



## DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

## RESOLUCIÓN NÚMERO 0417 DE 2012

( 13 MAR 2012 )

Por la cual se resuelve la solicitud de revocatoria directa presentada por el Departamento del Cauca, en contra de la Resolución No. 2419 de noviembre 16 de 2011

**LA DIRECTORA DE REGALÍAS DEL DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN ACTUANDO COMO LIQUIDADORA DEL FONDO NACIONAL DE REGALÍAS,**

De conformidad con lo señalado en el artículo 135 del Decreto Ley 4923 de 2011 y las atribuciones conferidas en los artículos 3 y 5 numeral 5º del Decreto 4972 de 2011, y de acuerdo con los siguientes:

**HECHOS:**

Que la Subdirección de Procedimientos Correctivos de la Dirección de Regalías del Departamento Nacional de Planeación inició el procedimiento administrativo correctivo identificado con radicación PAC-23-05, contra el Departamento del Cauca, por irregularidades en la ejecución de los recursos del Fondo Nacional de Regalías en Liquidación, transferidos para financiar los proyectos FNR 7019 "Mejoramiento, pavimentación y apertura de la vía La Lupa – Santo Domingo, variante Boquerón – Bolívar en sus 16 km municipio de Bolívar, Departamento del Cauca", aprobado mediante Resolución No. 1-020 de 23 de diciembre de 1999 y FNR 15496 "Mejoramiento de la vía Santander – La Balsa – Timba, sector k17+000 al k21+200 en los municipios de Buenos Aires y Suárez, Departamento del Cauca", aprobado mediante Resolución No. 1-048 de 28 de diciembre de 2001.

Que mediante Actos Administrativos No. DR-SPC-00148-06 del 20 de abril de 2006, DR-SPC-20071530000639 del 12 de marzo de 2007, DR-SPC-20101530011019 del 20 de agosto de 2010 y DR-SPC-20101530011189 del 25 de agosto de 2010, la Subdirección de Procedimientos Correctivos de la Dirección de Regalías del Departamento Nacional de Planeación formuló cargos al Departamento del Cauca por presuntas irregularidades en el manejo de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Regalías en Liquidación destinados a financiar los proyectos FNR 7019 y FNR 15496.

Que la citada entidad territorial presentó escritos de descargos, mediante oficios con radicado interno No.1439 de 12 de mayo de 2006, 2007-663-009452-2 de abril 11 de 2007 y 2010-663-045248-2 del 11 de noviembre de 2010.

Que mediante auto No. DR-SPC-20061530004889 de diciembre 4 de 2006 se decretó y ordenó la práctica de pruebas. El Departamento del Cauca no remitió las pruebas solicitadas.

Que con actos administrativos Nos. DR-SPC-20081530009499 de agosto 28 de 2008 y DR-SPC-20091530002079 del 24 de abril de 2009, la Subdirección de Procedimientos Correctivos de la Dirección de Regalías del Departamento Nacional de Planeación, decretó pruebas adicionales respecto de la ejecución de los proyectos FNR 7019 y FNR 15496, decisión comunicada al representante legal del Departamento, mediante oficios Nos. DR-SPC-20081530557081 de agosto 28 de 2008 y DR-SPC-20091530357021 del 24 de abril de 2009.

Que en respuesta al señalado requerimiento, el Departamento del Cauca, remitió las pruebas solicitadas el 18 de octubre de 2008 con oficios radicados Nos. 2008663029346-2 y 2008663030219-2, en tanto que el Banco BBVA, regional Popayán, no remitió las pruebas decretadas, en relación con el FNR 15496.

Continuación de la Resolución por la cual se resuelve la solicitud de revocatoria directa presentada por el Departamento del Cauca, en contra de la Resolución No. 2419 de noviembre 16 de 2011.

Que la actuación administrativa identificada con radicación PAC-23-05, concluyó con la expedición de la Resolución No. 2419 de 16 de noviembre de 2011, por la cual se declararon probadas unas irregularidades en la utilización de recursos del Fondo Nacional de Regalías en Liquidación asignados al Departamento del Cauca, para financiar el proyecto FNR 7019. La decisión adoptada fue la siguiente:

**"RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO:** Declarar que el Departamento del Cauca incurrió en ejecución negligente, desviación de recursos y ejecución con destinación diferente a la permitida por la ley respecto de los recursos del Fondo Nacional de Regalías asignados al proyecto FNR 7019, toda vez que no cumplió con el alcance establecido para el mismo, no reintegró la totalidad de los rendimientos financieros generados y permitió el cobro de los gravámenes a movimientos financieros y la retención en la fuente debitados por el Banco Ganadero (hoy BBVA) en la cuenta corriente No. 721-00811-8 en la que se manejaron los recursos del Fondo asignados al proyecto.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Declarar que el Departamento del Cauca, no incurrió en la irregularidad relacionada con la ejecución negligente de recursos del Fondo Nacional de Regalías asignados al proyecto FNR 15496, con destinación diferente a la permitida por la ley y autorizada en el acto de aprobación, por cuanto no se excedió el porcentaje legal máximo establecido en las normas de regalías para el pago de la interventoría técnica del proyecto.

**ARTÍCULO TERCERO:** Declarar que el Departamento del Cauca, no incurrió en la retención indebida de recursos del Fondo Nacional de Regalías transferidos para financiar el proyecto FNR 15496, toda vez que se comprobó que los recursos girados fueron ejecutados en su totalidad en dicho proyecto.

**ARTÍCULO CUARTO:** Ordenar al Departamento del Cauca, el reintegro de DOS MIL VEINTICUATRO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MIL SETECIENTOS DIECINUEVE PESOS CON DOCE CENTAVOS M/CTE (\$2.024.972.719,12), por concepto de recursos no ejecutados dentro del proyecto; CIENTO TREINTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS VEINTE MIL CIENTO SESENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$136.220.165,00) por concepto de rendimientos financieros generados de las asignaciones del Fondo Nacional de Regalías no reintegrados, y DIEZ MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS CUARENTA PESOS M/CTE (\$10.868.940,00) por gravámenes a movimientos financieros y retención en la fuente por parte del Banco Ganadero (hoy BBVA) a los recursos del Fondo Nacional de Regalías asignados al proyecto FNR 7019.

**ARTÍCULO QUINTO:** Ordenar que los reintegros señalados en el artículo anterior, se realicen en la cuenta corriente No. 302300000999 del Banco Agrario de Colombia, autorizada para el efecto, a nombre de la Dirección General del Tesoro Nacional y Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta decisión.

**ARTÍCULO SEXTO:** Informar al Consejo Asesor de Regalías sobre la comprobación de la irregularidad señalada en el artículo primero de la presente Resolución, en relación con el Departamento del Cauca. Hasta tanto no se realice el reintegro de los mencionados recursos, se dará aplicación a lo establecido en el artículo 7° del Decreto 416 de 2007.

**ARTÍCULO SÉPTIMO:** Notificar la presente resolución al representante legal del Departamento del Cauca, de conformidad con lo establecido en los artículos 44 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, advirtiéndole que contra ella procede el recurso de reposición ante el Director del Departamento Nacional de Planeación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la notificación.

**ARTÍCULO OCTAVO:** Remitir copia de la presente resolución, una vez ejecutoriada, a la Contraloría General de la República, Procuraduría General de la Nación y Fiscalía General de la Nación (...)"

Que la citada Resolución, fue notificada personalmente a GUILLERMO ALBERTO GONZÁLEZ MOSQUERA, identificado con cédula de ciudadanía No. 4.608.219 de Popayán (Cauca), Gobernador del Departamento del Cauca, el 16 de noviembre de 2011, en las instalaciones del Departamento Nacional de Planeación.

Que mediante comunicación radicada bajo el número 2011-663-045512-2 de 14 de diciembre de 2011, GUILLERMO ALBERTO GONZÁLEZ MOSQUERA, en su calidad de Representante Legal del Departamento del Cauca, presentó solicitud de revocatoria directa, como recurso extraordinario, en contra de la Resolución No. 2419 de 16 de noviembre de 2011.

Continuación de la Resolución por la cual se resuelve la solicitud de revocatoria directa presentada por el Departamento del Cauca, en contra de la Resolución No. 2419 de noviembre 16 de 2011.

#### FUNDAMENTOS DEL RECORRENTE:

Los argumentos que apoyan la solicitud de revocatoria directa, como recurso extraordinario, presentada por el representante legal de la entidad territorial, son los siguientes:

*“Es así, como la Asociación de Municipios, asumió la obligación contractual de ejecutar los recursos otorgados para el ‘Mejoramiento, pavimentación y apertura de la vía la Lupa – Boquerón – Bolívar en sus 16 Km municipio de Bolívar, Departamento del Cauca’, toda vez que si bien fueron otorgados y recibidos por el Departamento del Cauca a través del FNR 7019, éste los entregó de manera efectiva, real y cierta a la Asociación de Municipios con quien había suscrito el convenio en mención.*

*(...) Al generarse la relación jurídica contractual señalada, se generó para ASOMAC la obligación inherente de cumplir o devolver los recursos entregados en igual forma, a la luz de la condición resolutoria tácita que resulta inmersa en todo contrato bilateral, y las disposiciones de la ley (sic) 80 de 1993, situación que llevo (sic) al Departamento a ejercer los múltiples requerimientos, actuaciones administrativas, judiciales y ante los órganos de control, con el fin de obtener la recuperación de los dineros, tal como se aportó (sic) con los diferentes documentos dentro del proceso correctivo, en donde reposa el recaudo probatorio suficiente que demuestra que el Departamento del Cauca, no asumió una conducta negligente en la ejecución de los recursos, toda vez que quien finalmente debía ejecutarlos a la luz del convenio suscrito era la Asociación de Municipios, de acuerdo al clausulado expreso en el mismo y las normas vinculantes.*

*(...) Estipulación contractual que permite demostrar sin lugar a dudas que el Departamento del Cauca suscribió el convenio interadministrativo con una persona de derecho público, que entrego (sic) de manera efectiva y directa los dineros para el objeto y fin del proyecto aprobado, sin que mediara por parte del Departamento del Cauca, ningún ejercicio administrativo tendiente a destinar dichos recursos a actividad diferente o ha (sic) impulsar su ejecución negligente; es indiscutible que quién (sic) no ejecutó los recursos en debida forma, quién (sic) dio una destinación diferente fue la Asociación de Municipios del Macizo Colombiano, por tal motivo y razón resultan infundados los cargos y sanciones señaladas en la Resolución 2419 de 2011 contra la Entidad Territorial, pues las mismas resultan ajenas a la realidad material y procesal.*

*(...) Pese al acervo probatorio existente y las solicitadas en debida forma desde el expediente PAC-23-05, el investigador desconoce que el responsable de la ejecución del proyecto por el convenio suscrito era ASOMAC, y por tanto, mal podría generarse una sanción de ejecución negligente a quien no asumió dicha función, consideramos que por la relación jurídica sustancial, se debió vincular al presente trámite a ASOMAC, quien de acuerdo al material probatorio resulta ser la parte incumplida y por lo tanto, sobre quien debe recaer cada una de las situaciones señaladas en la resolución o que determinan la absolución de responsabilidad a cargo del Departamento.*

*(...) Es decir, el investigador obra de manera lineal contra el Departamento del Cauca, sin observar que los dineros fueron entregados a una persona de derecho público con fundamento en un convenio interadministrativo y denota la conducta de ejecutor al Departamento del Cauca, quien no asumió dicha calidad como consecuencia del convenio en mención. Al no revisar la situación planteada se genera una vía de hecho por indebida valoración probatoria y por tanto se vulnera el debido proceso.”*

#### CONSIDERACIONES DE LA DIRECCIÓN DE REGALÍAS DEL DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN:

Considera el solicitante que el convenio interadministrativo suscrito entre el Departamento del Cauca y la Asociación de Municipios del Macizo Colombiano traslada a esta última la responsabilidad sobre el adecuado uso que debió darse a los recursos provenientes del Fondo Nacional de Regalías en Liquidación. Este argumento debe ser desestimado, por las razones que se exponen a continuación.

Tanto el artículo 9 del Decreto 620 de 1995, como el numeral 2 de la cláusula cuarta del Convenio interadministrativo No. 528 de 14 de diciembre de 2001, para el correcto manejo de los recursos para financiar proyectos con dineros del Fondo Nacional de Regalías en Liquidación, suscrito entre la Comisión Nacional de Regalías y el Departamento del Cauca, son claros al imponer a la entidad territorial la obligación de ejecutar tales recursos de conformidad con el acto de aprobación del proyecto, en los siguientes términos:

Continuación de la Resolución por la cual se resuelve la solicitud de revocatoria directa presentada por el Departamento del Cauca, en contra de la Resolución No. 2419 de noviembre 16 de 2011.

*Decreto 620 de 1995. Artículo 9. De conformidad con sus funciones, la Comisión Nacional de regalías vigilará por sí misma o comisionará a otras entidades públicas o privadas, para que la utilización de las asignaciones de recursos, provenientes del Fondo Nacional de Regalías, a que tienen derecho las entidades territoriales, se ajusten a lo prescrito en la Constitución Política, en la Ley 141 de 1994 y a los términos de aprobación y de asignación de los recursos. (Resaltado no pertenece al texto original).*

*Convenio No. 528. CLÁUSULA CUARTA. OBLIGACIONES DEL EJECUTOR. En virtud de este convenio el ente ejecutor se obliga a:*

*(...) 2) Recibir e invertir correctamente los recursos provenientes de (sic) FNR dando estricto cumplimiento a las condiciones financieras y técnicas establecidas en el acto aprobatorio del respectivo proyecto, así como a las normas de Regalías, presupuestales y de contratación estatal y demás normas concordantes. (Resaltado no pertenece al texto original).*

En los términos del convenio interadministrativo No. 528 del 14 de diciembre de 2001, la Gobernación del Cauca, representada legalmente por el Señor FLORO ALBERTO TUNUBALA PAJA, ostenta la calidad de ejecutor de los recursos del Fondo Nacional de Regalías, como se reseña a continuación:

*(...)  
y el señor **FLORO ALBERTO TUNUBALA PAJA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 10.531.840 de Popayán, Cauca, representante legal de la Gobernación del Cauca, posesionado según Acta del 2 de enero de 2001 Actuando (sic) en calidad de representante legal como ente ejecutor, y quien en adelante se denominará EJECUTOR, entidad pública ejecutora del proyecto **FNR-7019**, el cual fue aprobado de conformidad con la Resolución No. 1-020 del 23 de diciembre de 1999 (...) (Resaltado pertenece al texto original).*

Fue la Gobernación del Cauca la entidad que presentó el proyecto ante la Comisión Nacional de Regalías y fue esta misma la beneficiaria de los mencionados recursos.

Se evidencia que la responsabilidad asumida por el Departamento del Cauca, con la suscripción del mencionado convenio, fue de naturaleza objetiva y en desarrollo del principio del "pacta sunt servanda", y dado que el Departamento Nacional de Planeación asumió las funciones de la Comisión Nacional de Regalías – Entidad Liquidada – pueden hacerse exigibles las obligaciones adquiridas por la entidad territorial en el convenio, como es la de exigir el reintegro de los recursos no ejecutados dentro del proyecto. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993.

El Departamento del Cauca, es el único responsable de la ejecución, destinación y manejo de los recursos del Fondo Nacional de Regalías asignados para la realización del proyecto FNR 7019, como también de la destinación que debió darse a dichos recursos una vez fueron girados, lo que comprende el deber de financiar el proyecto beneficiario de la asignación con sujeción a los términos y condiciones detallados en la ficha EBI y el convenio interadministrativo No. 528 de 14 de diciembre de 2001.

Entre la Comisión Nacional de Regalías y el Departamento del Cauca no existió ningún acuerdo de voluntades posterior al contenido en el convenio No. 528 de 2001, que modificara las condiciones inicialmente pactadas, razón por la cual los contratantes tienen la obligación de cumplir con lo acordado.

Que el Departamento del Cauca se obligó a recibir e invertir correctamente los recursos del Fondo Nacional de Regalías. Contratar con un tercero la ejecución de las obras requeridas para el cumplimiento del proyecto aprobado por la Comisión Nacional de Regalías no satisface la obligación.

La condición de persona jurídica de derecho público de la Asociación de Municipios del Macizo Colombiano de ninguna manera supone la modificación de los términos y condiciones en que debió ejecutarse el proyecto aprobado a la entidad territorial. Adicionalmente, no existe ni existió ningún tipo de vínculo legal ni contractual entre la Unidad Administrativa Especial – Comisión Nacional de Regalías y la Asociación de Municipios del Macizo Colombiano, razón por la cual el Departamento Nacional de Planeación carece de legitimidad para requerir la devolución de los recursos a la mencionada asociación de municipios.

Continuación de la Resolución por la cual se resuelve la solicitud de revocatoria directa presentada por el Departamento del Cauca, en contra de la Resolución No. 2419 de noviembre 16 de 2011.

Adicionalmente, de conformidad con el artículo 10 de la Ley 141 de 1994<sup>1</sup>, las medidas correctivas se imponen a las entidades territoriales beneficiarias de recursos del Fondo Nacional de Regalías en Liquidación, por ejecución irresponsable o negligente, bien sea de manera directa o a través de contratos a través de terceros.

De otra parte, se incurre en indebida valoración probatoria cuando se dejan de valorar pruebas legalmente allegadas al proceso o cuando en su valoración se desconoce manifiestamente su sentido y alcance.

Para el solicitante *"Pese al acervo probatorio existente y las solicitadas en debida forma desde el expediente PAC-23-05, el investigador desconoce que el responsable de la ejecución del proyecto por el convenio suscrito era ASOMAC, y por tanto, mal podría generarse una sanción de ejecución negligente a quien no asumió dicha función, consideramos que por la relación jurídica sustancial, se debió vincular al presente trámite a ASOMAC, quien de acuerdo al material probatorio resulta ser la parte incumplida y por lo tanto, sobre quien debe recaer cada una de las situaciones señaladas en la resolución o que determinan la absolución de responsabilidad a cargo del Departamento"*.

Al respecto, de conformidad con el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, *"Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos."* La sana crítica puede ser entendida como *"la unión de la lógica y la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos y los psicólogos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento"*<sup>2</sup>

Ni la lógica ni la experiencia permiten concluir que el acuerdo de voluntades perfeccionado por el Departamento del Cauca y la Asociación de Municipios del Macizo Colombiano mediante el convenio No. 002 de 21 de septiembre de 2001 tuvo la capacidad de modificar las condiciones iniciales acordada entre la Unidad Administrativa Especial – Comisión Nacional de Regalías y la entidad territorial.

En primer lugar, porque las partes intervinientes en la celebración del convenio son el Departamento del Cauca y la Asociación de Municipios del Macizo Colombiano. Ninguna injerencia tuvo la Unidad Administrativa Especial – Comisión Nacional de Regalías en la designación de la Asociación como el contratista encargado de realizar el mejoramiento y apertura de la vía la Lupa – Santo Domingo – Variante – Boquerón, en sus 16 kilómetros, municipio de Bolívar – Cauca.

En segundo lugar, no existe en el ordenamiento legal ninguna disposición que traslade a un tercero la responsabilidad sobre el manejo de los recursos del Fondo Nacional de Regalías, por el simple hecho de la suscripción de un convenio interadministrativo.

Por lo anterior, se debe concluir que el Departamento del Cauca incurrió en ejecución negligente, desviación de recursos y ejecución con destinación diferente a la permitida por la ley respecto de los recursos del Fondo Nacional de Regalías en Liquidación asignados al proyecto FNR 7019, no de manera directa, sino a través de la Asociación de Municipios del Macizo Colombiano, contratista seleccionado para la ejecución del proyecto.

En mérito de lo expuesto,

<sup>1</sup> Ley 141 de 1994, Artículo 10. En desarrollo de las facultades de inspección y control sobre la correcta utilización de las regalías y compensaciones la Comisión tendrá las siguientes atribuciones: 3. Ordenar que la ejecución de los proyectos financiados con asignaciones del Fondo se adelante por otras entidades públicas, cuando la entidad territorial beneficiaria de dichas asignaciones, directa o por intermedio de contratos con terceros, esté ejecutando los proyectos en forma irresponsable o negligente sin darle cumplimiento a los términos y condiciones establecidos en el acto de aprobación de las asignaciones.

<sup>2</sup> Couture Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, P. 215

Continuación de la Resolución por la cual se resuelve la solicitud de revocatoria directa presentada por el Departamento del Cauca, en contra de la Resolución No. 2419 de noviembre 16 de 2011.

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO.** Negar la solicitud de revocatoria directa, como recurso extraordinario, presentada por el Señor GUILLERMO ALBERTO GONZÁLEZ MOSQUERA, en su calidad de representante Legal del Departamento del Cauca, contra la Resolución 2419 de 16 de Noviembre de 2011.

**ARTÍCULO SEGUNDO.** Notificar al representante legal del Departamento del Cauca, el contenido de la presente Resolución, conforme a lo establecido en los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo.

**ARTÍCULO TERCERO.** Contra la presente Resolución no procede recurso alguno en la vía gubernativa.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Dada en Bogotá D.C. a los, **13 MAR 2012**

**LA DIRECTORA DE REGALÍAS DEL DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN ACTUANDO  
COMO LIQUIDADORA DEL FONDO NACIONAL DE REGALÍAS,**

  
**AMBARO GARCÍA MONTAÑA**

Proyectó: Ricardo Ramírez

Revisó:

Mónica Isabel Posso del Castillo – Subdirectora de Procedimientos Correctivos.

Martha Xiomara Aguirre - Asesor Especial Grado 9 Dirección de Regalías.

Leonardo Pazos – Jefe Oficina Asesora Jurídica.

Tatiana Mendoza Lara – Secretaría General.

3