43 c.1- y estando bien adelantado ya el debate probatorio.

III. Hechos probados

notificaciones y citaciones que se estén surtiendo, se regirán por la ley vigente cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtirse la notificación” y, en la medida en que el recurso de apelación fue interpuesto el 24 de enero de 2006, esto es, en vigencia de la Ley 954 de 2005 *“por medio de la cual se modifican, adicionan y derogan algunos artículos de la Ley 446 de 1998 y del Código Contencioso Administrativo, y se dictan otras disposiciones sobre competencia, descongestión, eficiencia y acceso a la administración de justicia”* (la cual entró en vigor el 28 de abril de 2005, fecha de su publicación en el diario oficial), la cuantía que debe tenerse en cuenta para efectos de determinar si el proceso es de única o de doble instancia es la establecida en dicha ley.

³ Sentencia de 30 de septiembre de 2014, exp. 11001-03-15-000-2007-01081-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro. El pleno de la Sección Tercera había unificado su jurisprudencia en el mismo sentido en sentencia de 28 de agosto de 2013, exp. 25022, C.P. Enrique Gil Botero.

⁴ Estos documentos son copias de: i) un acta por el cual se hace una reserva de caja de las cuentas por pagar del municipio en el año 2000; ii) un acta de entrega del despacho de la alcaldía y de hacienda pública; iii) certificación del valor de los gastos de funcionamiento del municipio entre el 4 de agosto de 2000 y el 4 de marzo de 2001; iii) certificación del Departamento Nacional de Planeación sobre los ingresos corrientes de la Nación percibidos por municipios cercanos a Río Iró en los años 2000 y 2001; y iv) una comunicación del Departamento Nacional de Planeación por la que informa el momento a partir del cual el municipio de Medio San Juan adquirió la calidad de beneficiario de la participación de los ingresos corrientes de la Nación.

8. De conformidad con las pruebas válida y oportunamente allegadas al proceso, se tienen por probados los siguientes hechos relevantes:

8.1. El 29 de junio de 2000, el Departamento Nacional de Estadística-DANE en oficio dirigido a los señores Yesid Perea y Juan Antonio Perea, en calidad de “*presidente (sic) del comité pro-Municipio de Río Iró*” certificó que la población estimada para el proyectado municipio de Río Iró era de 8081 habitantes, información calculada a partir de la “*población ajustada por omisión censal de 1993 de los municipios de Condoto, Tadó e Itsmína y su proyección definitiva a 30 de junio de 2000*”. Adicionalmente precisó:

La población que le corresponde a los municipios de Condoto, Tadó e Itsmína (de los cuales se segregaría) a la misma fecha es de 14.266, 18.828 y 26.111 habitantes respectivamente.

Es preciso aclarar que existen otras propuestas de desagregación de estos municipios por parte de los Comités Promunicipio de Cértegui y Medio San Juan, efectuadas anteriormente. En este sentido, será respetada por el DANE la propuesta de creación (con su área y población) del primer municipio que reciba la aprobación de la Asamblea Departamental o de otra instancia competente (ordenanza o decreto). En cuyo caso, se hará necesario efectuar un nuevo estimativo para el (los) municipio(s) que no haya(n) recibido la sanción correspondiente (copia simple de la certificación, f. 23 c.1).

8.2. A través de la ordenanza n.º 015 de 20 de julio de 2000, la Asamblea Departamental del Chocó creó el municipio de Río Iró (artículo 1º) y fijó su división política y territorial (artículo 2), así como sus límites (artículo 3). Adicionalmente dispuso:

Artículo 4. El Municipio que se crea participará en la deuda pública de los Municipios de los cuales se segrega, siempre que estos entes territoriales demuestren que se adquirió para desarrollo de proyectos en la nueva jurisdicción.

Artículo 5. Facultar al Gobernador del Departamento del Chocó, para hacer los traslados presupuestales necesarios, a fin de apoyar el normal funcionamiento del nuevo Municipio (...)

Lo anterior considerando que:

Primero. Que el Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE- certificó una población de ocho mil ochenta y un (8081) habitantes, para la creación del Municipio de Río Iró.

Segundo. Que el Departamento Administrativo de Planeación, conceptuó favorable la creación de este Municipio (copia simple de la ordenanza, f. 24-25 c.1).

8.3. Mediante el Decreto n.º 0394 de 3 de agosto de 2000, el gobernador del departamento del Chocó designó un alcalde encargado para el municipio de Río

Iró, mientras se realizaban las elecciones por votación popular (copia simple del decreto, f. 19 c.1).

8.4. A través del Decreto n.º 0453 de 1º de septiembre de 2000, el mismo gobernador dejó sin efecto lo dispuesto en el artículo 1º de la ordenanza 015 de 20 de julio de 2000 y aplazó hasta nueva fecha la convocatoria a referéndum en el municipio de Río Iró. Lo anterior en consideración a:

Que mediante Ordenanza 015 de julio 20 de 2000, se creó el municipio de Río Iró.

Que el artículo 3º de la Ley 134 de 1994, establece que se debe convocar a referendo para que el pueblo apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica o derogue o no, una norma ya vigente.

Que mediante Decreto 0404 del 9 de agosto de 2000, el Gobernador del departamento del Chocó convocó a referendo en el municipio de Río Iró, para el día 10 de septiembre de 2000.

Que a la fecha el Departamento Nacional de Estadística-DANE no ha notificado la codificación de este nuevo Ente Territorial.

Que el Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, a la fecha, no ha notificado respecto al control constitucional de la Ordenanza 015 de julio 20 de 2000.

Que las anteriores notificaciones son requisitos indispensables para que la Registraduría Nacional del Estado Civil realice el referendo (copia enviada vía fax, f. 137-138 c.ppl.).

8.5. En oficio remitido por el jefe de la Unidad de Desarrollo Territorial del Departamento Nacional de Planeación, recibido en la alcaldía municipal de Río Iró, Chocó, el 13 de septiembre de 2000, aquel respondió una solicitud formulada por el alcalde en el sentido de indicar que, revisadas las normas pertinentes sobre la participación de los nuevos municipios en los ingresos corrientes de la Nación – artículo 13 de la Ley 136 de 1994 y Decreto 638 de 1995-:

...se puede deducir que, para efectos de asignar recursos de la participación en los ingresos corrientes de la Nación al nuevo municipio, es necesario que el gobernador del departamento envíe la correspondiente comunicación al Departamento Nacional de Planeación anunciando la creación del nuevo municipio y remitiendo copia de la respectiva ordenanza.

Por otra parte, es necesario que se tramite la respectiva aclaración de la ordenanza 015 de 2000 para determinar de qué municipio o municipios fue segregado Río Iró, ya que en su articulado no se identificó en forma expresa el municipio o municipios segregantes.

Una vez efectuada dicha aclaración a la ordenanza y se remita la ordenanza aclaratoria a esta Unidad, se procederá de conformidad con lo previsto en el Decreto 638 de 1995 (copia simple del oficio, f. 21-22 c. 1).

8.6. El 25 de noviembre de 2000, mediante ordenanza n.º 022, la Asamblea Departamental del Chocó ordenó modificar el artículo 4 de la n.º 015 de 20 de julio

de 2000, por la cual se creó el municipio de Río Iró, cuyo texto quedó así “*El nuevo Ente Territorial se segrega de los municipios de Tadó y Condoto, y participará en la deuda pública de éstos, siempre que los mencionados entes territoriales demuestren que se adquirió para desarrollo de proyectos en la jurisdicción correspondiente al nuevo Municipio*”. Lo anterior con fundamento en que: i) la ordenanza n.º 015 no determinó los entes territoriales de los cuales se segregaba el municipio; y ii) que ello era “*un requisito indispensable para el deslinde y participación en los ingresos corrientes de la Nación que debe adelantar el Instituto Geográfico “Agustín Codazzi” (IGAC) y el Departamento Nacional de Planeación (DNP)*”. Esta ordenanza fue sancionada por el gobernador del Chocó el mismo día en que fue proferida (copia simple de la ordenanza n.º 022 y de la constancia de su sanción, f. 26-27 c.1).

8.7. A través de oficio de 1º de febrero de 2001, la directora del Departamento Administrativo de Planeación e Infraestructura de la gobernación del Chocó remitió al director de desarrollo territorial de Planeación Nacional: i) copia de la ordenanza n.º 015 de 20 de julio de 2000, por medio de la cual se creó el municipio Río Iró; ii) concepto de viabilidad; iii) copia de referéndum; y iv) certificación de población expedida por el DANE (copia simple del oficio, f. 10 c.1).

8.8. Mediante oficio de 25 de abril de 2001, dirigido al alcalde municipal de Río Iró, Chocó, el director de Desarrollo Territorial del Departamento Nacional de Planeación respondió a la solicitud de información sobre las razones por las cuales no le fueron asignados al municipio “*recursos de la participación en los ingresos corrientes de la Nación, correspondientes a la vigencia 2000*”, en los siguientes términos:

Revisando la norma se encuentra que el nuevo municipio tiene derecho a participar en los ingresos corrientes de la Nación a partir del bimestre subsiguiente a la fecha de recibo de la comunicación del gobernador del departamento en la oficina de correspondencia del Departamento Nacional de Planeación –DNP-.

A pesar de que la ordenanza 015 fue sancionada el 20 de julio de 2000, la comunicación de la gobernación informando la creación del nuevo municipio fue radicada en el DNP el 31 de enero de 2001. Por lo tanto, de acuerdo con las reglas establecidas por el derecho arriba transcrito, el nuevo municipio tiene derecho a participar en los ingresos corrientes de la Nación a partir del segundo bimestre de la presente vigencia. En consecuencia, debido a la demora en la comunicación informando al DNP sobre la creación del municipio Río Iró, la nueva entidad territorial no tiene derecho a percibir recursos de la participación en los ingresos corrientes de la Nación de la vigencia anterior y a los correspondientes al primer bimestre del año 2001.

Adicionalmente, por la misma razón, este municipio no puede entrar como beneficiario de la reliquidación de la PICN por fórmula que debe realizarse en cumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional, C-1504, que elimina la restricción a la participación por fórmula en los ingresos corrientes de la Nación a los municipios creados y reportados en fecha posterior al 30 de junio de cada año.

La asignación de los recursos se hará teniendo en cuenta los recursos de la participación en los ingresos corrientes de la Nación que faltan por girar al municipio de Riosucio (Chocó) (sic) en la presente vigencia, en proporción a

la población que el municipio segregante le cede al nuevo municipio, de acuerdo con la certificación expedida por el DANE.

Para la vigencia 2001 el DANE certificó a esta dirección para Río Iró una población de 5.708 habitantes; el 17.75% en la zona urbana y el 82.25 en la rural, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 60 de 1993. Condoto le cedió el 27.1% y Tadó el 2.11% de la población del nuevo municipio.

Al municipio de Río Iró le corresponde participar, en las proporciones certificadas, de los recursos de la participación en los ingresos de la Nación que faltan por girar a los municipios de Condoto y Tadó.

MUNICIPIO	PICN 2001	VALOR GIRADO	VALOR POR GIRAR	PINC 2001 DEFINITIVA
Río Iró	-	-	-	721058345,01
Condoto	2969329847	49488307.83	2474441539.17	2298756189.89
Tadó	2871167084	478527847.33	2392639236.67	2820682396.11

Con base en lo anterior, los giros programados para la vigencia son los siguientes:

BIMESTRE	CONDOTO	TADÓ	RÍO IRÓ
BIM 1	494 888 307.83	478 527 847.33	
BIM 2	360 773 576.41	468 430 909.75	144 211 669.00

(...)

Para la vigencia de 2001, solamente los municipios ubicados en las categorías 4ª, 5ª y 6ª podrán destinar hasta el 15% de los recursos de la participación en los ingresos corrientes de la Nación para libre inversión u otros gastos. Los municipios de categoría especial, 1ª, 2ª y 3ª deberán destinar la totalidad de los recursos de la PICN a forzosa inversión.

Con el objeto de determinar el porcentaje de libre destinación autorizado por el Acto Legislativo n.º 01 de 1995, cada municipio debe adoptar su categoría conforme a las reglas, condiciones y términos dispuestos por la Ley 617 de 2000. En ellos se determina en forma expresa que el proceso de categorización debe llevarse a cabo anualmente.

Como libre destinación para inversión u otros gastos (asimilado a libre destinación) debe entenderse el porcentaje de la participación que no tiene destinación específica, es decir, que tiene un propósito general, por lo tanto, puede utilizarse para financiar gastos de funcionamiento (servicios personales y gastos generales), servicio de la deuda o cualquier gasto de inversión previsto por el municipio de acuerdo con las prioridades de la administración local.

La forzosa inversión corresponde al porcentaje de la participación que tiene destinación específica para inversión en los sectores y porcentajes establecidos por la Ley 60 de 1993 y las normas que la modifican o adicionen. Es decir, que los recursos percibidos por los municipios por concepto de su participación en los ingresos corrientes de la Nación, destinados a forzosa

inversión, se deben orientar a los sectores de inversión social definidos en el artículo 21 de la Ley 60 de 1993 y por los CONPES Sociales 039 de 1997, 044 de 1998 y 046 de 1999, de acuerdo a los porcentajes establecidos en el artículo 22 de la misma ley (copia simple de la comunicación, f. 11-14).

III. Problema jurídico:

9. Corresponde a la Sala establecer si hay lugar a declarar la responsabilidad administrativa y patrimonial del departamento del Chocó por el daño invocado por el municipio de Río Iró, esto es, el haber dejado de recibir unas transferencias por concepto de participación en los ingresos corrientes de la Nación, por cuenta de la demora en la que habría incurrido el gobernador de turno a la hora de informar a las autoridades nacionales de su creación. Para ello la Sala deberá establecer: (i) si, dada la naturaleza de dichas transferencias y su destinación, es posible concluir que el municipio sufrió un daño al dejar de percibir las y, de ser así, a partir de qué momento; lo que supone analizar el régimen jurídico de esas transferencias y el de la creación de nuevos municipios, en tanto es a partir de allí que se establece el momento en que se adquiere el derecho a participar de esos recursos; y (ii) si dicho daño es imputable a la gobernación del Chocó.

IV. Análisis de la Sala

IV.1. Las transferencias intergubernamentales y la participación en los ingresos corrientes de la Nación. El daño.

10. En oposición al modelo de Estado centralista propugnado por la Constitución Política anterior, la de 1991 optó claramente por uno descentralizado, con autonomía de las entidades territoriales (artículo 1). Como lo ha recordado la Corte Constitucional, de acuerdo con los debates sostenidos en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, dicha opción perseguía, al menos, los siguientes objetivos⁵:

En primer lugar, promover el desarrollo local y regional, así como importantes cometidos del Estado social de derecho como la justicia social, la equidad en la distribución de los recursos y la erradicación de la pobreza⁶. De ahí que se entregaran importantes funciones en materia de justicia social a las entidades territoriales (...).

En segundo lugar, empoderar a las comunidades para la gestión de sus propios asuntos como medida de promoción de la democracia. Por ello el nuevo texto constitucional previó la elección popular de alcaldes y

⁵ Sentencia C-624 de 2013.

⁶ [3] Ver las intervenciones de los constituyentes Horacio Serpa, Guillermo Perry y Eduardo Verano. *Gaceta Constitucional*, 20 de marzo de 1991, p. 24.

*gobernadores, así como varios mecanismos de participación directa a nivel local, tales como la consulta popular y el cabildo abierto*⁷.

10.1. Es así como, por virtud de los mandatos constitucionales, las entidades territoriales asumieron las competencias más relevantes en materia de planificación y promoción del desarrollo económico y social en sus territorios y de prestación de servicios (artículo 298 en lo que tiene que ver con los departamentos y artículo 311 en lo relativo a los municipios); sin mencionar que, como lo recordó la Corte Constitucional en la sentencia antes citada: *“fue un propósito deliberado de los constituyentes descentralizar la prestación de los servicios de salud y educación, fundamentales para la promoción de la igualdad de oportunidades y la erradicación de la pobreza*⁸”.

10.2. Conscientes de la necesidad de que la atribución de competencias estuviere aparejada de la de los recursos necesarios para asumirlas correctamente, plasmada expresamente en el texto original del artículo 356 de la Constitución Política, a cuyo tenor *“no se podrán descentralizar responsabilidades sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas”*, los constituyentes propugnaron por el fortalecimiento de las finanzas de las entidades territoriales y, en consecuencia, establecieron en su favor distintas fuentes de ingreso que, con posterioridad, la jurisprudencia constitucional ha clasificado en rentas exógenas – correspondientes a las cesiones de las rentas nacionales- y endógenas –las percibidas directamente por las entidades territoriales por conceptos tributarios o no tributarios-⁹.

10.3. De acuerdo con la filosofía expuesta, las rentas exógenas debían destinarse prioritariamente a atender las finalidades sociales del Estado, en particular, las necesidades insatisfechas en materia de salud y educación (artículo 366). Así se desprende del texto original de los artículos 356¹⁰ y 357¹¹ de la Constitución

⁷ [4] *En la sentencia C-636 de 1996, la Corte explicó la filosofía del nuevo modelo de ordenamiento territorial así: “las autoridades locales son las que mejor conocen las necesidades a satisfacer, las que están en contacto más íntimo con la comunidad y, sobre todo, las que tienen en últimas el interés, así sea político, de solucionar los problemas locales.*

⁸ [7] *En los debates del artículo 356 de la Constitución se mencionó expresamente este propósito y la importancia de dotar a las entidades de recursos suficientes para atender sus nuevas funciones. Por ejemplo, en la exposición de motivos de la ponencia presentada por los constituyentes Carlos Rodado Noriega, Jesús Pérez González-Rubio y Helena Herrán de Montoya ante la Comisión Quinta se menciona explícitamente, al debatir sobre el situado fiscal: “Se ha calculado que con esta fórmula el municipio estará en capacidad de recibir de la Nación, sin mayores traumatismos, la responsabilidad de atender los servicios de salud y educación hoy existentes en sus niveles básicos, para pagarlos directamente. El municipio asumirá el servicio de educación primaria y secundaria, integrado en establecimientos únicos (...) para impedir la deserción escolar y dificultades pedagógicas y administrativas que se atribuyen a la actual división (...).” Cfr. Gaceta Constitucional No. 53, p.p. 13-15.*

⁹ Sentencias C-837 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería y C-579 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, entre muchas otras.

¹⁰ Norma a cuyo tenor: *“Salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de las entidades territoriales. Determinará, así mismo, el situado fiscal, esto es, el porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que será cedido a los departamentos, el distrito capital y los distritos especiales de Cartagena y Santa Marta, para la atención directa, o a través de los municipios, de los servicios que se les asignen. // Los recursos del situado fiscal se destinarán a financiar la educación preescolar, primaria, secundaria y media, y la salud, en los niveles que la ley señale, con especial atención a los niños. // El situado fiscal*

Política en tanto consagraron, como sistemas de transferencias intergubernamentales¹², el situado fiscal y la participación en los ingresos corrientes de la Nación: el primero de ellos destinado a los departamentos y distritos para financiar los servicios de educación y salud y, el segundo, dirigido a los municipios para que se dedicara a “áreas prioritarias de inversión social”, definidas por la Ley. El mismo objetivo se preservó con la reforma introducida por el Acto Legislativo n.º 001 de 2001, mediante el cual se unificaron estas modalidades de transferencias en el sistema general de participaciones¹³.

umentará anualmente hasta llegar a un porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que permita atender adecuadamente los servicios para los cuales está destinado. Con este fin, se incorporarán a él la retención del impuesto a las ventas y todos los demás recursos que la Nación transfiera directamente para cubrir gastos en los citados niveles de educación.// La ley fijará los plazos para la cesión de estos ingresos y el traslado de las correspondientes obligaciones, establecerá las condiciones en que cada departamento asumirá la atención de los mencionados servicios y podrá autorizar a los municipios para prestarlos directamente en forma individual o asociada. No se podrán descentralizar responsabilidades sin la previa asignación de los recursos fiscales suficientes para atenderlas.// Un quince por ciento del situado fiscal se distribuirá por partes iguales entre los departamentos, el Distrito Capital y los Distritos de Cartagena y Santa Marta. El resto se asignará en proporción al número de usuarios actuales y potenciales de los servicios mencionados, teniendo en cuenta, además, el esfuerzo fiscal ponderado y la eficiencia administrativa de la respectiva entidad territorial. // Cada cinco años la ley a iniciativa de los miembros del Congreso, podrá revisar estos porcentajes de distribución”.

¹¹ Norma según la cual “Los municipios participarán de los ingresos corrientes de la Nación. La ley, a iniciativa del Gobierno, determinará el porcentaje mínimo de esa participación y definirá las áreas prioritarias de inversión social que se financiarán con dichos recursos. Para los efectos de esta participación, la ley determinará los resguardos indígenas que serán considerados como municipios. // Los recursos provenientes de esta participación serán distribuidos por la ley de conformidad con los siguientes criterios: sesenta por ciento en proporción directa al número de habitantes con necesidades básicas insatisfechas y al nivel relativo de pobreza de la población del respectivo municipio; el resto en función de la población total, la eficiencia fiscal y administrativa y el progreso demostrado en calidad de vida, asignando en forma exclusiva un porcentaje de esta parte a los municipios menores de 50 000 habitantes. La ley precisará el alcance, los criterios de distribución aquí previstos y dispondrá que un porcentaje de estos ingresos se invierta en las zonas rurales. Cada cinco años, la ley a iniciativa del Congreso podrá revisar estos porcentajes de distribución. *Parágrafo.* La participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación se incrementará, año por año, del catorce por ciento de 1993 hasta alcanzar el veintidós por ciento como mínimo en el 2002. La Ley fijará el aumento gradual de estas transferencias y definirá las nuevas responsabilidades que en materia de inversión social asumirán los municipios y las condiciones para su cumplimiento. Sus autoridades deberán demostrar a los organismos de evaluación y control de resultados la eficiente y correcta aplicación de estos recursos y, en caso de mal manejo, se harán acreedores a las sanciones que establezca la ley. // Estarán excluidos de la participación anterior, los impuestos nuevos cuando el Congreso así lo determine y, por el primer año de vigencia, los ajustes a los tributos existentes y los que se arbitren por medidas de emergencia económica”. Vale la pena recordar que esta disposición ha sido modificada por los Actos Legislativos 1º de 1995, 1º de 2001 –vigente a partir del 1º de enero de 2002- y 4 de 2007. Los apartes transcritos corresponden tanto al texto original como a los términos del Acto Legislativo 1º de 1995, en vigor para la época de los hechos.

¹² Entendidas como las cesiones de recursos que se hacen desde un orden gubernamental, en este caso, el nacional, a otro orden de gobierno, para el efecto, las entidades territoriales, con el fin de que estas cumplan con la prestación de bienes y servicios que tienen a cargo y que no logran colmar con sus ingresos propios.

¹³ En efecto, en consonancia con la filosofía constitucional original, esta norma consagró que los recursos provenientes del sistema general de participaciones estaban orientados a financiar la prestación de los servicios a cargo de las entidades territoriales, dándole prioridad a servicios esenciales como la salud y la educación en los niveles de preescolar, primaria, secundaria y media y, después de la modificación incluida por el Acto Legislativo n.º 004 de 2007, también a los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, “garantizando la prestación y la ampliación de coberturas con énfasis en la población pobre”.

10.4. Así pues, aunque de acuerdo con el artículo 287.4 de la Constitución Política, las entidades territoriales tienen el derecho a “*participar en las rentas nacionales*”, lo que, antes de la reforma introducida por el Acto Legislativo n.º 001 de 2001, se concretaba en el de los departamentos y distritos a percibir los recursos del situado fiscal y en el de los municipios a participar en los ingresos corrientes de la Nación, ambos en los términos definidos en la ley; de ningún modo pueden perderse de vista las finalidades específicas para las cuales dicho derecho fue consagrado, lo que implica que su garantía deba estar supeditada a que sea invocado y ejercido con el fin de realizar dichas finalidades.

10.5. En ese sentido vale la pena indicar que mientras el artículo 362 de la Constitución Política prescribe que “*los bienes y rentas tributarias o no tributarias provenientes de la explotación de monopolios de las entidades territoriales*”, es decir, lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado como rentas endógenas, “*son de su propiedad exclusiva y gozan de las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares*”, el texto constitucional no consagra una garantía semejante para los recursos derivados de las transferencias nacionales, esto es, las rentas exógenas, cuyo acento regulatorio no está en su protección, sino en el respeto de su destinación¹⁴. Así, al referirse a la facultad regulatoria que ostenta el legislador en materia de rentas exógenas, la Corte Constitucional ha señalado¹⁵:

...nada obsta para que la ley intervenga en la definición de las áreas a las cuales deben destinarse los recursos nacionales transferidos o cedidos a las entidades territoriales, siempre que la destinación sea proporcionada y respete las prioridades constitucionales relativas a cada una de las distintas fuentes exógenas de financiación (...). Sin embargo, tal destinación debe perseguir un fin constitucionalmente importante y resultar útil, necesaria y estrictamente proporcionada, en términos de la autonomía de las entidades territoriales, para la consecución del fin perseguido.

10.6. En la misma perspectiva, dicha Corporación, en una sólida línea jurisprudencial¹⁶, ha señalado que mientras el legislador goza de una amplia facultad de intervención a la hora de regular las rentas exógenas, dada su finalidad y el hecho de que los recursos provengan de la Nación, la misma es de carácter excepcional y limitada en relación con las endógenas pues, en estos casos, prima la autonomía de las entidades territoriales. De allí que no sea posible equiparar los derechos que le asisten a las entidades territoriales en materia de disposición de unas u otras, en tanto que, en relación a las endógenas, dichas entidades gozan de un mayor grado de autonomía y pueden exigir, respecto de ellas, la misma garantía que se otorga al derecho de propiedad de los particulares, esto es, supeditada única y exclusivamente al cumplimiento de la función social y ecológica que la Constitución atribuye a la propiedad privada, mientras que, en lo relativo a las exógenas, su margen de maniobra es mucho más limitado,

¹⁴ Es de anotar que aunque ambas fuentes de recursos ingresan al patrimonio de los entes territoriales y, por lo tanto, son de su propiedad, las rentas propias pueden destinarse libremente; pero no así los ingresos corrientes de la Nación en tanto estos últimos atienden finalidades específicas que aquellos no pueden desconocer.

¹⁵ C-720 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁶ En ese sentido ver, entre muchas otras, sentencias C-219 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-702 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz; C-427 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas; C-937 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; C-541 de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; C-240 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y C-1055 de 2012, M.P. Alexei Julio Estrada, entre otras.

determinado por una mayor intervención del legislador y, además, están obligadas a destinarlos a finalidades específicas, de modo que su garantía está supeditada a que se afecten efectivamente a estas últimas.

10.7. Ahora bien, en lo que tiene que ver específicamente con la participación en los ingresos corrientes de la Nación, transferencia intergubernamental materia del presente litigio, la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de algunas de las disposiciones de la Ley 60 de 1993 -ley orgánica proferida para regular las competencias de las entidades territoriales y las transferencias de los recursos de la Nación consagradas en los textos originales de los artículos 356 y 357-, señaló¹⁷:

La norma (art. 357), resulta un desarrollo del artículo 311 de la C.P., que considera al municipio como "entidad fundamental", con miras al proceso descentralista perseguido en la Carta. Es igualmente un complemento a la autonomía fiscal consagrada en el artículo 338 superior en cabeza de los concejos distritales y municipales; y una respuesta a la composición económico-distrital-municipal, de la sociedad colombiana, en la cual, el 90% de los municipios tienen una escasa capacidad fiscal efectiva, lo que se traduce en su imposibilidad para generar los recursos necesarios a fin de atender las responsabilidades que constitucional y legalmente se les asignen, frustrando, sin el soporte de las transferencias, cualquier resultado descentralista.

Tiene especial interés para la causa, el dilucidar la expresión "áreas prioritarias de inversión social" del artículo 357 de la C.P. La justificación primordial del Estado Social de Derecho, tiene que ver con el desarrollo de políticas interesadas en el bienestar social como prioritario en la conducción de los intereses colectivos. Esta es la razón para que los artículos 356 y 357 superiores al ocuparse de las transferencias intergubernamentales las orienten hacia el desarrollo de políticas, planes y programas de asistencia y bienestar sociales. La expresión antes transcrita, encuentra su significación en los contenidos de los artículos 365 y 366, ibídem, que preceptúan la finalidad social propia del Estado representada en los servicios públicos, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población. "Será objetivo fundamental de su actividad, la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación". Hemos visto que el artículo 356 dispone la destinación exclusiva del Situado Fiscal hacia la salud y la educación.

Luego, es claro que la expresión del artículo 357, se refiere a los demás contenidos finalísticos de los artículos 365 y 366 de la Carta, en la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, sin que ello impida que el Congreso pueda destinar residualmente otros ingresos a la salud y a la educación.

Trae la Carta Política en varios de sus preceptos, el concepto de inversión social para otorgarle a los gastos de esta naturaleza el carácter de gastos de inversión por oposición a lo que la ciencia económica denomina gastos de funcionamiento y gastos de servicio de la deuda (art. 24 Ley 38/89). De manera que las transferencias gubernamentales a que se refieren los

¹⁷ Sentencia C-151 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz.

artículos 356 y 357 de la Carta, deben ser destinadas a gastos de inversión social. (...)

Una interpretación literal y exegética del artículo 357 de la Carta podría dar a entender que la participación de los municipios en los ingresos corrientes sólo puede estar destinada a gastos de inversión, esto es, a gastos destinados a aumentar la formación bruta de capital fijo en el sector social respectivo, puesto que la norma constitucional habla expresamente de "inversión" y no menciona los gastos de funcionamiento y, a nivel económico y financiero, en general se tiende a oponer los gastos de inversión y los de funcionamiento. Sin embargo la Corte considera que esa interpretación no es admisible por cuanto ella comporta conclusiones contrarias a los propios principios y valores constitucionales. En efecto, si el artículo 357 de la Carta hubiera establecido una rígida dicotomía entre los gastos sociales de inversión y los gastos sociales de funcionamiento, entonces tendríamos que concluir que un municipio, por medio de su participación en los ingresos corrientes de la Nación, podría financiar la construcción de una escuela o de un hospital, pero no podría pagar los salarios de los médicos y los profesores respectivos. Esta conclusión es inaceptable puesto que el objetivo de la inversión y el gasto social en la Constitución no es aumentar la producción de determinados bienes físicos -como si éstos fueran valiosos en sí mismos- sino mejorar el bienestar general y satisfacer las necesidades de las personas, en especial de aquellos sectores sociales discriminados (CP art. 13), que por no haber tenido una equitativa participación en los beneficios del desarrollo, presentan necesidades básicas insatisfechas (CP art. 324, 350, 357 y 366). Así, el artículo 366 de la Carta señala que "el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable".

Ahora bien, es obvio que una inversión para una escuela que no podrá tener maestros o para un hospital que estará desprovisto de médicos es inútil e ineficiente, puesto que no sirve para satisfacer las necesidades de educación y de salud de la población del municipio respectivo. Por eso, en determinadas circunstancias, constituye una mejor inversión en el bienestar de la población que las autoridades gasten en el funcionamiento de las escuelas y los centros de salud, en vez de efectuar nuevas construcciones en este campo. Por consiguiente, interpretar de manera restrictiva el alcance del concepto de inversión social, en el sentido de que sólo caben "inversiones en el sentido económico financiero del término, puede provocar una proliferación de obras físicas que, lejos de permitir una mejor satisfacción de las necesidades básicas de la población, puede hacer inútil e irracional el gasto social."

Hay, pues, que compaginar la noción de inversión social con el sentido mismo de la finalidad social del Estado (CP título XII capítulo V). Ahora bien, esta Corte ya ha señalado que cuando el entendimiento literal de una norma "conduce al absurdo o a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. El intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalística". En este sentido la Corte Constitucional estima que es racional que la noción constitucional de "inversión social" no se oponga a los gastos de

funcionamiento siempre y cuando estos se efectúen también en el sector social.

10.8. Consideraciones en las cuales se advierte con facilidad la importancia constitucionalmente fundada de garantizar que los recursos derivados de los ingresos corrientes de la Nación se destinen a inversión social aunque, dentro de ella, fuere necesario incluir los gastos de funcionamiento que esta última implicara. A propósito de la imposibilidad de destinar la participación de los ingresos corrientes de la Nación en gastos de funcionamiento distintos a aquellos que se efectúen en el sector social, la Corte ya se había pronunciado en la sentencia C-520 de 21 de noviembre de 1994¹⁸, cuando declaró la inexecutable del párrafo del artículo 22 de la Ley 60 de 1993¹⁹. En esa ocasión sostuvo:

...al permitir la destinación de un diez por ciento (10%) de la participación de los municipios a partir de 1999, "a gastos de funcionamiento de la administración municipal", [la norma acusada] excedió el mandato contenido en el artículo 357 de la Constitución Política, que faculta al legislador para determinar los porcentajes mínimos de participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, pues dichos porcentajes no pueden asignarse para gastos distintos a la 'inversión social', como son los gastos de funcionamiento de la administración municipal.

Por consiguiente, los porcentajes destinados a las áreas prioritarias de inversión social no podrán distribuirse a otra clase de gastos como son los de funcionamiento de la administración municipal, pues ello resulta contrario a la finalidad de la distribución de los recursos y de las competencias de las entidades territoriales para la financiación del gasto social a que alude el ordenamiento constitucional.

10.9. Salta a la vista entonces que, en principio, los municipios no podían disponer libremente de los recursos que recibieran por concepto de participación en los ingresos corrientes de la Nación, en tanto afectados a una destinación específica, esto es, a las áreas prioritarias de inversión social definidas por la Ley²⁰. En

¹⁸ M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹⁹ El que disponía: "A partir de 1999, los municipios, previa aprobación de las oficinas departamentales de planeación o de quien haga sus veces, podrán destinar hasta el 10% de la participación a gastos de funcionamiento de la administración municipal, en forma debidamente justificada y previa evaluación de su esfuerzo fiscal propio y de su desempeño administrativo, El Departamento Nacional de Planeación fijará los criterios para realizar la evaluación respectiva por parte de las oficinas departamentales de planeación, o de quien haga sus veces".

²⁰ Sobre el particular, el artículo 23 de la Ley 60 de 1993 prescribió: "Para los efectos de garantizar la debida destinación de la participación para los sectores sociales, sin perjuicio de las actividades de control fiscal y demás controles establecidos en las disposiciones legales, se observarán las siguientes reglas: // 1.- El municipio debe elaborar anualmente un plan de inversiones con cargo a los recursos de la participación para los sectores sociales. El municipio presentará el plan e informes semestrales a la oficina departamental de planeación o a quien haga sus veces, sobre su ejecución y sus modificaciones. El plan de inversiones será presentado al departamento dentro del término que él mismo señale con el fin de que se integre a los planes de educación y salud previstos en esta Ley. // 2.- El municipio garantizará la difusión de los planes sociales entre los ciudadanos y las organizaciones de su jurisdicción. La comunidad, a través de los distintos mecanismos de participación que defina la Ley, podrá informar al departamento al cual pertenezca el municipio respectivo, o a las autoridades competentes en materia de control y evaluación, las irregularidades que se presenten en la asignación y ejecución de los recursos. // 3.- Con base en las informaciones obtenidas, si se verifica que no se han cumplido exactamente las destinaciones autorizadas conforme a esta Ley y a los acuerdos municipales, para los efectos de las sanciones de que trata el párrafo del artículo 357 de la Constitución Política los departamentos promoverán la realización de las investigaciones pertinentes ante los organismos de control y evaluación".

consecuencia, el daño que resulta de la no percepción de dichos recursos es el relativo a no haber podido disponer de los mismos para efectos de destinarlos a las actividades definidas por el artículo 21 de la Ley 60 de 1993²¹ -ley orgánica expedida para regular, entre otros aspectos, lo relativo a dicha transferencia intergubernamental- o, lo que es lo mismo, para asumir buena parte de sus atribuciones, si se tiene en cuenta que esa misma Ley, en su artículo 2, indicó que como “*entidades ejecutoras principales de las acciones en materia social*”, los municipios tenían competencias en áreas que coinciden plenamente con aquellas en las que debían desarrollarse las actividades calificadas como de inversión social prioritaria²².

²¹ “*Las participaciones a los municipios de que trata el artículo 357 de la Constitución, se destinarán a las siguientes actividades: (...)*”, las cuales no se transcriben en su integralidad por lo extenso de la cita. Para efectos ilustrativos se transcriben sólo 4 de los 17 numerales: “*1.- En educación: construcción, ampliación, remodelación, dotación y mantenimiento y provisión de material educativo de establecimientos de educación formal y no formal, “financiación de becas”, pago de personal docente, y aportes de la administración para los sistemas de seguridad social del personal docente. (El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C-520 de 1994). // 2.- En salud: pago de salarios y honorarios a médicos, enfermeras, promotores y demás personal técnico y profesional, y cuando hubiere lugar sus prestaciones sociales, y su afiliación a la seguridad social; pago de subsidios para el acceso de la población con necesidades básicas insatisfechas a la atención en salud, acceso a medicamentos esenciales, prótesis, aparatos ortopédicos y al sistema de seguridad social en salud; estudios de preinversión e inversión en construcción, dotación y mantenimiento de infraestructura hospitalaria a cargo del municipio y de centros y puestos de salud; vacunación, promoción de salud, control y vigilancia del saneamiento ambiental y de los consumos que constituyan factor de riesgo para la salud; financiación de programas nutricionales de alimentación complementaria para grupos vulnerables; bienestar materno-infantil; alimentación escolar; y programas de la tercera edad y de las personas con deficiencias o alteraciones físicas y mentales, en cualquiera de sus modalidades de atención. // 3.- En vivienda: para otorgar subsidios a hogares con ingresos inferiores a los cuatro salarios mínimos, para compra de vivienda, de lotes con servicios o para construir; o para participar en programas de soluciones de vivienda de interés social definida por la ley; suministrar o reparar vivienda y dotarlas de servicios básicos. // 4.- En servicios de agua potable y saneamiento básico: preinversión en diseños y estudios; diseños e implantación de estructuras institucionales para la administración y operación del servicio; construcción, ampliación y remodelación de acueductos y alcantarillados, potabilización del agua, o de soluciones alternas de agua potable y disposición de excretas; saneamiento básico rural; tratamiento y disposición final de basuras; conservación de microcuencas, protección de fuentes, reforestación y tratamiento de residuos; y construcción, ampliación y mantenimiento de jaüeyes, pozos, letrinas, plantas de tratamiento y redes (...)*”.

²² En efecto, en esa norma se dispuso que correspondía a los municipios, “*dirigir, prestar o participar en la prestación de los servicios directamente, conforme a la ley, a las normas técnicas de carácter nacional, a las ordenanzas y a los respectivos acuerdos municipales*” en diferentes sectores, de los cuales sólo se transcriben, a título ilustrativo los cuatro primeros que, como se ve, coinciden con los señalados en el artículo 21: “*En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y a las disposiciones legales sobre la materia: - Administrar los servicios educativos estatales de educación preescolar, básica primaria y secundaria y media. - Financiar las inversiones necesarias en infraestructura y dotación y asegurar su mantenimiento y participar con recursos propios y con las participaciones municipales en la financiación de los servicios educativos estatales y en la cofinanciación de programas y proyectos educativos. -Ejercer la inspección y vigilancia, supervisión y la evaluación de los servicios educativos estatales. // 2.- En el área de la salud: Conforme al artículo 49 de la Constitución Política dirigir el Sistema Local de Salud, ejercer las funciones establecidas en el artículo 12 de la Ley 10 de 1990, realizar las acciones de fomento de la salud, prevención de la enfermedad, asegurar y financiar la prestación de los servicios de tratamiento y rehabilitación del primer nivel de atención de la salud de la comunidad, directamente a través de sus dependencias o entidades descentralizadas, de conformidad con los artículos 4 y 6 de la misma ley; o a través de*

10.10. No obstante, dicho panorama varió con la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 001 de 1995, en tanto este último habilitó a los municipios clasificados en las categorías cuarta, quinta y sexta a “destinar libremente, para inversión o para otros gastos hasta un quince por ciento (15%) de los recursos que perciban por concepto de la participación” y, en su artículo transitorio, previó que, durante los años 1995 a 1999, inclusive, los municipios de categoría dos en adelante también podían destinar libremente ciertos porcentajes de esos recursos²³; de allí que, a partir de la entrada en vigencia de dicho acto -1º de diciembre de 1995-, frente a la no percepción de la participación en los

contratos con entidades públicas, comunitarias o privadas, según lo dispuesto en el artículo 365 de la Constitución Política, la Ley 10 de 1990 y las disposiciones reglamentarias sobre la materia. // b) En desarrollo del principio de complementariedad de que trata el artículo 3o. literal e) de la Ley 10 de 1990, los municipios pueden prestar servicios correspondientes al segundo y tercer nivel de atención en salud, siempre y cuando su capacidad científica, tecnológica, financiera y administrativa se lo permita, y garanticen debidamente la prestación de los servicios y las acciones de salud que le correspondan, previo acuerdo con el respectivo departamento; // La prestación de estos servicios públicos, de salud, con cargo a los recursos del situado fiscal, se hará en forma autónoma por los municipios determinados por los departamentos conforme a lo dispuesto por el artículo 16 de la presente Ley, caso en el cual tanto la planta de personal, como las instituciones, tendrán carácter municipal. // c) Financiar la dotación, construcción, ampliación, remodelación y mantenimiento integral de las instituciones de prestación de servicios a cargo del municipio; las inversiones en dotación básica, la construcción y mantenimiento integral de los centros de bienestar del anciano; para todo lo cual deberán concurrir los departamentos. // 3.- En el sector de agua potable y saneamiento básico, asegurar la prestación de los servicios de agua potable, alcantarillado, soluciones de tratamiento de aguas y disposición de excretas, aseo urbano, y saneamiento básico rural, directamente o en asociación con otras entidades públicas, comunitarias o privadas, o mediante contratación con personas privadas o comunitarias. Ejercer la vigilancia y control de las plazas de mercado, centros de acopio o mataderos públicos o privados; así como ejercer la vigilancia y control del saneamiento ambiental, y de los factores de riesgo del consumo, las cuales podrán realizarse en coordinación con otros municipios y con el departamento.// 4.- En materia de vivienda, en forma complementaria a la Ley 3a. de 1991, con la cooperación del sector privado, comunitario y solidario, promover y apoyar programas y proyectos y otorgar subsidios para la vivienda de interés social, definida en la ley, de conformidad con los criterios de focalización reglamentados por el Gobierno Nacional conforme al artículo 30 de la presente Ley”.

²³ En efecto, al texto original del artículo 357 de la Constitución Política, este acto adicionó lo siguiente: “A partir del año 2000, los municipios clasificados en las categorías cuarta, quinta y sexta, de conformidad con las normas vigentes, podrán destinar libremente, para inversión o para otros gastos, hasta un quince por ciento (15%) de los recursos que perciban por concepto de la participación. // PARÁGRAFO TRANSITORIO 1º. Establécese para los años 1995 a 1999, inclusive, un período de transición durante el cual los municipios, de conformidad con la categorización consagrada en las normas vigentes, destinarán libremente para inversión o para otros gastos, un porcentaje máximo de los recursos de la participación, de la siguiente forma: // Categorías 2ª y 3ª: hasta el 25% en 1995; hasta el 20% en 1996; hasta el 15% en 1997; hasta el 10% en 1998, y hasta el 5% en 1999. // Categorías 4ª, 5ª y 6ª: hasta el 30% en 1995; hasta el 27% en 1996; hasta el 24% en 1997; hasta el 21% en 1998, y hasta el 18% en 1999. // PARÁGRAFO TRANSITORIO 2º. El párrafo segundo transitorio quedará así: // “A partir de 1996 y hasta el año 1999, un porcentaje creciente de la participación se distribuirá entre los municipios de acuerdo con los criterios establecidos en este artículo, de la siguiente manera: El 50% en 1996; el 60% en 1997; el 70% en 1998, y el 85% en 1999. El porcentaje restante de la participación en cada uno de los años del período de transición, se distribuirá en proporción directa al valor que hayan recibido los municipios y distritos por concepto de la transferencia del IVA en 1992. A partir del año 2000 entrarán en plena vigencia los criterios establecidos en el presente artículo para distribuir la participación”.

ingresos corrientes de la Nación, además del daño anteriormente indicado, los municipios también sufren el consistente en no haber podido financiar, en la proporción que se les permitía de acuerdo a su categoría y a la época de los hechos, otros gastos e inversiones.

10.11. Así, para la época de los hechos materia del presente litigio, estaba claro que los municipios podían invocar el derecho constitucional consagrado en el artículo 287 de la Constitución Política a “*participar en las rentas nacionales*” para efectos de destinarlos, principalmente, a las áreas de inversión prioritaria definidas por la Ley y, sólo en algunos porcentajes, para otros rubros como el de los gastos de funcionamiento. Es lo que contempló expresamente la Ley 617 de 2000²⁴, tramitada específicamente con el fin de controlar el gasto de las entidades territoriales y garantizar así la viabilidad económica del país en el mediano y largo plazo²⁵, cuando dispuso que los municipios no podían financiar dichos gastos con recursos de la participación en los ingresos corrientes de la Nación de forzosa inversión²⁶.

10.12. En esa perspectiva, si los municipios dejan de recibir los recursos a que tienen derecho por concepto de la participación en los ingresos corrientes de la Nación, sufren el daño correlativo de no poder emplearlos en el ejercicio de sus competencias o, en los porcentajes permitidos, en su propio sostenimiento; circunstancia que los habilita a demandar la indemnización respectiva a través de la acción de reparación directa.

10.13. Es así como, en múltiples oportunidades, entidades territoriales han demandado a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público por no haberles girado, o haberlo hecho tardíamente, los recursos que les corresponderían por los reaforos que, en vigencia del sistema dual de transferencias intergubernamentales, les correspondían, en caso de que los ingresos corrientes efectivamente recaudados en una vigencia fiscal dada, fueren superiores a los estimados²⁷. Sin embargo, es de anotar que, en todos esos casos, los entes territoriales ya habían recibido los recursos asignados en la vigencia fiscal

²⁴ Publicada en el Diario Oficial N° 44.188 de 9 de octubre de 2000.

²⁵ Al respecto ver la la exposición de motivos del proyecto de ley No. 046 Cámara en la Gaceta del Congreso No. 257 de 17 de agosto de 1.999, p. 1.

²⁶ “*Artículo 3. Financiación de gastos de funcionamiento de las entidades territoriales. Los gastos de funcionamiento de las entidades territoriales deben financiarse con sus ingresos corrientes de libre destinación, de tal manera que estos sean suficientes para atender sus obligaciones corrientes, provisionar el pasivo prestacional y pensional; y financiar, al menos parcialmente, la inversión pública autónoma de las mismas. // Parágrafo 1°. Para efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por ingresos corrientes de libre destinación los ingresos corrientes excluidas las rentas de destinación específica, entendiendo por estas las destinadas por ley o acto administrativo a un fin determinado. Los ingresos corrientes son los tributarios y los no tributarios, de conformidad con lo dispuesto en la ley orgánica de presupuesto. En todo caso, no se podrán financiar gastos de funcionamiento con recursos de: // (...) b) La participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación de forzosa inversión*”.

²⁷ Ver, entre muchas otras, Sección Tercera, sentencias de 17 de junio de 2004, exp. 26242; 25 de marzo de 2004, exp. 23560 y 1º de abril de 2004, exp. 25983, C.P. María Elena Giraldo Gómez; 16 de marzo de 2005, exp. 28889 y 6 de julio de 2006, exp. 29897, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; y 29 de noviembre de 2006, exp. 32566, C.P. Fredy Ibarra Martínez. En esta última se sostuvo: “*la tardanza en pagar no permitió que los recursos ingresaran al patrimonio de las entidades territoriales actoras en las fechas previstas, produciendo el daño propio que causa no recibir el dinero en la fecha establecida*”.

correspondiente y, por lo tanto, no había discusión alguna sobre la titularidad del derecho a percibirlos.

10.14. Cosa distinta ocurre en el caso presentado a consideración de la Sala en donde el demandante es un municipio recién creado y, en consecuencia, se hace necesario determinar, teniendo en cuenta las vicisitudes del trámite de su creación, el momento a partir del cual adquiriría el derecho a acceder a dichos recursos.

IV.2. La creación de nuevos municipios y su derecho a participar de los ingresos corrientes de la Nación. El período de causación del daño y su imputabilidad

11. La Ley 136 de 1994 “*Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios*” se ocupó expresamente, en su artículo 13, de la cuestión de la participación de los nuevos municipios en los ingresos corrientes de la Nación, así:

En la distribución de los Ingresos Corrientes de la Nación, para la vigencia fiscal siguiente, se tendrán en cuenta los municipios creados válidamente y reportados al Departamento Nacional de Planeación, hasta el 30 de junio del año inmediatamente anterior.

El Gobernador del Departamento el mismo día que sancione la ordenanza que disponga la creación de un municipio ordenará comunicar el hecho, al Ministerio de Hacienda con el objeto de que en los giros que habrán de hacerse para los bimestres subsiguientes del año en curso por concepto de participaciones en los Ingresos Corrientes de la Nación, se tenga en cuenta los que corresponden al nuevo municipio en la Ley 60 de 1993.

11.1. Al analizar la exequibilidad de esta norma²⁸, la Corte Constitucional indicó que, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo, los municipios creados con posterioridad al 30 de junio de 1998 no quedaban excluidos del derecho a participar de los ingresos corrientes de la Nación, consagrado en el artículo 357 de la Carta, solamente que se “*aplaza la inclusión plena para el año fiscal siguiente al de su creación*”, sin que por ello dejen de recibir el dinero que les corresponde por dicho concepto:

5.- De acuerdo con el artículo 357 de la Constitución, todos los municipios tienen derecho a participar en los ingresos corrientes de la Nación. A pesar de que el inciso primero del artículo aquí demandado pareciera mostrar

²⁸ Sentencia C-336 de 7 de mayo de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Es importante destacar que la norma fue acusada de impedir que los nuevos municipios, creados con posterioridad a cierta fecha, participaran en los ingresos corrientes de la Nación, lo que, a juicio del actor, vulneraba el preámbulo y los artículos 1°, 2°, 4°, 49, 209, 285, 286, 287, 320 y 356 de la Constitución y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos por cuanto implicaba desconocer los principios de autonomía y descentralización, así como la prestación de los servicios de salud y saneamiento ambiental que la Carta impone a los municipios.

que los nuevos municipios no tendrán participación en los ingresos corrientes de la nación, a menos que sean creados antes del 30 de junio del año inmediatamente anterior a la vigencia fiscal siguiente, el segundo inciso del artículo muestra que ello no es así. Este aparte dispone que el Gobernador, una vez sancione la ordenanza que dispone la creación de un nuevo municipio, comunicará el hecho al Ministro de Hacienda para que en los giros que se hagan en los bimestres subsiguientes del año en curso, por concepto de participaciones en los ingresos corrientes de la Nación, sean tenidos en cuenta los correspondientes al nuevo municipio de acuerdo con la Ley 60 de 1993. Según lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 13 de la Ley 136 de 1994, el nuevo municipio recibirá, durante el resto del año, dineros provenientes de su participación en los ingresos corrientes de la nación.

6.- En el mismo sentido, los decretos que reglamentan la ley bajo examen establecen la forma como los nuevos municipios recibirán el dinero correspondiente. Así, el artículo 2° del Decreto 638 de 1994 indica que debe tenerse en cuenta lo que corresponde a los municipios por concepto de ingresos corrientes de la Nación durante el mismo año de su creación, y fija unas reglas para determinar el monto de la participación correspondiente aunque su creación no haya sido reportada antes del 30 de junio. De ello se sigue que los municipios recién creados reciben dinero por concepto de su participación incluso antes de ser incluidos en el presupuesto de la vigencia fiscal siguiente, y por tanto pueden cubrir los gastos de funcionamiento e inversión propios del ente territorial.

7.- Según lo expuesto anteriormente, la norma no excluye al municipio recién creado de su participación en los ingresos corrientes de la nación. Sólo aplaza la inclusión plena para el año fiscal siguiente al de su creación. La inclusión para el año en curso correrá por cuenta del Ministerio de Hacienda que, de acuerdo con la información dada por el gobernador hará los giros correspondientes para los bimestres subsiguientes por concepto de la participación del municipio en los ingresos corrientes de la nación.

La Corte concluye entonces que resultan infundados los cargos del actor sobre un supuesto desconocimiento de los principios de autonomía y descentralización, pues los nuevos municipios, a pesar de no ser creados en el término establecido por la ley para ser incluidos en el presupuesto General de la Nación, reciben el dinero que les corresponde por su participación en los ingresos corrientes de la Nación, la única particularidad es que se aplaza su participación plena en el presupuesto.²⁹

²⁹ Es importante anotar que en sentencia C-1504 de 8 de noviembre de 2000, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, la Corte se había pronunciado sobre una norma que, de contenido idéntico a la primera parte del artículo 13 de la Ley 136 de 1994, se encontraba contenida en la Ley 547 de 1999 concerniente a la del presupuesto del año 2000. En dicha ocasión dijo la Corte: “es claro que no puede la Ley Anual de Presupuesto excluir de la participación en los ingresos corrientes de la Nación para el período fiscal del año 2000 a los municipios cuya creación sea posterior al 30 de junio de 1999, o cuando esta se hubiere informado al Departamento Nacional de Planeación -Dirección de Desarrollo Territorial-, como máximo en esa fecha, pues, como fácilmente se advierte el citado artículo 357 de la Constitución no establece distinciones entre los municipios para tener derecho a participar en los ingresos corrientes de la Nación, ni tampoco autoriza al legislador a dictar normas que discriminen entre los municipios para ese efecto según la fecha de su creación o información de ello al Departamento de Planeación aludido, razón esta por la cual habrá de declararse la inexequibilidad de la expresión “hasta el 30 de junio de 1999”, y la del inciso segundo del artículo 20 de la Ley 547 de 1999, que fueron objeto de la acusación”. No obstante, no advierte la Sala ninguna contradicción entre las dos decisiones toda vez que, contrario a lo ocurrido con esta última norma, el artículo 13

11.2. La Corte Constitucional también indicó que la fijación de plazos para la inclusión plena en el presupuesto se justificaba por cuanto se trataba de una materia que requería planeación y *“en aplicación del principio de unidad de caja no es racional ni aceptable que sin importar la fecha en que un municipio sea creado el Gobierno desconozca la distribución hecha previamente de los ingresos corrientes de la nación entre los distintos municipios, para determinar nuevas partidas en favor del municipio creado”*³⁰.

11.3. Así pues, aunque es indiscutible que los municipios, por lo menos a partir del bimestre siguiente a su creación, tenían derecho a participar de los ingresos corrientes de la Nación³¹, también lo es que, en virtud de la disposición legal, avalada por la Corte Constitucional, el derecho se concretaba de manera distinta cuando el municipio no había alcanzado a ser incluido con una partida independiente en el proyecto de presupuesto de rentas presentado por el gobierno y, luego, al producirse dicha inclusión. Lo anterior por cuanto, como explicó la Corte, cuando la creación se reportaba al Departamento Nacional de Planeación con el tiempo suficiente –de acuerdo con la Ley, antes del 30 de junio-, aun era posible fijar e incluir una partida independiente en el proyecto de

de la Ley 136 de 1994 prevé expresamente una modalidad de participación en los ingresos corrientes de la Nación para el año mismo de la creación de los nuevos municipios.

³⁰ El argumento completo de la Corte es el siguiente: *“8.- De otro lado, tampoco encuentra la Corte que el inciso 1° del artículo 13 de la ley 136 de 1994 viole el artículo 357 de la Constitución, ya que si bien éste consagra el derecho de los municipios a participar en los ingresos corrientes de la nación, nada dice acerca de los términos o procedimientos que deban seguirse para que estos entes territoriales puedan gozar de su participación, pues la norma constitucional es general y por tanto es competencia del legislador regular su cumplimiento. Así, el que la Carta no establezca ningún término para gozar de ese dinero, no implica que el legislador no pueda determinarlo, máxime en tratándose de asuntos que, como el presupuesto, requieren de planeación. Así, desde el punto de vista constitucional, lo importante es que en el establecimiento de fechas límite el Congreso siga los principios de racionalidad y proporcionalidad. De otro lado, la planeación presupuestal que establecen las normas no puede entenderse contraria al artículo 357 de la Constitución pues es razonable y proporcionada. // 9.- En este caso, los términos son racionales y proporcionales, ya que el artículo 346 de la Constitución establece que el “gobierno formulará anualmente el Presupuesto de Rentas y Ley de apropiaciones que deberá corresponder al Plan Nacional de Desarrollo y lo presentará al Congreso, dentro de los primeros diez días de cada legislatura”; es decir, entre el 20 y 30 de julio de cada año, por lo cual es razonable que dentro de un término prudencial, anterior a la elaboración del presupuesto, el Gobierno cuente con los elementos necesarios para diseñar sus estrategias en materia de hacienda pública. Sólo así se garantiza el respeto a los principios que rigen el sistema presupuestal, pues en aplicación del principio de unidad de caja no es racional ni aceptable que sin importar la fecha en que un municipio sea creado el Gobierno desconozca la distribución hecha previamente de los ingresos corrientes de la nación entre los distintos municipios, para determinar nuevas partidas en favor del municipio creado”*.

presupuesto del año fiscal siguiente que, de conformidad con el artículo 356 de la Constitución Política, el gobierno debe presentar al Congreso entre el 20 y el 30 de julio de cada año; mientras que, si el reporte era posterior -lo que imposibilitaba la inclusión en el proyecto de presupuesto-, la participación debía determinarse en consideración a la distribución ya prevista para los demás municipios.

11.4. Este último punto fue desarrollado por el Decreto 638 de 1995, reglamentario del artículo 13 de la Ley 136 de 1994, en tanto que en su artículo 2 dispuso que durante el mismo año de su creación, y en los bimestres del año fiscal subsiguiente, cuando aquella no hubiere sido informada antes del 30 de junio, la participación del nuevo municipio cuyo territorio fue segregado de otro o de otros, era el resultado de disminuir del monto ya asignado a estos últimos, pendiente de giro, la proporción que le correspondiera a aquél en función de su población³². Distinto a lo previsto para determinar su participación en el año fiscal siguiente a su creación, cuando esta había sido reportada antes del 30 de junio pues, en este caso, aquella se fijaba de manera independiente, aplicando indicadores que podían corresponder a los del municipio del cual se segregó,

³¹ En ese sentido el artículo 2.3 del Decreto 638 de 1995 establecía: “Se entiende que no hay lugar a participación por concepto del bimestre correspondiente, cuando la comunicación del Gobernador del Departamento sea recibida una vez iniciado dicho bimestre”.

³² En efecto, según el artículo 2º de este Decreto: “A fin de que se tenga en cuenta lo que corresponde a los nuevos municipios durante el mismo año de su creación, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 13 de la Ley 136 de 1994, se aplicarán las siguientes reglas: // 1. Si el municipio ha sido segregado del territorio de otro, el valor de la participación del municipio del cual se segregó que se encuentre pendiente de giro para los bimestres subsiguientes a la fecha en la cual se haya recibido la comunicación del Gobernador del Departamento respectivo sobre la creación, se distribuirá entre los dos municipios en proporción a la población de cada uno de ellos. // 2. Si el municipio ha sido segregado del territorio de dos o más municipios, se procederá en la misma forma señalada en el numeral precedente, pero el valor que se distribuirá será la suma de los valores pendientes de giro de los bimestres subsiguientes de los municipios de los cuales se haya segregado el nuevo municipio. // 3. Se entiende que no hay lugar a participación por concepto del bimestre correspondiente, cuando la comunicación del Gobernador del Departamento sea recibida una vez iniciado dicho bimestre. // 4. Si el municipio ha sido creado sin afectar el territorio de otro u otros municipios, el departamento en el cual se encuentra ubicado garantizará, como mínimo, con los recursos que a la fecha venían asignando a la antigua división departamental, los necesarios para cubrir los gastos mínimos que se requieran hasta tanto el nuevo municipio reciba los dineros provenientes de su participación en los ingresos corrientes de la Nación. // Parágrafo 1º.- Las mismas reglas previstas en este artículo se aplicarán para los bimestres de la vigencia fiscal, subsiguiente, cuando el municipio no haya sido reportado en la oportunidad señalada en el inciso 1 del artículo 13 de la Ley 136 de 1994. // Parágrafo 2º.- Para efectos de este artículo se entiende como recibida la comunicación del Gobernador del Departamento, la fecha de llegada a la oficina de correspondencia del Departamento Nacional de Planeación”.

pero sin ser producto de la distribución de lo asignado a este último pues, en este contexto, no podía hablarse de asignaciones previas³³.

11.5. Así las cosas, el marco normativo expuesto no dejaría duda alguna respecto al derecho que le asistía al municipio de Río Iró de percibir recursos derivados de la participación en los ingresos corrientes de la Nación, al menos, desde el bimestre posterior a la sanción de la ordenanza que dispuso su creación; dado que, por lo dispuesto en el transcrito artículo 13 de la Ley 136 de 1994, era en esa misma fecha que el gobernador debía comunicar al Ministerio de Hacienda la existencia del nuevo municipio, circunstancia a la que estaba condicionada el que este último fuera tenido en cuenta para los giros correspondientes a los bimestres subsiguientes.

11.6. Ahora bien, de acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente, la ordenanza a través de la cual se creó el municipio de Río Iró fue la n.º 015 de 2000 –supra párr. 8.2-³⁴, aunque, como lo advirtió el *a quo*, no obra en el expediente copia del acto administrativo mediante el cual se sancionó. No obstante, esta Sala considera que, a partir de los medios de convicción allegados

³³ En efecto, el artículo 1º de este Decreto prescribía: “Para los efectos de la determinación de la aplicación que corresponde a los nuevos municipios que hayan sido creados válidamente y reportados al Departamento Nacional de Planeación hasta el 30 de junio del año inmediatamente anterior a la vigencia fiscal siguiente, se aplicarán los mismos indicadores del municipio del cual hubiere sido segregado, o el promedio si se hubiere segregado de varios, hasta tanto los indicadores del nuevo municipio sean reportados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE. // Si el nuevo municipio no ha sido creado por segregación de otro u otros, o si no se dispone de la información necesaria para alguno o algunos de los factores de distribución señalados en el artículo 24 de la Ley 60 de 1993, se aplicará el promedio de las variables para su cálculo de todos los municipios de más cercano tamaño poblacional. // Parágrafo.- Se tendrá como reportados los nuevos municipios respecto de los cuales haya llegado la información correspondiente por escrito, a más tardar el 30 de junio de cada año a la oficina de correspondencia del Departamento Nacional de Planeación”.

³⁴ Hecho que coincide con lo que puede leerse en la página web del municipio Río Iró, a propósito de su historia: “Es un Municipio muy joven del departamento del Chocó, su historia es reciente la cual comienza el 20 de Julio del año 2000 donde se crea el municipio de Río Iró mediante la ordenanza N° 015 del 20 de julio del 2000, como cabecera Municipal fue escogido el corregimiento de Santa Rita de Iro, http://www.rioiro-choco.gov.co/informacion_general.shtml#historia, en la que se registra que la última actualización se produjo el 24 de febrero de 2016, consultada el 29 de marzo de 2016. Debe recordarse que el artículo 10 de la Ley 527 de 1999 admite como medios de pruebas los mensajes de datos, entendidos como “la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos” –artículo 1º de esta misma Ley-, disposición por virtud de la cual en múltiples oportunidades esta Corporación ha valorado los contenidos de páginas web como una forma de propender por la utilización de las nuevas tecnologías en la dinámica de las relaciones intersubjetivas, y por supuesto en la actividad probatoria dentro de los procesos judiciales. En ese sentido pueden consultarse, entre otras, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 24 de octubre de 2013, exp. 26.690 y auto de 6 de diciembre de 2012, exp. 45.679, ambos con ponencia de Jaime Orlando Santofimio y de la Subsección B, sentencia de 27 de marzo de 2014, exp. 27364, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

al plenario, es posible concluir que dicha ordenanza fue sancionada en la misma fecha en que se profirió, esto es, el 20 de julio de 2000 (11.6.1) o, en todo caso, días antes del 1º de septiembre de 2000, fecha en la que iniciaba el bimestre en el cual, de haber sido informada su creación, el nuevo municipio habría empezado a recibir los giros correspondientes por la participación de ingresos corrientes de la Nación (11.6.2).

11.6.1. En efecto, teniendo en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81 del Decreto 1222 de 1986 “*por el cual se expide el código de régimen departamental*”, es la sanción ejecutiva del gobernador la que reviste del carácter de ordenanza el proyecto aprobado por la Asamblea Departamental³⁵, es fácil concluir que, para que pudiera denominarse ordenanza n.º 015, el documento obrante en el expediente como aprobado por la Asamblea Departamental del Chocó debió haber sido sancionado en la fecha en la que adquirió la calidad de tal, es decir, el 20 de julio de 2000; como consta en el expediente que ocurrió con la n.º 022, la cual fue sancionada en la misma fecha en que se dice expedida, esto es, el 25 de noviembre de 2000 –supra párr. 8.6-. La verosimilitud de esta conclusión encuentra respaldo en lo afirmado por el director de Desarrollo Territorial del Departamento Nacional de Planeación quien, al contestar una solicitud de información formulada por la alcaldía municipal de Río Iró, indicó expresamente que “*la ordenanza 015 fue sancionada el 20 de julio de 2000*” –supra párr. 8.8-; aseveración que merece plena credibilidad por haber sido realizada por un funcionario público, en ejercicio de sus funciones, y en relación con un asunto respecto del cual conocía perfectamente los antecedentes.

11.6.2. A lo anterior debe agregarse que (i) como está demostrado en el plenario, el 3 de agosto de 2000 el gobernador del departamento designó un alcalde encargado para el nuevo municipio –supra párr. 8.3-, actuación que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 136 de 1994³⁶, sólo podía adelantarse una vez publicada la ordenanza que creaba el nuevo municipio lo que, por supuesto, suponía que aquella hubiera sido debidamente sancionada; y (ii) el hecho de que, como lo demuestran los considerandos del decreto 0453 de 1º de septiembre de 2000 –supra párr. 8.4-, el entonces gobernador del Chocó no sólo

³⁵ La cual prescribe “*Llámase sanción ejecutiva el acto del jefe superior del departamento que manda ejecutar el proyecto que le envía la respectiva asamblea y con el cual reviste a éste del carácter de ordenanza*”.

³⁶ Norma a cuyo tenor: “*Designación de autoridades. Una vez publicada la ordenanza que crea un nuevo municipio, el Gobernador mediante Decreto, nombrará alcalde encargado y en el mismo acto citará con no menos de tres (3) meses de anticipación a elección de concejales y alcalde*”.

daba por sentada la creación del municipio, sino que adelantó los trámites necesarios con miras a obtener, vía referendo, la refrendación popular que exigía la Ley.

11.6.2.1. Sobre este último punto es de recordar que, luego de señalar los requisitos para la creación de un nuevo municipio, el artículo 8 de la Ley 136 de 1994³⁷, en su párrafo, estableció que cuando la ordenanza que hubiere aprobado dicha creación no fuere el resultado de una consulta popular previa, debía ser sometida a un “referéndum” en el que participaran los ciudadanos del respectivo territorio³⁸; disposición normativa que, leída en consonancia con lo establecido por la Ley 134 de 1994³⁹ sobre este mecanismo de participación ciudadana, permite concluir con facilidad que el legislador nunca previó el trámite del referendo como requisito para la creación del municipio, sino para su perennidad, en tanto esta última estaba condicionada a que, consultada sobre el particular, la población del nuevo municipio no derogara la ordenanza mediante la cual éste fue creado.

11.6.2.2. En esta perspectiva y al margen de que, de acuerdo con lo acreditado en el expediente, la decisión del gobernador del Chocó de dejar sin efecto el artículo 1 de la ordenanza n.º 015 de 2000, esto es, aquel mediante el cual se

³⁷ “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, vigente a partir del 2 de junio de 1994, fecha de su promulgación.

³⁸ En el párrafo de esta norma se consagraba: “El respectivo proyecto de ordenanza podrá ser presentado a iniciativa del Gobernador, de los miembros de la Asamblea Departamental o por iniciativa popular, de conformidad con la ley. Sin embargo, el Gobernador está obligado a presentarlo cuando por medio de consulta popular así lo decida la mayoría de los ciudadanos residentes en el respectivo territorio. // Cuando no hubiere precedido la consulta popular a la ordenanza que apruebe la creación de un nuevo municipio, una vez ésta se expida será sometida a referéndum en el que participen los ciudadanos del respectivo territorio. El referéndum deberá realizarse en un plazo máximo de tres meses, contados a partir de la fecha de sanción de la ordenanza. // Si el proyecto de ordenanza fuere negado, se archivará y una nueva iniciativa en el mismo sentido sólo podrá presentarse tres (3) años después”.

³⁹ Esta Ley estatutaria es aquella “Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana”, promulgada el 31 de mayo de 1994, es decir, antes de la Ley 136 de 1994. En su artículo 3 consagró que el referendo “Es la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma jurídica o derogue o no una norma ya vigente” y, al precisar la diferencia entre los referendos derogatorios y aprobatorios, señaló expresamente, en sus artículos 4 y 5 que los primeros versaban sobre normas ya proferidas, mientras los últimos eran los que recaían sobre proyectos que aun no hubieren sido adoptados por la corporación pública correspondiente. En el artículo 44 dicha Ley contempló: “Para evitar un pronunciamiento popular sobre iniciativas inconstitucionales, el tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa competente, en el caso de referendos normativos departamentales, distritales, municipales o locales, previamente revisarán la constitucionalidad del texto sometido a referendo, El Tribunal Contencioso-Administrativo competente, según el caso, se pronunciará después de un

creaba el municipio de Río Iró, consignada en el Decreto n.º 0453 de 1º de septiembre de 2000, no haya tenido efecto alguno⁴⁰, la Sala precisa que las dificultades ligadas a la realización del referendo, expresadas en los considerandos de dicho decreto –supra párr. 8.4-, no daban lugar a que aquél pudiera dejar sin efectos el acto de creación del mismo, no sólo porque este último fue aprobado por una autoridad diferente –la Asamblea Departamental del Chocó-⁴¹, sino porque, se insiste, la realización del referendo no era una condición para la validez de su creación, sino para la de su perennidad como ente territorial.

11.7. Ahora bien, independientemente de la discusión que podría generarse en torno a la validez de una ordenanza de creación de un municipio en la que no se precisan aquel o aquellos de los cuales se segregó (11.7.1), lo cierto es que, en todo caso, de conformidad con las reglas establecidas por el Decreto 638 de 1995 antes referido, la participación en los recursos corrientes de la Nación por parte de Río Iró para los bimestres siguientes a aquel de su creación y para el año fiscal 2001, sólo podía ser determinada en función de las asignaciones atribuidas a los municipios de los cuales se segregaba y en consideración de los porcentajes de la población segregados (11.7.2); de allí que, para que el nuevo municipio pudiera acceder a dichos recursos, se requería no sólo que el gobernador comunicare al Departamento Nacional de Planeación su creación y los municipios de los cuales se segregaba, sino que este último pudiese establecer los porcentajes de dicha segregación, es decir, que estos hubieren sido certificados expresamente por el DANE, circunstancia que el municipio demandante sólo demostró respecto de la vigencia fiscal del año 2001 pero no así respecto de la de 2000 (11.7.3); de modo que el daño causado por la demora de la gobernación del Chocó en informar al Departamento Nacional de

periodo de fijación en lista de diez días, para que cualquier ciudadano impugne o coadyuve la constitucionalidad de la iniciativa y el Ministerio Público rinda su concepto”.

⁴⁰ En efecto, pese a lo mencionado en el decreto referido, la Sala observa que en todas las actuaciones adelantadas posteriormente por las autoridades departamentales se tiene por indiscutible el que el municipio de Río Iró fue creado por la ordenanza n.º 015 de 2000. Así: (i), en la n.º 022 de 25 de noviembre de 2000, aclaratoria de aquélla, tanto en los considerandos como en lo ordenado, esta última se invoca como la norma mediante la cual se creó el municipio –supra párr. 8.5-; (ii) en comunicación de la directora del Departamento Administrativo de Planeación e Infraestructura de la Gobernación del Chocó, dirigida al DNP, también se señala la ordenanza n.º 15 de 2000 como aquella por la cual se dio vida jurídica al municipio –supra párr. 8.6-.

⁴¹ Se recuerda que si bien es cierto que, como lo prescribe el artículo 77 del Decreto 1222 de 1986, el gobernador puede objetar un proyecto de ordenanza aprobado por la asamblea departamental por motivos de inconveniencia, ilegalidad o inconstitucionalidad y, en consecuencia, devolverlo a la asamblea; dicha facultad de ninguna manera comprende la de dejar sin efectos una ordenanza que, con la sanción, ya hace parte del

Planeación de la creación del municipio Río Iró se concreta en los recursos que este último dejó de percibir, por concepto de la participación de los ingresos corrientes de la Nación, durante el primer bimestre del año 2001, en tanto en dicho período habría sido posible reasignarle, en los porcentajes certificados por el DANE, los recursos inicialmente asignados a los municipios de Condoto y Tadó (11.7.4). Ahora bien, sin lugar a dudas, este daño es imputable a la demora del gobernador del Departamento del Chocó, agente de este último, de informar al Departamento Nacional de Planeación sobre la creación del nuevo municipio (11.7.5).

11.7.1. De acuerdo con lo previsto en el artículo 8 de la Ley 134 de 1994, modificada por la 177 del mismo año y vigente para la época de los hechos, para la creación de un nuevo municipio se requería la concurrencia de las siguientes condiciones⁴²:

1. Que el área del municipio propuesto tenga identidad, atendidas sus características naturales, sociales, económicas y culturales.

2. Que cuente por lo menos con siete mil (7.000) habitantes y que el municipio o municipios de los cuales se pretende segregar no disminuya su población por debajo de este límite señalado, según certificación del Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

3. <Numeral modificado por artículo 1o. Ley 177 de 1994> Que el municipio propuesto garantice, por lo menos, ingresos ordinarios anuales equivalentes a la suma resultante de multiplicar por quinientos (500) el valor del salario mínimo legal mensual vigente. En ese cálculo no se incluirá la participación en los ingresos corrientes de la Nación.

4. Que el organismo departamental de planeación conceptúe favorablemente, previo a la presentación del proyecto de ordenanza sobre la conveniencia económica y social de la iniciativa y la viabilidad de la nueva entidad, teniendo en cuenta su capacidad física, sus posibilidades económicas, su infraestructura y su identificación como área de desarrollo. El concepto también deberá pronunciarse favorablemente con relación a la conveniencia de la iniciativa para el municipio o municipios de los cuales se segrega el nuevo. En todo caso con la creación de un nuevo municipio no podrá sustraerse más de la tercera parte de territorio del municipio o municipios de los cuales se segrega.

11.7.1.1. Texto del cual se extrae con facilidad que la creación del nuevo municipio suponía el que se tuviera claridad, al menos aproximada, sobre: (i) la

mundo jurídico y sólo podría ser derogada por quien la profirió, o anulada por el juez de lo contencioso administrativo.

⁴² Aunque es de recordar que de acuerdo con el artículo 9 de la misma Ley, en circunstancias especiales –que no son las del *sub examine*–, resultaba procedente la creación de municipios sin el lleno de estas condiciones.

identidad de los municipios de los cuales se segregaba en tanto que el concepto del organismo departamental de planeación señalado en el numeral cuarto debía referirse también a la conveniencia para ellos de la segregación; y (ii) su población y territorio, pues no de otra manera podría establecerse que no se vulnerara lo dispuesto en los numeral dos y última parte del cuarto, es decir, que no se infringieran los límites señalados. Es en esta misma perspectiva que el artículo 15 de la misma Ley 134 estableció que al proyecto de ordenanza de la creación del nuevo municipio debía anexarse *“una exposición de motivos que incluirá como anexos los estudios, certificaciones y demás documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, así como el mapa preliminar del territorio del municipio que se pretende crear”*.

11.7.1.2. Sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 de la misma Ley 134⁴³, no era indispensable que la información concerniente a los municipios segregantes quedara consignada en el contenido de la ordenanza de creación del municipio pues, al señalar los elementos que debían incluirse en esta última, nada se indicó sobre el particular. En ese sentido podría concluirse que, aunque se tratase de una condición necesaria para la creación del municipio, cuyo cumplimiento condicionaría la validez de esta última, no hacía falta que quedara expresamente contenida en el texto de creación, por cuanto debía constar en sus antecedentes, específicamente, en los anexos que debían adjuntarse al proyecto del mismo, sujeto a la discusión de los diputados a la Asamblea Departamental. De esta manera, sólo el estudio de dichos antecedentes permitiría determinar si, a falta de haberse cumplido los requisitos necesarios para tramitar el proyecto, entre ellos, la indicación de los municipios del cual se segregaba el nuevo, su creación adolecería de algún tipo de vicio.

11.7.1.3. Así las cosas, sin conocerse los de la ordenanza n.º 015 de 2000 mediante la cual se creó Río Iró, es imposible establecer de forma cierta si, pese a no haber sido nombrados expresamente en dicho acto, se tenía claridad sobre

⁴³ *“La ordenanza que cree un municipio deberá, además: // 1. Determinar los límites del nuevo municipio.// 2. Indicar cuál será la cabecera municipal para todos los efectos legales y administrativos y relacionar las fracciones territoriales que lo integran. // 3. Determinar la forma como el nuevo municipio debe concurrir al pago de la deuda pública que quede a cargo del municipio o municipios de los cuales se segregan.// 4. Apropiar los recursos necesarios que demande el funcionamiento de las oficinas departamentales que se requieran en el nuevo municipio. // PARÁGRAFO. Una vez entre en funcionamiento el nuevo municipio se procederá a su deslinde, amojonamiento y a la elaboración y publicación del mapa oficial.”*

el o los municipios de los cuales se segregaría todo o una parte del territorio y de la población del que se creaba, esto es, Río Iró⁴⁴.

11.7.2. No obstante, independientemente de que, al momento de proferirse esta ordenanza, se conociera a ciencia cierta ese aspecto, la realidad es que, a partir del marco normativo referido, su participación en los ingresos corrientes de la Nación en los bimestres siguientes a aquel de su creación y en el año fiscal 2001 estaba condicionada a que el Departamento Nacional de Planeación conociera precisamente no sólo los municipios segregantes y las asignaciones que se les atribuyó en los años 2000 y 2001, sino los porcentajes de la población segregados, aspecto este último que, a diferencia del de la identificación de los municipios segregantes, no era condición legal para la creación del municipio⁴⁵.

11.7.2.1. En ese sentido vale la pena señalar que, contrario a lo que ocurrirá después con el sistema general de participaciones creado a través de la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo n.º 001 de 2001 a los artículos 356 y 357 de la Constitución Política, desarrollada por la Ley 715 de 2001, modificada a su vez por la 1106 de 2007, la Ley 60 de 1993 no estableció mecanismos para compensar los efectos de las deficiencias o inconsistencias que pudiera presentar la información relativa a los municipios tenida en cuenta para estimar los montos de las transferencias intergubernamentales que se les

⁴⁴ Aunque es de anotar que, en tanto fijó la división política y territorial, así como los límites del nuevo municipio –supra párr. 8.2-, es fácil concluir que el proyecto finalmente aprobado por la Asamblea del Chocó y sancionado como la ordenanza n.º 015 de 2000, sí daba cuenta, en sus anexos, de esa información. Además, en la certificación del DANE expedida al presidente del comité pro municipio Río Iró, que, al parecer, habría sido la misma que se tuvo en cuenta para crear el municipio –en la ordenanza se consigna como población la misma acreditada por el DANE-, se indican los municipios de Condoto, Tadó e Itzmina como los segregantes, aunque se precisa que esos datos no son definitivos –supra párr. 8.1-

⁴⁵ En efecto, es importante insistir en que si bien es cierto que, como se explicó, la creación válida del municipio estaba supeditada a que el DANE certificara que la población del nuevo municipio y de los segregantes no iba a ser inferior a 7000 habitantes, ello no implicaba necesariamente que, al expedirla, dicha entidad iba a precisar claramente los porcentajes de la población segregada o los elementos necesarios para determinarlos –la totalidad de la población de todos los municipios segregantes y la que, al final, correspondería al nuevo municipio-. Así lo demuestran los términos de la certificación expedida por el DANE antes de la creación del municipio –supra párr. 8.1-. De la misma manera, tampoco era indispensable que, en el concepto de favorabilidad que debía expedir el organismo departamental de planeación, especificara dichos porcentajes aunque, sin duda, lo deseable sería que así fuera. Sobre este punto es necesario distinguir entonces entre la condición relativa a la identificación de los municipios segregantes de uno nuevo, como elemento de validez de la creación de este último, y la determinación de los porcentajes de la segregación, condición ya no para la validez del acto de creación, sino para la percepción de los recursos derivados de la transferencia intergubernamental a la que se ha hecho referencia.

asignaban⁴⁶; de modo que, en ausencia de la información requerida legalmente para hacer los cálculos respectivos, la entidad encargada de realizarlos, en este caso, el Departamento de Planeación Nacional, no estaba autorizado a proceder sobre la base de estimativos que pudieran ajustarse con posterioridad, como sí puede hacerlo en el marco del sistema general de participaciones. Al respecto resultan ilustrativas, *a contrario sensu*, las consideraciones expuestas por la Sala de Consulta y Servicio Civil al conceptuar sobre si un municipio tenía derecho a recibir recursos del sistema general de participaciones, pese a que sus límites no estaban claramente definidos por haber sido declarada nula parcialmente la ordenanza de su creación⁴⁷:

5. Es indudable que para la determinación de estas variables –las que deben ser tenidas en cuenta para calcular los componentes del Sistema General de Participaciones- la ley parte del supuesto de que las entidades territoriales participantes del Sistema tienen definido un ámbito espacial o territorial sobre el cual calcular cada uno de sus componentes (población atendida y por atender en salud, educación y saneamiento básico, niveles de pobreza, población urbana y rural, eficiencia, etc.). Igualmente, que la correcta aplicación y cálculo de las diversas variables garantiza la igualdad y la equidad en la distribución de las participaciones entre las entidades territoriales, por lo que en su aplicación debe procederse con diligencia y cuidado.

Sin embargo, también es importante señalar que gran parte de los criterios de distribución utilizados corresponden a variables estimadas, las cuales están sujetas a cambios constantes entre los diversos periodos de cálculo (las personas mudan su domicilio, entran o salen del mercado laboral, se desplazan a centros urbanos o vuelven al campo, hay nacimientos y fallecimientos, surgen estudiantes nuevos y otros se retiran, etc.); y que, por ello, tanto la Ley 715 de 2001, como sus normas reglamentarias no están estructuradas sobre datos exactos e inmodificables sino sobre la base de estimaciones, estadísticas y comparativos, para cuya determinación se establecen, además, distintas formas de suplir vacíos o inconsistencias de información y de hacer conciliaciones y ajustes posteriores cuando los datos utilizados son objeto de rectificaciones o actualizaciones. Todo ello con el fin de que los problemas de información no afecten el derecho de las entidades territoriales a recibir los recursos necesarios para atender las necesidades locales.

Así, por ejemplo, el artículo 86 de la Ley 715 establece para todos los componentes del Sistema General de Participaciones, la posibilidad de hacer ajustes en la vigencia fiscal posterior, cuando una entidad territorial haya recibido más recursos de los que le corresponden debido a “deficiencias de la información”:

⁴⁶ En efecto, la única compensación prevista por dicha ley era la relativa a los reaforos fiscales a los que daba lugar el que los ingresos corrientes de la Nación efectivamente recaudados fueren superiores o inferiores a los estimados –artículo 24-; pero no se contemplaban los cambios que podrían presentarse en las variables relativas a los municipios como, por ejemplo, los aumentos o disminuciones de la población.

⁴⁷ Concepto de 15 de diciembre de 2010, rad. 11001-03-06-000-2010-00118-00(2044), C.P. William Zambrano Zetina.

“Artículo 86. Ajuste del monto apropiado. Cuando la Nación constate que una entidad territorial recibió más recursos de los que le correspondería de conformidad con la presente ley, debido a deficiencias de la información, su participación deberá reducirse hasta el monto que efectivamente le corresponda. Cuando esta circunstancia se presente, los recursos girados en exceso se deducirán de la asignación del año siguiente (...).”

(...)

En síntesis, se puede observar entonces que la legislación reconoce las diversas contingencias que por problemas de información pueden enfrentar las autoridades competentes al momento de calcular la distribución del Sistema General de Participaciones, pero a la vez, les ofrece posibilidades, que en el contexto del derecho de participación de las entidades territoriales en las rentas nacionales constituyen deberes, de superarlas y de hacer eficiente el flujo de recursos hacia los entes locales, para no afectar la atención de las necesidades que estas últimas cubren con ellos.

6. Todo lo anterior hace visible también la diferencia existente entre el derecho de participación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, para el que la Constitución no exige nada distinto a tener la calidad de entidad territorial, y los criterios con base en los cuales se calcula el monto de la respectiva participación (población, cobertura de educación y servicios públicos, niveles de pobreza, eficiencia administrativa, equidad, etc.).

Respecto de estos últimos, las certificaciones, estimaciones y cálculos de las distintas autoridades competentes⁴⁸ son esencialmente instrumentales (no condicionantes) para la efectividad de ese derecho, de manera que, sin perjuicio de que en cada caso deba exigirse la información a que haya lugar y el uso de instrumentos de medición adecuados, su aplicación no puede hacerse con excesiva formalidad y rigorismo, al punto que termine afectando desproporcionada e innecesariamente el

⁴⁸ [4] *Para el componente de educación, la información debe ser reportada por las entidades territoriales y, subsidiariamente, se usa información disponible del Ministerio de Educación (art. 19 Ley 715 de 2001); para el componente de propósito general, la información sobre población y pobreza es obtenida del DANE y lo relativo a eficiencia fiscal y administrativa es remitida por las entidades territoriales con refrendación del Contador General de la Nación (art. 79 ibídem); para el componente de salud, el más complejo, intervienen distintas entidades, según el artículo 66 de la Ley 715 de 2001, así: // “Artículo 66. De la información para la asignación de recursos. La información utilizada para la distribución de recursos en materia de población urbana y rural, deberá ser suministrada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, DANE. // La información sobre la población pobre afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, provendrá del Sistema Integral de Información en Salud, del Ministerio de Salud.// La información sobre la población identificada por el Sistema de Identificación de Beneficiarios de Programas Sociales que determine el Conpes, será consolidada y suministrada por el Departamento Nacional de Planeación.// La información sobre la extensión de departamentos, distritos y municipios será proporcionada por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, IGAC. // La información para la aplicación de los criterios de equidad y eficiencia administrativa tenidos en cuenta para la distribución de los recursos del componente para acciones en salud pública, será suministrada por el Ministerio de Salud.// El factor de ajuste que pondera los servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado será definido conjuntamente por el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Salud. “ (Véase también artículos 1 y 7 del D. 159 de 2002 que reglamenta el envío de información al Departamento Nacional de Planeación)”*

derecho constitucional de las entidades territoriales a recibir recursos del Sistema General de Participaciones.

11.7.2.2. Así las cosas y aunque sea cierto que, como se indica contundentemente en el concepto citado a propósito del sistema general de participaciones, las transferencias intergubernamentales establecidas sucesivamente en los artículos 356 y 357 de la Constitución Política tienen una destinación social constitucionalmente relevante, en tanto destinadas a satisfacer, de una manera descentralizada, las necesidades básicas de la población, lo que proscribe el que las autoridades encargadas de fijar y girar las asignaciones actúen con un exceso de rigorismo que impida injustificadamente el que los municipios accedan a estos recursos; también lo es que la normativa vigente para la época de los hechos no le permitía al Departamento Nacional de Planeación determinar una asignación en ausencia de una información indispensable para su cálculo, en este caso, el porcentaje de la población segregada de municipios preexistentes. Es en esta perspectiva que puede entenderse el que, al ser interrogada sobre el particular, la Unidad de Desarrollo Territorial del Departamento Nacional de Planeación hubiera indicado que para la asignación de la participación de los ingresos corrientes de la Nación del nuevo municipio se requería, además de la información oficial sobre su creación, por parte del departamento, la aclaración sobre los municipios segregantes –supra párr. 8.5-.

11.7.3. En este orden de ideas y de conformidad con lo prescrito en el Decreto 638 de 1995, antes referido, es posible concluir que para que el municipio de Río Iró pudiera participar de los ingresos corrientes de la Nación se requería no solamente que el gobernador del Chocó informara oportunamente de su creación, sino que el Departamento Nacional de Planeación tuviera acceso a la información relativa a los porcentajes de la población segregada de municipios preexistentes – lo que presupone, por supuesto, la identificación de estos últimos-, información que debía ser certificada por el Departamento Nacional de Estadística-DANE. No obstante, el municipio demandante, a quien, en virtud de lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil⁴⁹, le incumbía demostrar el supuesto de hecho que daba lugar a la declaratoria de responsabilidad solicitada, no desplegó ninguna actividad probatoria tendiente a demostrar que, para el momento en que el gobernador debía informar de su creación –julio de 2000- o en los meses subsiguientes del año 2000, el DANE certificó dicha información de manera definitiva y que, en consecuencia, el Departamento Nacional de

⁴⁹ A cuyo tenor: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

Planeación disponía de los elementos –o podía obtenerlos fácilmente- para determinar la asignación correspondiente a partir del bimestre subsiguiente.

11.7.3.1. En efecto, si bien es cierto que, junto con la demanda, se allegó una certificación expedida por el DANE sobre la población del municipio proyectado y la de los municipios segregantes, la misma es anterior a la ordenanza n.º 015 de 2000, sus términos no permiten establecer los porcentajes de la segregación y, además, dejan claro que, en la medida en que había otras iniciativas de creación de municipios en la misma zona, los datos certificados eran estimativos sujetos a consolidación una vez se adoptara la primera ordenanza de creación de uno de esos futuros municipios –supra párr. 8.1-.

11.7.3.2. Así pues, de los documentos allegados como medios de convicción por parte del municipio, no es posible inferir si el DANE certificó o no los porcentajes de la población de Río Iró segregados de otros municipios para el año 2000 y, de haberlo hecho, los valores de los mismos⁵⁰. Información que tampoco podía determinarse a través del dictamen pericial solicitado en la demanda pues este último tenía por objeto que peritos contadores estimaran la cifra dejada de percibir y los gastos que el municipio no habría podido cancelar, a falta de haber recibido los recursos esperados por transferencias (f. 8 c.1).

11.7.3.3. El único medio probatorio obrante sobre el particular es entonces el oficio de 25 de abril de 2001 del director de Desarrollo Territorial del Departamento Nacional de Planeación, dirigido al alcalde municipal de Río de Iró, en el que se menciona expresamente que, “*para la vigencia 2001*”, el DANE certificó la población de dicho municipio y los porcentajes de la misma segregados a Condoto (27.1%) y Tadó (2.11%) –supra párr. 8.8-.

11.7.4. En virtud de lo dicho hasta aquí, la Sala concluye que el daño padecido por el municipio de Río Iró se concretó en el hecho de que este último no recibió la participación en los ingresos corrientes de la Nación que, de conformidad con el

⁵⁰ De hecho, lo afirmado en los considerandos del Decreto n.º 0453 de 1º de septiembre de 2000 a propósito de que “*a la fecha el Departamento Nacional de Estadística-DANE no ha notificado la codificación de este nuevo Ente Territorial*” –supra párr. 8.4- da lugar a pensar que la codificación a la que se refiere es, justamente, la certificación sobre el consolidado de la población estimada del nuevo municipio y de los segregantes, en consideración a que, como había advertido previamente, las realizadas con anterioridad a la Ordenanza n.º 015 eran meramente provisionales –supra párr. 8.1-. Si es ello así estaría plenamente acreditado que, para el 1º de septiembre de 2000, el DANE nada había certificado sobre los porcentajes de la población de Río Iró segregada de otros municipios.

artículo 13 de la Ley 136 de 1994 y el Decreto 638 de 1995, le habrían correspondido durante el primer bimestre del año 2001, pues está acreditado que, para ese año, el DANE suministró la información requerida para la determinación de la participación –los porcentajes de población segregados de municipios preexistentes-, de modo que, de no haber mediado la demora en la información oficial sobre la creación del municipio, este último habría recibido la participación que le correspondía desde el primer bimestre y no sólo desde el segundo, como efectivamente ocurrió –supra párr. 8.8-.

11.7.5. Es por esta razón que no cabe duda alguna de que el daño acreditado es imputable al departamento del Chocó en tanto fue un agente suyo, en ejercicio de sus funciones, el que, pese a la claridad del mandato legal sobre el particular, se abstuvo de darle cumplimiento en los términos prescritos. En efecto, como ya se ha indicado ampliamente a lo largo de esta providencia, el artículo 13 de la Ley 136 de 1994 fue expreso al señalar que, para efectos de hacer efectivo el derecho del nuevo municipio a la participación en los ingresos corrientes de la Nación, el gobernador del departamento en el cual se encontraba ubicado estaba en la obligación de informar de su creación el mismo día en que sancionara la respectiva ordenanza. No obstante, como quedó acreditado en el *sub examine*, a pesar de que Río Iró fue creado el 20 de julio de 2000, la comunicación oficial sobre su creación sólo fue radicada en el Departamento Nacional de Planeación el 31 de enero de 2001 –supra párr. 8.8-.

11.7.5.1. A juicio de la Sala esta demora constituye una falla del servicio evidente no sólo porque contraviene abiertamente el dictado legal, sino porque no puede excusarse en las vicisitudes que rodearon la creación de Río Iró, en particular, la determinación de los municipios de los cuales se segregaba y los porcentajes de la población segregados. En efecto, independientemente de que, como lo indicó en su momento el Departamento Nacional de Planeación, hubiere sido necesario tramitar una ordenanza aclaratoria de la de creación –supra párr. 8.5-, lo cierto es que, de acuerdo con lo acreditado en el expediente, no fue la gobernación del departamento del Chocó la que provocó dicha comunicación –está demostrado que esta fue dirigida a la alcaldía municipal lo que indica que fue esta la que solicitó la información- y, adicionalmente, sancionada la ordenanza aclaratoria, esto es, la 022 de 25 de noviembre de 2000, tampoco se cumplió el mandato legal, sino que se esperó un poco más de dos meses antes de acometer la comunicación a la que estaba supeditada la concretización de un derecho tan importante para la realización de los postulados sociales pretendidos por la

Constitución de 1991 como el de los entes territoriales a recibir las transferencias intergubernamentales necesarias para asumir las competencias conferidas.

11.7.5.2. En consecuencia, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, declarará la responsabilidad administrativa y patrimonial del departamento del Chocó por haber ocasionado que el municipio Río Iró dejara de percibir el valor de la participación en los ingresos corrientes de la Nación que le habría correspondido, al menos, desde el primer bimestre del año fiscal 2001.

IV.3. Liquidación de perjuicios

12. Teniendo en cuenta que, de acuerdo con lo informado por el mismo Departamento Nacional de Planeación, el valor de la participación en los ingresos corrientes de la Nación que, hecha la redistribución correspondiente de los municipios segregantes, le correspondería al municipio de Río Iró por cada uno de los bimestres del año 2001 era de \$ 144 211 669, es fácil concluir que este fue el total de lo que dejó de percibir en el primer bimestre de 2001. Actualizado de conformidad con la fórmula consagrada para el efecto⁵¹, dicho valor arroja un total de doscientos noventa millones ochocientos cincuenta mil doscientos cuarenta y cuatro pesos con veintisiete centavos \$ 290 850 244,27.

12.1. Ahora bien, es de anotar que, como se explicó –supra párr. 10.10 a 10.12-, el valor que el municipio habría recibido por concepto de participación en los ingresos corrientes de la Nación debía destinarse principalmente a las áreas de inversión prioritaria definidas por el artículo 21 de la Ley 60 de 1993 –supra pie de página 20-, en los porcentajes establecidos por el artículo 22 del mismo cuerpo normativo⁵², de modo que sólo eventualmente, en función de la categoría del

⁵¹ Para estos efectos se tiene en cuenta la fórmula reiteradamente utilizada por la Sala, de acuerdo con la cual: valor actualizado = valor histórico * (IPC final ÷ IPC inicial). Para marzo de 2001 –mes en el cual, de conformidad con el artículo parágrafo 3 del artículo 24 de la Ley 60 de 1993, debían ser girados los recursos correspondientes al primer bimestre de ese año fiscal-, el IPC fue de 64.77, mientras que el último certificado para la fecha de expedición del presente fallo, esto es, el de marzo de 2016, es de 130.63.

⁵² “Reglas de Asignación de las Participaciones para Sectores Sociales. Las participaciones para sectores sociales se asignarán por los municipios a las actividades indicadas en el artículo precedente, conforme a las siguientes reglas:

1. En educación, el 30%. // 2. En salud, el 25%.// 3. En agua potable y saneamiento básico, el 20%, cuando no se haya cumplido la meta de cobertura de un 70% de la población con Agua Potable. Según concepto de la Oficina Departamental de Planeación o de quien haga sus veces se podrá disminuir este porcentaje, cuando se acredite el cumplimiento de metas mínimas y destinarlo a las demás actividades. // 4.- En educación física, recreación, deporte, cultura, y aprovechamiento del tiempo libre, el 5%.// 5.- En libre inversión conforme con los sectores señalados en el artículo precedente, el 20%.// 6.- En todo caso a las áreas rurales se destinará como mínimo el equivalente a la proporción de la población rural sobre la población total del respectivo municipio, tales porcentajes se podrán variar previo concepto de las oficinas departamentales de planeación.// En

municipio, un cierto porcentaje podía destinarse libremente. En ese sentido, Río Iró debe asegurarse de que el monto de la indemnización reconocida a su favor en esta providencia se destine de la misma manera como, de conformidad con la normativa vigente para la época de los hechos, explicada ampliamente, debían destinarse los ingresos percibidos por la participación en los ingresos corrientes de la Nación, esto es, deben dirigirse a las actividades legalmente consagradas, en los porcentajes establecidos, todo ello en función de la categoría que el municipio ostentara en enero de 2001⁵³, so pena de las responsabilidades fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar.

12.2. En este orden de ideas y con miras a que se ejerza el control fiscal respectivo, la Sala ordenará remitir una copia de esta providencia a la Contraloría Departamental del Chocó⁵⁴.

V. Costas

13. El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 establece que se condenará en costas a la parte que hubiere actuado en forma temeraria. En el presente caso la Sala no observa comportamiento temerario en las actuaciones procesales de los intervinientes dentro del presente trámite, razón por la cual no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

aquellos municipios donde la población rural represente más del 40% del total de la población deberá invertirse adicionalmente un 10% más en el área rural.// 7.- Adicionado por el art. 12 de la Ley 549 de 1999, así: En cubrimiento de los pasivos pensionales de la respectiva entidad a través del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Públicas Territoriales Fonpet, para lo cual se destinará el incremento porcentual previsto por la Constitución Política a partir del año 2000”.

⁵³ Para lo cual se hace necesario que, en términos similares a lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 60 de 1993 –supra pie de página 19-, realice un plan de inversiones para la destinación del monto percibido por esta indemnización y siga con detalle la ejecución de las mismas.

⁵⁴ El artículo 272 de la Constitución Política establece que la vigilancia de la gestión fiscal de los municipios en que no haya contralorías municipales corresponde a las contralorías departamentales.

REVOCAR la sentencia de 11 de diciembre de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó y, en su lugar, se dispone:

PRIMERO. DECLARAR al departamento del Chocó administrativa y patrimonialmente responsable por el daño causado al municipio Río Iró consistente en haber dejado de percibir los recursos que le habrían correspondido por concepto de la participación en los ingresos corrientes de la Nación en el primer bimestre del año 2001 como consecuencia en la demora incurrida al informar sobre su creación.

SEGUNDO. CONDENAR al departamento del Chocó a pagar al municipio Río Iró la suma de doscientos noventa millones ochocientos cincuenta mil doscientos cuarenta y cuatro pesos con veintisiete centavos \$ 290 850 244,27; suma de la que debe disponer de conformidad con lo expuesto en el párrafo 12.1 de esta providencia, so pena de las responsabilidades fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar.

TERCERO. REMITIR copia de esta providencia a la Contraloría Departamental del Chocó, con el fin de que se ejerza el control fiscal respectivo.

CUARTO. Cúmplase lo dispuesto en este fallo, en los términos indicados en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

QUINTO. Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Sala

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado