

FONDOS DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCION DE INGRESOS – La creación le corresponde al concejo municipal / ALCALDE – No esta dentro de sus funciones presentar el proyecto de creación del fondo de solidaridad y redistribución de ingresos / CONCEJO MUNICIPAL – Obligación de crear el fondo de solidaridad y redistribución de ingresos

En consecuencia, es claro y no admite discusión el hecho de que la obligación de crear los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos corresponde al Concejo Municipal, según las mismas normas que sirvieron a la Procuraduría General de la Nación para la imposición de la sanción. Y ni esas normas ni aquellas que señalan las funciones de los alcaldes, establecen la obligación para el alcalde de presentar el proyecto para la creación del fondo de solidaridad y redistribución de ingresos. Sin embargo, hecha de menos la Sala, el estudio sobre el carácter de dicho acuerdo o la necesidad del mismo, que hicieran hacer la obligación para el alcalde, por considerarlo conveniente, de presentarlo a consideración del Concejo Municipal, siendo en cambio, obligación de estas Corporaciones la creación de los fondos referidos. Lo anterior, por cuanto de dicha norma se deduce que en la decisión de cuáles proyectos debe presentar el Alcalde, existe un componente subjetivo y en consecuencia debía establecerse en qué medida la creación de dicho Fondo contribuiría al “desarrollo económico y social” del municipio o era necesario para la “buena marcha de la administración” y si existía la posibilidad a través de las fuentes que componen los recursos de dicho Fondo de obtener recursos para el otorgamiento de los subsidios y obtener así los efectos pretendidos por la norma.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., diciembre siete (7) de dos mil once (2011).

Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00038-00(0321-10)

Actor: MARIO MANUEL MENDOZA NEGRETE

Demandado: PROCURADURIA PROVINCIAL DE FUSAGASUGA Y REGIONAL DE CUNDINAMARCA

Llegado el momento de decidir y no observando causal de nulidad que invalide la actuación, procede la Sala a dictar sentencia, previos los siguientes:

ANTECEDENTES

Mario Manuel Mendoza Negrete, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, demandó de esta Corporación, la nulidad de la Resolución No. 007 de Julio 27 y de la decisión de segunda

instancia de 15 de diciembre de 2005, proferidas por la Procuraduría Provincial de Fusagasugá y Regional de Cundinamarca, mediante las cuales fue sancionado con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de un (1) mes.

A título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Procuraduría General de la Nación dejar sin efectos las decisiones sancionatorias y oficiar a la misma entidad para que se hagan las anotaciones correspondientes.

Como hechos en que sustenta sus pretensiones, señala:

El actor fue elegido Alcalde del Municipio de Tibacuy (Cundinamarca), para el periodo constitucional 2001 a 2003.

Durante el periodo de gobierno se abstuvo de presentar a consideración del Concejo Municipal el proyecto de acuerdo sobre la creación del Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos que trata el artículo 89 de la Ley 142 de 1994, razón por la cual la Procuraduría General de la Nación, lo sancionó con suspensión en el ejercicio de su cargo por el término de un mes, por considerar que el actor había incurrido en el cumplimiento de sus funciones.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

- Constitución Política: artículos 29.
- Ley 734 de 2002: artículo 28 numeral 1º y 5º.
- Ley 142 de 1994, artículo 89.

La Procuraduría General de la Nación no realizó el análisis de los argumentos presentados en audiencia, toda vez que no abordó lo atinente a la antijuridicidad material de la conducta investigada, por el contrario, se limitó a declarar la responsabilidad de manera objetiva sin tener en cuenta si la conducta investigada lesionó o puso en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado por la Ley.

En los actos acusados, no se hizo mención a las circunstancias especiales que fueron de conocimiento general, sobre la grave situación de orden público que enfrentó la Administración Municipal del 2001-2003 en la provincia del Sumapaz, que obligó a los Alcaldes a atender sus despachos desde Bogotá, impidiéndoles gobernar de manera oportuna y eficiente, razones que de conformidad con el artículo 28 numeral 1º de la Ley 734 de 2002, lo exoneran de responsabilidad por fuerza mayor.

No se estudió lo relativo a la aplicación del principio in dubio Pro disciplinario y la petición subsidiaria de exoneración de responsabilidad al demandante, ya que actuó con la convicción errada e invencible que su conducta no constituía falta disciplinaria.

Señala que en el Municipio de Tibacuy no existe estratificación, y por lo mismo no creo el fondo de solidaridad y redistribución de ingresos de que trata el artículo 89 de la Ley 142 de 1994, según la cual su creación compete a los Concejos Municipales, a iniciativa del Alcalde, pero sólo en aquellos casos en los cuales el ente territorial disponga de estratos 5 y 6, pues si no existen, no hay sujetos pasivos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Procuraduría General de la Nación, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, por las siguientes razones:

Las pruebas allegadas al proceso fueron debidamente valoradas y analizadas, y condujeron a establecer la responsabilidad del actor, imponiéndole la respectiva sanción. Diferente es, que las argumentaciones subjetivas de la defensa carecieran de fundamento legal y probatorio.

La investigación disciplinaria se ajustó al ordenamiento Constitucional y legal, especialmente en cuanto se refiere al agotamiento de cada una de las etapas procesales, al otorgamiento de las oportunidades de ley para controvertir las pruebas y con respeto por los derechos de defensa y debido proceso.

Los actos acusados dieron respuesta a los argumentos presentados por la defensa dentro del proceso disciplinario, igualmente analizó el principio de antijuricidad y el bien jurídico tutelado y el daño, fueron correctamente estudiados y analizados, conforme a los conceptos enviados por la Superintendencia.

Por último, propuso las excepciones de inepta demanda, insuficiencia de poder y carencia de litis consorcio necesario.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación solicitó acceder a las pretensiones de la demanda con fundamento en lo siguiente:

De conformidad con el artículo 99 numeral 8 de la Ley 142 de 1994, la creación de los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos corresponde al Concejo Municipal, pues dentro de las funciones que la ley asigna a los alcaldes, no se encuentra la de crear los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos.

En efecto, de conformidad con el artículo 4º del Decreto 565 de 1996, "Por el cual se reglamenta la Ley 142 de 1994, en relación con los fondos de solidaridad y redistribución de ingreso del orden departamental, municipal y distrital para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo" dispone que deben ser creados por el Concejo Municipal.

En el sub judice quedó demostrado que el municipio de Tibacuy presta directamente los servicios de acueducto, aseo y alcantarillado, que el mismo no presenta superávit, y que no existen usuarios de inmuebles residenciales de los estratos 5 y 6 o usuarios de sectores industriales y comerciales, que estén obligados a subsidiar a los estratos bajos.

En consecuencia el demandante no estaba obligado a presentar al Concejo Municipal el proyecto de acuerdo para la creación del Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos del Municipio de Tibacuy, Cundinamarca.

Para resolver, se

CONSIDERA

Antes de entrar al estudio sobre el fondo del asunto, se procede a resolver las excepciones, propuestas por la entidad demandada.

La excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de estimación de la cuantía, no está llamada a prosperar, por cuanto examinado el libelo, se observa que el actor no tiene pretensiones económicas, simplemente a título de restablecimiento del derecho pretende que se dejen sin efectos las decisiones sancionatorias y que se hagan las desanotaciones de rigor y en consecuencia, no había cuantía que estimar. Por tal razón la demanda se presentó en debida forma.

Considera igualmente la entidad demandada, que el poder es insuficiente, por cuanto en él no se señaló la acción.

... Sobre esta excepción la Sala estima que al conferir poder el actor señaló en forma clara y precisa la acción a seguir; no siendo otra que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como se puede apreciar en el poder otorgado.

Frente a la **Carencia de litis consorcio necesario**. Hace énfasis que los actos demandados, estarían cambiando la situación jurídica de los sancionados y de los absueltos.

Para la Sala la excepción no prospera porque a pesar de haberse demandado la totalidad de los actos acusados, el actor en la demanda hace simplemente alusión a su caso en particular y a los actos que afectaron su conducta, sin que cambie la situación jurídica de otros, por cuanto el fallo solo tendría efecto inter partes.

Ahora bien, examinados los actos acusados y la demanda, se concluye que el problema jurídico se centra en establecer en primer lugar, en quien radica la competencia para la creación de los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos, para de allí determinar si el alcalde demandado era el responsable de tal actuación y al omitirla incurrió en incumplimiento de sus deberes, por no presentar los proyectos que considera convenientes para la buena marcha de la administración.

Para efecto de decidir, se tiene lo siguiente:

1. Competencia para la creación de los Fondos de Solidaridad y Redistribución de ingresos.

Considera el actor que la creación del Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos de que trata la Ley 142 de 1994 y el Decreto 565 de 1996, corresponde a los Concejos Municipales, y que excepcionalmente el Alcalde puede presentar la iniciativa para ese efecto, cuando el ente territorial cuente con estratos 5 y 6 que puedan subsidiar los servicios domiciliarios de los estratos 1 y 2.

Según los actos acusados, la Procuraduría General de la Nación, fundamentó su decisión en el artículo 368 de la Constitución Política, en concordancia con lo señalado en los artículos 89 y 4 de la Ley 142 de 1994 y del Decreto 565 de 1996, respectivamente norma de las cuales concluyó que es obligación legal del Alcalde presentar el proyecto de creación del Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos ante el Concejo Municipal, para su respectiva aprobación por medio de Acuerdo.

Textualmente, los actos demandados, concluyeron:

“(...) según lo ordenado por el artículo 368 Constitucional, concordante con lo señalado en la Ley 142 de 1994, y el Decreto 565 de 1996, se concluye: que los alcaldes tenían la obligación legal de presentar ante el Concejo Municipal el proyecto de Acuerdo para la creación del Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos y, correlativamente, el Concejo la de aprobar y expedir el Acuerdo respectivo.”

Las normas que sirvieron de fundamento a los actos acusados, disponen:

Artículo 368 de la C.P.

La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán **conceder subsidios**, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas. (Se subraya)

Artículo 89 de la ley 142 de 1994.

APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCIÓN DE INGRESOS. Las comisiones de regulación exigirán gradualmente a todos quienes prestan servicios públicos que, al cobrar las tarifas que estén en vigencia al promulgarse esta Ley, distingan en las facturas entre el valor que corresponde al servicio y el factor que se aplica para dar subsidios a los usuarios de los estratos 1 y 2. Igualmente, definirán las condiciones para aplicarlos al estrato 3.

Los concejos municipales están en la obligación de crear "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos", para que al presupuesto del municipio se incorporen las transferencias que a dichos fondos deberán hacer las empresas de servicios públicos, según el servicio de que se trate, de acuerdo con lo establecido en el artículo 89.2 de la presente Ley. Los recursos de dichos fondos serán destinados a dar subsidios a los usuarios de estratos 1, 2 y 3, como inversión social, en los términos de esta Ley. A igual procedimiento y sistema se sujetarán los fondos distritales y departamentales que deberán ser creados por las autoridades correspondientes en cada caso. (Se subraya)

La ley 142 de 1994, en el tema del fondo de solidaridad y redistribución de ingresos, fue reglamentada por el Decreto 565 de 1996, en el que se definió, entre otros, el objeto del subsidio, sus beneficiarios, la naturaleza de dichos fondos, etc.

Ahora bien, el acto acusado, señaló:

... Ahora bien, hay que diferenciar los subsidios a que se refiere la norma en estudio de los subsidios de naturaleza presupuestal y de transferencias previstos también en la Ley 142 de 1994 regulados por la Ley 60 de 1993, la Ley 223 de 1995 y la Ley 44 de 1990. De tal suerte que se denomina contribución de solidaridad el factor que las empresas incluyen dentro de la factura, y cuyo sujeto pasivo son los estratos 5 y 6, al igual que el sector industrial y comercial, factor que está dirigido de manera específica a subsidiar el costo del consumo de los usuarios de los estratos 1, 2 y 3. Al paso que los subsidios presupuestales son aquellos que las entidades territoriales proveen, dentro del criterio de racionalidad del gasto y de conformidad con el situado fiscal que les corresponde, a fin de fomentar el sector de los servicios públicos domiciliarios y otorgar subsidios estatales a los usuarios de los servicios respectivos.

En tales condiciones se tiene que el artículo 89 de la Ley 142 de 1994 alude a los primeros...

Con fundamento en el anterior, que corresponde a la transcripción de un concepto emitido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, concluyó:

...

Del concepto antes transcrito, y según lo ordenado por el artículo 368 Constitucional, concordante con lo señalado en la Ley 142 de 1994, y el Decreto 565 de 1996, se concluye: Que los alcaldes tenían la obligación de presentar ante el Concejo Municipal el proyecto de acuerdo para la creación del fondo de solidaridad y redistribución de ingresos y, correlativamente, el Concejo la de aprobar y expedir el acuerdo respectivo.

...

Y en relación con la conducta del actor, expresó lo siguiente:

Respecto del señor MARIO MANUEL MURILLO MENDOZA NEGRETE se tiene que dentro del material probatorio allegado al informativo no se logró desvirtuar el cargo endilgado, dado que según lo indicó el mismo, no consideró prudente crear dicho fondo por cuanto el municipio sólo contaba con estratos 1, 2 y 3, no conocía cuánto le costaba al municipio prestar el servicio de un metro cúbico de agua al igual que el valor de una tonelada de disposición de residuos sólidos.

...

De lo antes indicado este despacho advierte que el Señor MENDOZA no tiene conocimiento sobre la materia y específicamente que la ley lo que ordena es crear, en la práctica, una cuenta aparte especial donde deben depositarse los dineros que lleguen por diferentes vías; por solidaridad, en algunos casos, y por redistribución entre otros con el fin de manejar dichos recursos en forma independiente, para efectos del control sobre dichos dineros y sobre la información que dichas cuentas arrojen, para efectos de las funciones que tiene a su cargo la superintendencia de servicios públicos, como lo señala la Ley 142 de 1994, y como se indica en el oficio dirigido al señor Procurador General de la Nación, cuya copia fue enviada a los alcaldes, documento este que dio origen a la presente actuación.

En consecuencia, es claro y no admite discusión el hecho de que la obligación de crear los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos corresponde al Concejo Municipal, según las mismas normas que sirvieron a la Procuraduría General de la Nación para la imposición de la sanción.

Y ni esas normas ni aquellas que señalan las funciones de los alcaldes, establecen la obligación para el alcalde de presentar el proyecto para la creación del fondo de solidaridad y redistribución de ingresos.

Es decir, que el acto acusado se fundamentó en normas que imponen la obligación al Concejo Municipal de crear el fondo, pues no existe una norma específica que en relación con el mismo le imponga la obligación de tener la iniciativa para su creación.

Es cierto que el artículo 315 de la Constitución Política, señala como atribuciones del alcalde, entre otras:

5. Presentar oportunamente al Concejo los proyectos de acuerdo sobre planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas, presupuesto anual de rentas y gastos y los demás que estime convenientes para la buena marcha del municipio.

Sin embargo, hecha de menos la Sala, el estudio sobre el carácter de dicho acuerdo o la necesidad del mismo, que hicieran hacer la obligación para el alcalde, por considerarlo conveniente, de presentarlo a consideración del Concejo Municipal, siendo en cambio, obligación de estas Corporaciones la creación de los fondos referidos.

En consecuencia, considera la Sala que asiste razón al agente del Ministerio Público al expresar:

No indica las normas correspondientes que deba mediar al iniciativa del alcalde y, al tenor de lo previsto en ellas, son los concejos municipales los entes que están en la obligación de crear fondos de solidaridad y redistribución de ingresos...

De manera pues que no bastaba con señalar incumplimiento de un deber, que por cierto sólo tomaba esa connotación si el proyecto referido tenía el impacto de que trata el artículo 315 de la C.P.

Lo anterior, por cuanto de dicha norma se deduce que en la decisión de cuáles proyectos debe presentar el Alcalde, existe un componente subjetivo y en consecuencia debía establecerse en qué medida la creación de dicho Fondo contribuiría al “desarrollo económico y social” del municipio o era necesario para la “buena marcha de la administración” y si existía la posibilidad a través de las fuentes que componen los recursos de dicho Fondo de obtener recursos para el otorgamiento de los subsidios y obtener así los efectos pretendidos por la norma.

En consecuencia, se accederá a las pretensiones de la demanda, por cuanto la norma que sirvió de fundamento para la imposición de la sanción, no contempla en forma expresa la obligación del Alcalde Municipal de presentar el proyecto para la creación del Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

ACCÉDASE a las pretensiones de la demanda presentada por el señor MARIO MANUEL MENDOZA NEGRETE contra la Procuraduría General de la Nación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En su lugar se dispone,

DECLÁRESE LA NULIDAD de la Resolución No. 007 de julio 27 y la decisión de segunda instancia del 15 de diciembre de 2005, proferidas por la Procuraduría Provincial de Fusagasugá y Regional de Cundinamarca, mediante las cuales se sancionó al señor MARIO MANUEL MENDOZA NEGRETE con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de un (1) mes.

ORDÉNESE a la Procuraduría General de la Nación cancelar las anotaciones disciplinarias que hubiera efectuado en los correspondientes registros administrativos, como consecuencia del cumplimiento de las resoluciones que se declaran nulas, en lo atinente a la sanción impuesta al demandante.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada, **ARCHÍVESE** el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCON

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO