

ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL – Reglamentos / ENDEUDAMIENTO TERRITORIAL – Regulación / COLOCACIÓN DE EXCEDENTES DE LIQUIDEZ / EXCEDENTES TRANSITORIOS DE LIQUIDEZ DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES – Inversión. Reglas / EXCEDENTES TRANSITORIOS DE LIQUIDEZ DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES – Inversión. Excepciones / INVERSIÓN DE EXCEDENTES TRANSITORIOS DE LIQUIDEZ DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES – En los Institutos de Fomento y Desarrollo INFIS mientras estos obtienen la calificación de bajo riesgo crediticio. Plazo / INSTITUTOS DE FOMENTO Y DESARROLLO INFIS – Condiciones para la administración de excedentes de liquidez / POTESTAD REGLAMENTARIA EN MATERIA DE LEYES ORGANICAS – Alcance / NORMAS ORGÁNICAS DE PRESUPUESTO - Reglamentación por el Gobierno Nacional / COMPETENCIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA – Para regular las condiciones en que los INFIS podían acceder a la captación, colocación y administración de los excedentes de liquidez de las entidades territoriales / POTESTAD REGLAMENTARIA - No desbordada por el ejecutivo al expedir el Decreto 1525 de 2008

[E]l artículo que sirvió de sustento normativo para dictar las normas reglamentarias acusadas hace parte de una ley orgánica [819 de 2003] que reguló lo concerniente a la materia presupuestal y en este caso en particular, en el artículo 17, se encargó de los excedentes transitorios de liquidez de las entidades territoriales. Contrario a lo manifestado por la parte actora, no era competencia de la asamblea departamental regular las condiciones en que los INFIS podían acceder a la captación, colocación y administración de los excedentes de liquidez de las entidades territoriales a las que estuvieran adscritos, así se tratara de un establecimiento público de carácter territorial, como quiera que dicho asunto ni gira en torno ni guarda relación directa con el funcionamiento propiamente considerado de esos institutos, sino que atiende a una competencia constitucional, de orden presupuestal, prevista por la ley orgánica y cuya potestad reglamentaria le corresponde al Presidente de la República en los términos del numeral 11 del artículo 189 Superior. Por lo tanto, no se observa incompetencia del Presidente de la República para disponer lo pertinente en los parágrafos 5º y 6º, en la medida que no se comprobó la circunstancia según la cual, con las normas acusadas, se dispusieron nuevas funciones a los INFIS, así como tampoco se demostró que, de haber ocurrido, ello constituye un defecto de los actos demandados. A su vez, bajo esas mismas consideraciones, la Sala tampoco encuentra prosperidad a este cargo de falta de competencia funcional, según la segunda perspectiva planteada por el actor, porque del análisis detallado de las disposiciones censuradas no se evidencia la adición o creación de una causal de extinción o supresión de los INFIS, ni con ello la transgresión de los límites a la autonomía y descentralización administrativa de los entes territoriales. El Gobierno Nacional, lejos de incurrir en estas conductas, lo que hizo fue prever una serie de pasos y determinar las medidas necesarias que debían ser adoptadas por aquellos agentes intervinientes en la constitución y perfeccionamiento de los negocios con los recursos provenientes, exclusivamente, de los excedentes de liquidez de las entidades territoriales. Una vez reafirmada por el Ejecutivo, la obligación legal que tienen los INFIS de mantener su calificación de bajo riesgo crediticio para seguir manejando los excedentes de liquidez, lo que no es más que una reiteración de lo ordenado por el parágrafo del artículo 17 de la Ley 819, lo que sigue a continuación son los pasos administrativos que tienen que agotarse en los casos en que esos institutos no obtengan las calificaciones previstas, eventos que por su grado de complejidad, detalle, conocimiento especializado y cotidianeidad, no fueron abarcados por el legislador sino que responden a la necesidad de someterlos al tratamiento del reglamento.

INVERSIÓN DE EXCEDENTES TRANSITORIOS DE LIQUIDEZ DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES – En los Institutos de Fomento y Desarrollo INFIS mientras estos obtienen la calificación de bajo riesgo crediticio. Plazo / INSTITUTOS DE FOMENTO Y DESARROLLO INFIS – Condiciones para la administración de excedentes de liquidez / CALIFICACIÓN DE RIESGO CREDITICIO – Concepto / BAJO RIESGO CREDITICIO – Concepto / BAJO RIESGO CREDITICIO – Para efectos de que los Institutos de Fomento y Desarrollo INFIS administren excedentes de liquidez de las entidades territoriales

Este escrutinio de los antecedentes legislativos del artículo 17 de la Ley 819 le permite a la Sala observar que en la concepción inicial de la norma, no estaban habilitados los INFIS para captar recursos provenientes de los excedentes de liquidez de las entidades territoriales, y que si bien posteriormente lo fueron, exigiéndoseles para ello contar con una calificación solo de grado de inversión, lo cierto es que al final y como resultado del debate en las Comisiones Accidentales de ambas cámaras, al imponerse la visión del Senado sobre la de la Cámara, la disposición se endureció al exigir la calificación de bajo riesgo crediticio. Esto permite concluir, como primera medida, que resulta desacertada la conclusión a la que arriba el actor, luego de su análisis particular de los antecedentes del artículo 17 de la Ley 819, al señalar que el concepto de “bajo riesgo crediticio” corresponde al mismo de “grado de inversión”. Ello no solo es incorrecto sino que no se compadece con la realidad a la que fue sometida la norma y, sobre todo, al espectro más o menos amplio que representa el grado de inversión. [...] Así pues, la Sala observa que el objetivo del artículo 17 de la Ley 819 es exigir que las entidades territoriales, al realizar las inversiones de los excedentes de liquidez en los INFIS, revisen detenidamente el riesgo de sus operaciones, requiriéndoles calificaciones de “bajo riesgo crediticio”, sin que hubiese definido a cuáles correspondían estas, ni su alcance y contenido, tal cual se explicó con anterioridad. [...] Para el caso sub iudice, el Gobierno Nacional dictaminó, con relación a la colocación de excedentes de liquidez en los INFI por parte de las entidades territoriales y descentralizadas del orden territorial con participación pública superior al cincuenta por ciento (50%), que estas podrán mantenerlos allí siempre y cuando aquellos demuestren que tienen la calificación de bajo riesgo crediticio conforme lo establece el parágrafo del artículo 17 de la Ley 819. A renglón seguido, el Gobierno Nacional determinó que ese bajo riesgo crediticio se define en un INFI cuando, por lo menos, tiene la segunda mejor calificación tanto para el largo como el corto plazo, de acuerdo con las escalas vigentes usadas por las sociedades calificadoras.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1525 DE 2008 (9 de mayo) GOBIERNO NACIONAL – ARTÍCULO 49 PARÁGRAFO 4 (No anulado) / DECRETO 1525 DE 2008 (9 de mayo) GOBIERNO NACIONAL – ARTÍCULO 49 PARÁGRAFO 5 (No anulado) / DECRETO 1525 DE 2008 (9 de mayo) GOBIERNO NACIONAL – ARTÍCULO 49 PARÁGRAFO 6 (No anulado) / DECRETO 4471 DE 2008 (26 de noviembre) GOBIERNO NACIONAL (No anulado) / DECRETO 2805 DE 2009 (28 de julio) GOBIERNO NACIONAL – ARTÍCULO 1 (No anulado)

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 189 NUMERAL 11 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 189 NUMERAL 24 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 189 NUMERAL 25 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 300 NUMERAL 7 / LEY 819 DE 2003 – ARTÍCULO 17 / ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA FINANCIERO – ARTÍCULO 268 NUMERAL 2 / DECRETO 1222 DE 1986 – ARTÍCULO 253 / DECRETO 1222 DE 1986 –

ARTÍCULO 263 / DECRETO 1222 DE 1986 – ARTÍCULO 264 / DECRETO 1222 DE 1986 – ARTÍCULO 265 / LEY 489 DE 1998 – ARTÍCULO 68 / LEY 489 DE 1998 – ARTÍCULO 69

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejera ponente: NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Bogotá, D.C., cuatro (4) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-24-000-2009-00639-00

Actor: ASOINFIS

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Referencia: Acción de Nulidad

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD INSTAURADA CONTRA LOS PARÁGRAFOS 4°, 5° Y 6° DEL ARTÍCULO 49 DEL DECRETO 1525 DE 2008, ADICIONADO MEDIANTE EL DECRETO 4471 DE 2008 Y MODIFICADO CON EL DECRETO 2805 DE 2009, EXPEDIDOS POR EL GOBIERNO NACIONAL. LAS NORMAS DEMANDADAS NO FUERON EXPEDIDAS CON FALTA DE COMPETENCIA NI VIOLACIÓN DEL NUMERAL 11 DEL ARTÍCULO 189 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, 17 DE LA LEY 819 DE 2003 NI LOS ARTÍCULOS 2.3.2.1 Y 2.3.2.2 DE LA RESOLUCIÓN NÚM. 400 DE 1995.

Referencia: SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

La Sala decide, en única instancia, la demanda promovida por la **ASOCIACIÓN NACIONAL DE INSTITUTOS FINANCIEROS DE FOMENTO Y DESARROLLO TERRITORIAL**, en adelante **ASOINFIS**, tendiente a obtener la nulidad de los parágrafos 4°, 5° y 6° del artículo 49 del Decreto 1525 de 9 de mayo de 2008¹, el Decreto 4471 de 26 de noviembre de 2008² y el artículo 1° del Decreto 2805 de 28 de julio de 2009³, en cuanto modifica los parágrafos 4°, 5° y 6° del artículo 49 del Decreto 1525 de 2008, expedidos por el Gobierno Nacional.

¹ “[...] Por el cual se dictan normas relacionadas con la inversión de los recursos de las entidades estatales del orden nacional y territorial [...]”.

² “[...] Por el cual se adiciona el artículo 49 del Decreto 1525 de 2008 [...]”.

³ “[...] Por el cual se modifica el artículo 49 del Decreto 1525 de 2008 adicionado mediante el Decreto 4471 de 2008 [...]”.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- ASOINFIS, actuando a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, en adelante CCA, presentó demanda ante esta Corporación, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de los parágrafos 4°, 5° y 6° del artículo 49 del Decreto 1525 de 9 de mayo de 2008⁴, el Decreto 4471 de 26 de noviembre de 2008⁵ y el artículo 1° del Decreto 2805 de 28 de julio de 2009⁶, en cuanto modifica los parágrafos 4°, 5° y 6° del artículo 49 del Decreto 1525 de 2008, expedidos por el Gobierno Nacional.

I.2.- Como fundamentos de hecho manifestó que los Institutos de Fomento y Desarrollo Regional, en adelante INFIS, son establecimientos públicos descentralizados del orden departamental, con personería jurídica, autonomía administrativa, presupuestal y patrimonio propio e independiente, cuyo objeto consiste en la financiación de las actividades de promoción y desarrollo de entidades regionales a través de actividades financieras, previstas en las respectivas leyes, ordenanzas y estatutos internos que los rigen.

Que estas actividades que desarrollan los INFIS por ministerio de la ley, del reglamento y de las ordenanzas departamentales, se orientan, en líneas generales, al impulso y progreso integral, económico, social y cultural del ente territorial al cual pertenecen, a través de operaciones de colocación, captación y administración de recursos públicos, de la prestación de servicios financieros, de asesoría institucional y de la financiación de proyectos locales y regionales.

⁴ “[...] Por el cual se dictan normas relacionadas con la inversión de los recursos de las entidades estatales del orden nacional y territorial [...]”.

⁵ “[...] Por el cual se adiciona el artículo 49 del Decreto 1525 de 2008 [...]”.

⁶ “[...] Por el cual se modifica el artículo 49 del Decreto 1525 de 2008 adicionado mediante el Decreto 4471 de 2008 [...]”.

Manifiesta que los INFIS, entre otras actividades, toman y manejan recursos propios de las entidades territoriales, en un proceso de intermediación financiera destinado a generar excedentes de liquidez. La mayoría de los recursos captados por los INFIS y depositados por las entidades territoriales son de carácter temporal, los cuales, una vez capitalizados, se retiran y se destinan a la inversión pública. La orientación fundamental de los recursos gestionados por los INFIS, en cada una de las regiones, se inclina a la ampliación de la oferta financiera y de la multiplicación de los recursos estatales disponibles, a través de la generación de intereses y dividendos -mediante empréstitos a los entes territoriales, participaciones accionarias u operaciones con valores- y de la disposición de liquidez inmediata para el ahorro y el crédito que el desarrollo local y regional exigen -a bajas tasas de captación y a tasas de colocación de mercado-.

Sostiene que, a través del literal a) numeral 2° del artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (modificado por el artículo 72 de la Ley 795 de 14 de enero de 2003⁷, y el artículo 72 del Decreto 4327 de 25 de noviembre de 2005⁸, la Superintendencia Financiera, en adelante SUPERFINANCIERA, asumió la vigilancia e inspección de los INFIS en punto de las operaciones de redescuento que hacen con fondos nacionales autorizados para tal efecto, a pesar de que tales entidades no hacen parte del sistema financiero colombiano.

Señala que los dineros y ahorros captados por los INFIS deben recibirse y mantenerse en depósito sólo por cuenta de los entes territoriales a los cuales pertenezcan, de las organizaciones cooperativas creadas por dichos entes territoriales y de sus entidades descentralizadas, áreas metropolitanas,

⁷ “[...] Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones [...]”.

⁸ “[...] Por el cual se fusiona la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores y se modifica su estructura [...]”.

asociaciones de municipios y entidades a que se refiere el Decreto 1333 de 25 de abril de 1986⁹ que pertenezcan a los mencionados entes territoriales. En consecuencia, por disposición reglamentaria expresa, no están autorizados para captar recursos del público en general (numeral 5° artículo 1° del Decreto 755 de 28 de abril de 2000¹⁰, modificado por el artículo 1° del Decreto 2303 de 19 de julio de 2004¹¹.

Que con el artículo 17 de la Ley 819 de 9 de julio de 2003¹², se establece la obligación a las entidades territoriales de invertir sus excedentes transitorios de liquidez en títulos de deuda pública interna de la Nación o en títulos que contaran con una alta calificación de riesgo crediticio o que fueran depositados en entidades financieras calificadas como de bajo riesgo crediticio. En su párrafo, el Legislador impuso a los referidos INFIS, como parte de los agentes financieros en los cuales pueden invertir las entidades territoriales, la obligación de obtener una calificación de "bajo riesgo crediticio" dentro del año siguiente a la expedición de esa ley, con el fin de que las entidades territoriales pudiesen seguir colocando sus excedentes de liquidez en ellos, una vez pasado ese período anual de transición, sin entrar a definir qué se entiende por bajo riesgo crediticio en materia de calificación de riesgo de INFIS.

Indica que el 9 de mayo de 2008, el Gobierno Nacional, en uso de facultades constitucionales y legales, en especial las que le confieren el ordinal 11 del artículo 189 de la Constitución Política, el Estatuto Orgánico de Presupuesto y el artículo 17 de la Ley 819, expidieron el demandado Decreto 1525 de 2008, por el cual se

⁹ “[...] Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal [...]”.

¹⁰ “[...] Por el cual se establecen las condiciones en que pueden celebrarse operaciones de redescuento con las entidades públicas descentralizadas de fomento y desarrollo regional de los entes territoriales [...]”.

¹¹ “[...] Por medio del cual se modifican los numerales 2° y 5° del artículo 1° del Decreto 755 de 2000, mediante la cual se reglamenta el artículo 109 de la Ley 510 de 1999 [...]”.

¹² “[...] Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones [...]”.

dictan normas relacionadas con la inversión de los recursos de las entidades estatales del orden nacional y territorial.

Agrega que en el párrafo 4° del artículo 49 de dicho decreto, el Gobierno Nacional establece que los INFIS podrán seguir manejando los excedentes de liquidez de las entidades territoriales siempre y cuando demuestren que tienen la calificación de bajo riesgo crediticio conforme lo establece el párrafo del artículo 17 de la Ley 819, la cual debe ser de por lo menos "[...] la segunda mejor calificación para el largo plazo y la segunda mejor calificación para el corto plazo de acuerdo con las escalas usadas por las sociedades calificadoras las cuales deberán estar vigentes [...]".

Que la norma en comento determinó que, en aquellos casos en los cuales los INFIS no tengan las calificaciones previstas, estos podrán continuar administrando los excedentes de liquidez pero deben efectuar revisión de sus calificaciones con una periodicidad no superior a 180 días. Como resultado de la misma, estarán compelidos a mantener o a mejorar la calificación vigente y, en todo caso, a más tardar al 31 de diciembre de 2010 debían obtener la calificación prevista para el corto plazo, así como al 31 de diciembre de 2011 la calificación de largo plazo.

Relata que unos meses más tarde, mediante el acusado Decreto 4471 de 2008, se adicionaron dos párrafos más al referido artículo 49 del Decreto 1525 de 2008, en los cuales se prevén plazos para el desmonte de los INFIS cuando no alcancen las calificaciones de bajo riesgo crediticio exigidas en el párrafo 4° *ejúsdem* y, supuestamente, por el artículo 17 de la Ley 819.

Que el párrafo 5° del artículo 49 del Decreto 1525 de 2008 establece que cuando los INFIS, por efecto de la revisión de la calificación de riesgo de corto o

largo plazo de que trata el citado párrafo 4°, disminuyan la calificación vigente por debajo de las calificaciones mínimas a que se refiere el mismo párrafo, pero se mantengan dentro del grado de inversión en ambos plazos, de acuerdo con las escalas utilizadas por las sociedades calificadoras, deberán abstenerse de ser depositarios de nuevos excedentes de liquidez hasta que se realice la siguiente revisión de su calificación y esta sea, al menos, igual a la calificación otorgada para ambos plazos antes de la disminución. Agrega que si en la siguiente revisión un INFI no alcanza, por lo menos, la calificación otorgada para ambos plazos antes de la disminución, el representante legal del respectivo instituto deberá, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la notificación de la calificación, presentar ante **MINHACIENDA** un plan de desmonte de las operaciones activas y pasivas perfeccionadas con dichos recursos, el cual no deberá superar un año.

Que el párrafo 6° del ese artículo 49, por su parte, determina que si llegado el 31 de diciembre de 2010 o el 31 de diciembre de 2011, los INFIS no logran al menos la segunda mejor calificación del corto o largo plazo, respectivamente, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 4° de esa norma, no podrán seguir siendo depositarios de los excedentes de liquidez de las entidades territoriales. En este evento, el representante legal del respectivo instituto está obligado a presentar, igualmente, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a las fechas anteriormente señaladas, ante **MINHACIENDA**, un plan de desmonte de las operaciones activas y pasivas perfeccionadas con dichos recursos, el cual no deberá superar un año.

Resalta que luego, en el año 2009, se reformó en su totalidad el régimen de calificación del riesgo de los INFIS como habilitación para el manejo de excedentes de liquidez de las entidades territoriales en el marco del artículo 17 de la Ley 819 a través del artículo 1° del censurado Decreto 2805.

Indica que el artículo 2.3.2.2 de la Resolución 400 de 22 de mayo de 1995¹³, expedida por la extinta Superintendencia de valores, hoy SUPERFINANCIERA, subrogado por el artículo 1° del Decreto 1076 de 26 de mayo de 2007¹⁴, establece que las calificaciones del riesgo financiero se sujetarán a las metodologías adoptadas por las sociedades calificadoras de riesgo, según las normas, prácticas y procedimientos acordes con estándares internacionales, de conformidad con lo que para el efecto establezca la SUPERFINANCIERA, siempre y cuando tales metodologías sean aprobadas por el Comité Técnico de forma consonante con los reglamentos de la respectiva sociedad calificadora de riesgos, se actualicen permanentemente y garanticen la obtención de calificaciones objetivas e independientes, basadas en el análisis idóneo y técnico de toda la información relevante para la calificación.

Que a la fecha de la presentación de la demanda, en Colombia sólo existen tres calificadoras de riesgos autorizadas para tal efecto, como sociedades calificadoras de valores autorizadas por la SUPERFINANCIERA: FITCH RATINGS S.A., BRC INVESTOR SERVICES S.A. y VALUE AND RISK RATINGS S.A. Tales sociedades están encargadas de valorar las obligaciones a largo y a corto plazo de los INFIS, con el fin de acreditar si ostentan o no bajo riesgo crediticio en los términos de la ley y el reglamento vigentes; de conformidad con el propio párrafo 4° del artículo 9 del Decreto 1525 de 2008 y el numeral 8° del artículo 2.3.1.3 de la Resolución 400 de 1995, subrogado por el artículo 1° del Decreto 1076 de 2007.

¹³ “[...] Por la cual se actualizan y unifican las normas expedidas por la Sala General de la Superintendencia de Valores y se integran por vía de referencia otras [...]”.

¹⁴ “[...] Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible [...]”.

Señala que a la fecha de presentación de la demanda, ninguno de los INFIS del país ha alcanzado la segunda mejor calificación para sus deudas a corto y a largo plazo. Que el INFI con el mejor desempeño, esto es, el Instituto para el Desarrollo de Antioquia, IDEA, con todo y mantenerse dentro del grado de inversión, sólo ha logrado alcanzar la tercera mejor calificación para el largo plazo (A+), a pesar de haber obtenido la mejor calificación para el corto plazo (F1), tal como lo certifica el Comité Técnico de FITCH RATINGS S.A. en su Acta núm. 1274 de 10 de agosto de 2009.

I.3.- En apoyo de sus pretensiones, invoca como normas violadas y explica el concepto de la violación así:

Considera que se vulneraron los artículos 1°, 189, numeral 11, 287 y 300, numeral 7, de la Constitución Política; 253, 261 y 263 a 265 del Código de Régimen Departamental; y 2°, 68 y 69 de la Ley 489 de 29 de diciembre de 1998¹⁵; 17 de la Ley 819 y 2.3.2.1. y 2.3.2.2. de la Resolución 400 de 1995, ya que el gobierno Nacional carecía de competencia para reglamentar la creación, modificación, funcionamiento, organización y supresión de una entidad descentralizada del orden territorial creada por una ordenanza de una asamblea departamental, por vía del numeral 11 del artículo 189 Superior, e infringió las normas en que debía fundarse.

En su primer cargo, relativo a la expedición de los actos impugnados por funcionario incompetente, aduce que por medio de los parágrafos 5° y 6° del artículo 49 del Decreto 1525 de 2008, con sus sucesivas modificaciones, el Gobierno Nacional en ejercicio de la potestad reglamentaria, determinó las

¹⁵ “[...] Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones [...]”.

funciones de una dependencia de la administración departamental, como lo son los INFIS, establecimientos públicos del orden territorial creados por ordenanza departamental, adscritos a dependencias de la gobernación del departamento o de la alcaldía municipal, al reglamentar en qué condiciones podían los referidos institutos de fomento y desarrollo regional acceder a la captación, colocación y administración de los excedentes de liquidez de las entidades territoriales respecto de los cuales están adscritos, quienes constituyen sus únicos clientes.

Indica que el Gobierno Nacional añadió una causal de extinción de los INFIS, de creación de las asambleas departamentales, ya que si no han alcanzado la segunda mejor calificación en los riesgos a corto y a largo plazo debe presentar un plan de desmonte y, por tal motivo, cesar el manejo de los excedentes de liquidez de las entidades territoriales, situación que necesariamente conduce a su extinción, ya que la mayor parte de los recursos que son manejados por los INFIS provienen de los excedentes de liquidez del departamento al cual están adscritos o de los excedentes de liquidez de las demás entidades descentralizadas del mismo orden.

Sostiene que los actos fueron expedidos por quienes no tienen poder constitucional ni legal para ello, en franco desconocimiento de las atribuciones propias de las asambleas departamentales, como autoridades administrativas del orden territorial, para crear, determinar las funciones y decretar la supresión de los INFIS. Que el gobierno Nacional hizo uso de la potestad reglamentaria respecto del artículo 17 de la Ley 819, no en ejercicio de sus derechos de reforma o anulación, sino sustrayendo de sus competencias constitucionales y legales a las corporaciones territoriales.

Que, en otras palabras, no le es dable al Ejecutivo, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el numeral 11 del artículo 189 Superior, establecer límites a la autonomía territorial, ni tampoco invadir la autonomía administrativa propia de las entidades territoriales, desplazándolas en sus competencias, para así determinar la estructura administrativa de los establecimientos públicos departamentales y los aspectos relativos a su funcionamiento.

Menciona que le corresponde a las Asambleas Departamentales, de conformidad con el numeral 7 del artículo 300 de la Constitución Política, a través de ordenanzas, determinar la estructura de la administración departamental, las funciones de sus dependencias y crear los establecimientos públicos, entre otras funciones. Que en igual sentido, en el artículo 253 del Decreto 1222 de 18 de abril de 1986¹⁶, se encuentra la potestad de las asambleas departamentales para crear o autorizar la creación de entidades descentralizadas del orden departamental, entre estas, los establecimientos públicos.

Resalta que ello se replica en el artículo 69 de la Ley 489, en consonancia con el artículo 261 del Código de Régimen Departamental que determina, de forma exclusiva, que corresponde a las asambleas, a iniciativa de los gobernadores, crear, transformar, fusionar, suprimir o modificar establecimientos públicos. Que de igual forma, el artículo 263 del Código de Régimen Departamental prevé que las entidades descentralizadas se someten a las normas de dicho estatuto y a las disposiciones que, dentro de sus respectivas competencias, expidan las asambleas y demás autoridades seccionales, en lo atinente a su definición y naturaleza jurídica, características, organización, funcionamiento, régimen de sus actos y demás aspectos.

¹⁶ “[...] Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental [...]”.

Refiere que las entidades descentralizadas del orden territorial, incluso las creadas por ordenanza departamental, se encuentran siempre sometidas al control fiscal que ejercen las respectivas contralorías territoriales y la Contraloría General de la República, por virtud de los artículos 267 y 272 de la Constitución Política. Los INFIS se encuentran sometidos a la vigilancia de la SUPERFINANCIERA por cuenta del literal a), numeral 2º del artículo 325 del Estatuto orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 72 de la Ley 795, y del artículo 72 del decreto 4372 de 2005, a pesar de que tales entidades no hacen parte del sistema financiero colombiano, pero sólo en lo relativo a las operaciones de redescuento que estas realizan con las entidades públicas autorizadas para ello (FINDETER, FINAGRO, BANCOLDEX, entre otras).

Finalmente, refirió que en el marco de la autonomía y de la descentralización territorial, según lo disponen la Constitución Política y la ley, solamente las asambleas departamentales y el legislador les corresponde determinar la estructura administrativa en esas entidades territoriales, en torno a su creación, su modificación, régimen de organización y funcionamiento y sobre su eventual supresión, por lo que insiste en la nulidad de los párrafos 5º y 6º del artículo 49 del Decreto 1525 de 2008, adicionados por el artículo 1º del decreto 4471 de 2008 y modificados por el artículo 1º del Decreto 2805 de 2009.

En el segundo cargo sobre infracción de las normas en que debían fundarse sostiene que, de acuerdo con los actos administrativos impugnados, los INFIS están obligados a cumplir con una calificación de emisores a corto y a largo plazo equivalente, en ambos casos, a la segunda mejor calificación, de acuerdo con las escalas y las metodologías vigentes en la respectiva sociedad calificadora de riesgos, con el fin de acreditar el “bajo riesgo crediticio” que les exige el artículo 17

de la Ley 819 y poder así manejar los excedentes de liquidez de las entidades territoriales.

Señala que, no obstante, el artículo 17 de la Ley 819 establece que para que los INFIS puedan seguir administrando los excedentes de liquidez de las entidades territoriales, están obligados a acreditar, únicamente, mediante la respectiva calificación, un bajo riesgo crediticio, dentro del año siguiente a la expedición de dicha ley, el Gobierno Nacional, al reglamentar esa norma, en lo tocante a la colocación y captación de los excedentes de liquidez de las entidades territoriales en los INFIS, modificó y restringió la calificación de bajo riesgo crediticio contenida en la norma legal, circunscribiéndola únicamente a la segunda mejor calificación y no a todo el espectro de calificaciones comprendidas dentro del grado de inversión, como expresión amplia que denota bajo riesgo crediticio.

Agrega que es absolutamente innecesario reglamentar el párrafo del artículo 17 de la Ley 819, en el sentido de determinar cuáles son las calificaciones que a largo y corto plazo permiten a los INFIS acreditar un bajo riesgo crediticio, precisándolas, además, como las segundas mejores calificaciones en ambos casos. Que de la expresión “bajo riesgo crediticio” que se consigna en la ley se infiere, de la labor de integración sistemática normativa fruto de la hermenéutica, sin ambages, una calificación de las obligaciones a corto y largo plazo dentro del grado de inversión y por encima de los grados de no inversión o de especulación, de acuerdo con las normas vigentes en materia de calificación de valores, emisiones y riesgos financieros.

Indica que el Presidente de la República no puede dictar reglamentos que invadan la zona de reserva de ley -orgánica o estatutaria- y que hagan referencia a materias que le competen exclusivamente al legislador. Que el reglamento debe

estar en plena concordancia con la ley como requisito indispensable para su validez jurídica, en lo que se refiere tanto a la competencia de la autoridad que lo dicta como a la forma preordenada para su expedición y promulgación, sin dejar de observar su necesidad, es decir, la extensión del contenido del decreto reglamentario es inversamente proporcional a la extensión o densidad de la ley.

Insiste en que el artículo 17 de la Ley 819 solo exige de los INFIS una calificación de bajo riesgo crediticio, sin sujetarla a que sea la segunda mejor como mínimo, lo que es lesivo de la autonomía territorial de las entidades territoriales y contraria a la descentralización administrativa y el ejercicio de las competencias propias de las autoridades territoriales. Que no es una norma oscura porque su mandato es claro e inteligible; tampoco es imprecisa porque la calificación exigida de “bajo riesgo crediticio”, incluye todas las categorías por encima del grado de especulación o no inversión, es decir, aquellas que no manifiestan una calidad crediticia vulnerable y un mayor grado de incertidumbre frente a la capacidad de pago de la entidad calificada, ante las exigencias de la Ley 819.

Señala que la calificación de bajo riesgo crediticio que contiene la ley reglamentada y que es aplicable a los INFIS por causa de la naturaleza de la actividad que desempeñan, de su régimen legal aplicable y de los recursos que reciben y manejan, no puede restringirse o limitarse por el reglamento de manera tal que se haga imposible, en condiciones normales y razonables, su consecución, o de tal forma que se haga nugatorio el acceso de esos institutos al manejo de los excedentes de liquidez de las entidades territoriales.

Que según las normas transcritas y metodologías y escalas de calificación empleadas para la calificación del riesgo financiero, disponibles en las páginas web de las sociedades calificadoras, se entiende sin mayor esfuerzo que las

calificaciones que se pueden otorgar a las obligaciones de corto y largo plazo a una entidad descentralizada del orden territorial, oscilan dentro de los llamados grados de inversión y de especulación, no inversión o alto riesgo.

Explica que el grado de inversión, cuando la calificación versa sobre la capacidad de pago de una obligación adquirida por una entidad de intermediación financiera, es la escala más alta que otorgan las sociedades calificadoras de valores y que exterioriza, en términos generales, una adecuada calidad crediticia. Que, por el contrario, el grado especulativo implica la presentación de factores de riesgo en la calidad crediticia de la entidad calificada que podrían llevar, en mayor o menor medida, al incumplimiento en el pago de intereses o capital. Los dos conceptos hallan plena aplicación en las deudas de corto y largo plazo y proveen información financiera, económica y contable clave para que las entidades territoriales, como inversionistas que son, tomen una decisión consentida sobre la colocación de recursos públicos en ellas.

Que la determinación del bajo riesgo crediticio, en el caso de los INFIS, depende exclusivamente de las metodologías y escalas aprobadas por el Comité Técnico y autorizadas por la SUPERFINANCIERA, de acuerdo con los criterios técnico-científicos-financieros que se definan para el efecto, y que le son aplicables a las calificadas de manera acorde con sus particularidades intrínsecas y extrínsecas. Todas las metodologías y escalas coinciden en considerar como un síntoma de adecuada calidad crediticia, ubicarse dentro del grado de inversión y, contrariamente, como un síntoma de pobre calidad crediticia, hacerlo dentro del grado de especulación.

Aduce que la noción de “bajo riesgo crediticio” contemplada en el párrafo del artículo 17 de la Ley 819, para efectos de la calificación de los INFIS como

entidades habilitadas para recibir y manejar los excedentes de liquidez de los entes territoriales, debe asimilarse, sin ninguna limitación o distingo, a la noción de grado de inversión, debido a que ambas expresiones apuntan a lo mismo: revelar una adecuada o satisfactoria calidad crediticia de la entidad calificada.

Así mismo, señala que imponer por decreto reglamentario a los INFIS una calificación disímil a la establecida para los establecimientos de crédito depositarios de los títulos en que también pueden invertirse los excedentes de liquidez de las entidades territoriales, como instituciones del sistema financiero que sí captan, colocan y administran recursos del público y que si hacen parte del sistema financiero, contraviene el principio de igualdad de conformidad con el artículo 13 de la Constitución Política.

Que si la propia Ley 819 permite a las entidades territoriales invertir sus excedentes de liquidez en títulos que sean depositados en entidades financieras calificadas como de bajo riesgo crediticio ¿por qué motivo debe ampliarse o extenderse con mayor onerosidad la calificación de bajo riesgo crediticio también asignada a los INFIS para tal efecto, máxime cuando no son entidades financieras y no asumen la misma responsabilidad que estas frente a los recursos que manejan?

Igualmente, refirió que la obligación impuesta por el parágrafo 17 de la Ley 819 no tiene como propósito, *per se*, excluir a los INFIS del manejo de los recursos de las entidades territoriales, ni mucho menos buscar su supresión indirecta. Por el contrario, lo que persigue es que el manejo de los excedentes de liquidez de las entidades territoriales sea también hecho por entidades públicas orientadas a la intermediación financiera, pero que posean una adecuada calidad crediticia respecto de otras del país. Que de tal modo, sólo podrán acceder al manejo de

tales recursos territoriales quienes logren estar dentro del llamado grado de inversión, como indicador del bajo riesgo crediticio, en sus deudas a corto y largo plazo.

Expresa que lo previsto en el párrafo 4º del artículo 49 del Decreto 1525 de 2008 y en el artículo 1º del Decreto 2805 de 2009, se revela el más terrible absurdo cuando, sin esfuerzo, se llega a la certeza de que el propósito del artículo 17 de la Ley 819 jamás fue el de suprimir de tajo los INFIS sino el de proveer confianza a los entes territoriales cuando colocasen, en actividades financieras redituables, sus recursos públicos ante instituciones financieras o entidades de intermediación financiera del sector público, siendo ese el alcance y el sentido auténtico de la norma excesiva e innecesariamente reglamentada por el ejecutivo.

Concluye que no hay que hacer mayor esfuerzo para comprender que el sentido y alcance de la ley reglamentada por los párrafos 4º, 5º y 6º del artículo 49 del Decreto 1525 de 2008, modificados por los Decretos 4471 de 2008 y 2805 de 2009, no fue el de restringir el acceso de las personas morales públicas o privadas al manejo de los excedentes de liquidez de los entes territoriales hasta el punto de excluirlas en el ejercicio de la libertad económica, así como tampoco el de introducir en el ordenamiento jurídico vigente una causal de extinción de los INFIS vía sustracción de materia, pues el verdadero propósito del párrafo del artículo 49 de la Ley 819 fue lograr que tales institutos acreditaran una adecuada o satisfactoria calidad crediticia, un bajo riesgo crediticio, y captaran, colocaran y administraran los excedentes de liquidez del orden departamental o municipal.

II.- TRÁMITE DE LA ACCIÓN

II.1.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

MINHACIENDA contestó la demanda y se opuso a sus pretensiones, argumentando lo siguiente:

Que las normas acusadas no excedieron la potestad reglamentaria del Presidente de la República, pues definen con razonabilidad y proporcionalidad lo relacionado con la inversión de los recursos de las entidades estatales del orden nacional y territorial dentro del marco de lo preceptuado en el artículo 17 de la Ley 819 y, en particular, con la colocación de excedentes de liquidez en los INFIS y la calificación requerida para que estas últimas puedan recibir tales recursos, todo en procura de orientar y brindar la mayor seguridad financiera y administrativa al manejo de los dineros públicos en cabeza de las entidades territoriales.

A su vez, señala que la facultad de exigencia de mínimos grados de calificación de riesgo en el manejo de los recursos públicos por parte de los INFIS, así como la configuración de los procedimientos respectivos, forman parte de la potestad reglamentaria del parágrafo del artículo 17 de la Ley 819. Que no puede invocarse como desconocido el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, toda vez que la potestad reglamentaria en el caso de la presente acción tiene su fuente directamente en la misma Ley 819, que en el parágrafo de su artículo 17 dispuso que las entidades territoriales podrán seguir colocando sus excedentes de liquidez en INFIS mientras estos últimos obtienen la calificación de bajo riesgo crediticio, para lo cual tendrán un plazo de un año a partir de la vigencia de dicha ley.

Resalta que no se trata de una facultad reglamentaria, discrecional y absoluta, sino que debe respetar los principios que orientan el manejo de las calificaciones de riesgo, los estándares de calificación y la observancia por parte de las entidades territoriales, situación que no ha sido cuestionada por el actor. Así mismo, manifiesta que el tema de regulación del manejo de los recursos, tanto

públicos como privados, está por ley encomendado al Gobierno Nacional, facultades que puede ejercer tanto a título de potestad reglamentaria general (numeral 11 artículo 189 C.P.), como potestad reglamentaria especial (parágrafo artículo 17 Ley 819).

Sostiene que la exigencia de grados mínimos de calificación de riesgo para los INFIS no constituye una causal de extinción ordenada por el Gobierno Nacional, a partir de los postulados de autonomía administrativa y potestad reglamentaria que aquellos implican. Que el propósito de las normas demandadas no es promover la exclusión de los INFIS en el manejo de los excedentes de liquidez de las entidades territoriales, sino que, por el contrario, es el de generar mayores capacidades al exigir unos grados de calificación que permitan suponer que los recursos públicos quedan respaldados por calificadoras de riesgo serias y sometidos a las exigencias propias de este tipo de actividades financieras.

Finalmente, indica que no tiene asidero lo relacionado con la presunta invasión por parte del Gobierno Nacional de la reglamentación que puedan las asambleas departamentales realizar sobre los INFIS, pues las normas demandadas en nada reglamentan el funcionamiento, existencia o finalidades de dichas entidades sino la forma cómo deben ser manejados los recursos públicos y los requisitos necesarios para desarrollar dicha actividad, temas respecto de los cuales la Constitución Política ha depositado la potestad legislativa y reglamentaria en el Congreso de la República y el Ejecutivo.

II.2.- IMPEDIMENTO

En escrito obrante a folios 597 y 598 del expediente, el señor Consejero de Estado doctor **ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**, en su calidad de magistrado

de esta Sección, manifestó impedimento para actuar dentro del presente proceso, por cuanto en ejercicio del cargo de Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa de la Procuraduría General de la Nación emitió el concepto núm. 028 de 22 de febrero de 2013 (folios 557 a 590), por lo cual consideró estar incurso en la causal de impedimento prevista en el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, en adelante CPC.

Como quiera que una vez revisado el expediente se pudo constatar dicha circunstancia, el Despacho Sustanciador declaró fundado el impedimento y decidió separarlo del conocimiento del caso *sub iudice* mediante auto de 27 de julio de 2018¹⁷.

III.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El Ministerio Público en esta oportunidad emitió concepto, en el que señala, frente al cargo inicial de falta de competencia para expedir los actos acusados, que el artículo 17 de la Ley 819 permite concluir que el Gobierno Nacional sí tenía competencia para expedir, en ejercicio de la potestad reglamentaria prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, actos administrativos de contenido general y abstracto que permitieran la aplicación del citado artículo.

Sostiene que a las asambleas departamentales les corresponde crear, transformar, fusionar, suprimir, o modificar, establecimientos públicos (como son los INFIS), así como establecer las normas básicas para su funcionamiento. Que también es claro que fue el mismo legislador el que se ocupó de reglamentar el manejo de los excedentes de liquidez de las entidades territoriales, sustrayendo del conocimiento de dichas asambleas este tópico.

¹⁷ Cfr. Folios 599 a 602.

Resalta que los actos demandados no plantean la extinción de la entidad ni una causal de extinción de los INFIS, sino el desmonte de las operaciones activas y pasivas perfeccionadas con los excedentes de liquidez de las entidades territoriales, lo cual si bien los privó de importantes recursos, planteó retos en el desarrollo de sus actividades tal como lo indicó la calificadora Fitch Ratings en su calificación al Instituto para el Desarrollo de Antioquia, IDEA, por lo que, a su juicio, dicho cargo no está llamado a prosperar.

Frente al segundo cargo, expresa que la potestad reglamentaria constituye un mecanismo tendiente a garantizar la cumplida ejecución de las leyes, por lo que, al hacer uso de la misma, el Gobierno debe inspirarse en el único propósito de aclarar y hacer mucho más explícita la norma de carácter legal, en orden a facilitar su adecuada interpretación, aplicación y cumplimiento, así como viabilizar su estricta observancia.

Que el punto central de la controversia lo constituye el concepto de “bajo riesgo crediticio” porque el artículo 17 de la Ley 819 obliga a que se obtenga esa calificación dentro del plazo de un año a partir de la vigencia de la ley, para que los INFIS puedan seguir manejando los excedentes de liquidez. Afirma que dicho concepto no tiene definición legal pero el actor intenta desentrañarlo acudiendo al contenido de las Gacetas del Congreso de la República (Gacetas nums. 465 de 1º de noviembre de 2002, 56 de 13 de febrero de 2003 y 58 de 13 de febrero de 2003), para señalar que cuando se habla de “bajo riesgo crediticio” se está haciendo referencia al “grado de inversión”, tal como lo señaló el legislador en la exposición de motivos.

Por lo tanto, asocia el sentido del concepto de “bajo riesgo crediticio” al de “grado de inversión”, concepto este que es empleado por las sociedades calificadoras de riesgos que realizan esta actividad en el país (BRC Investor Services, Fitch Ratings Colombia S.A. y Value and Risk Rating S.A.) y, además, teniendo en cuenta que la norma equiparó a las entidades financieras y a los INFIS frente a la calificación que los habilita para manejar los excedentes de liquidez de entidades territoriales, considera que el Ejecutivo restringió el concepto de bajo riesgo crediticio en relación con dichas entidades descentralizadas del orden departamental (por lo menos a la segunda mejor calificación para el largo y corto plazo según las escalas empleadas por las calificadoras), extralimitando así su potestad reglamentaria.

Que correspondiendo el concepto de “bajo riesgo crediticio” al de “grado de inversión”, el objeto propuesto por la norma, de que inviertan adecuadamente los excedentes de liquidez de las entidades territoriales, es posible obtenerlo en cualquiera de las calificaciones que constituyan grado de inversión como lo expone el actor.

En consecuencia, sostiene que el actor logró desvirtuar la presunción de legalidad de las disposiciones demandadas, por lo que solicita que desaparezcan del ordenamiento jurídico.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

IV.1.- COMPETENCIA

Visto el artículo 128, numeral 1¹⁸ del CCA sobre la competencia del Consejo de Estado en única instancia, aplicable en los términos del artículo 308¹⁹ de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011²⁰, en adelante CPACA, sobre el régimen de transición y vigencia, así como el artículo 1^{o21} del Acuerdo núm. 55 de 5 de agosto de 2003²², sobre distribución de negocios entre las secciones, esta Sala es competente para conocer del presente asunto.

IV.2.- ACTOS ACUSADOS

El texto acusado de los actos demandados es del siguiente tenor literal y se resalta así:

**“[...] DECRETO 1525 DE 2008
(Mayo 9)**

Por el cual se dictan normas relacionadas con la inversión de los recursos de las entidades estatales del orden nacional y territorial.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las que le confieren el ordinal 11 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia, el Estatuto Orgánico de Presupuesto y el artículo 17 de la Ley 819 de 2003,
(...)

DECRETA:

(...)

Artículo 49. En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 819 de 2003, las entidades a que hace referencia el presente capítulo deberán invertir sus excedentes de liquidez, así:

¹⁸ “[...] Artículo 128. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: (...)

1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden. [...]”.

¹⁹ “[...] Artículo 308. Régimen de Transición y Vigencia. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior [...]”.

²⁰ “[...] Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [...]”.

²¹ Establece que la Sección Primera del Consejo de Estado está a cargo de conocer los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos no asignados expresamente a otras secciones, como corresponde al presente caso.

²² “[...] Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado [...]”.

i) En Títulos de Tesorería TES, Clase "B", tasa fija o indexados a la UVR, del mercado primario directamente ante la DGCPTN o en el mercado secundario en condiciones de mercado, y,

ii) En certificados de depósitos a término, depósitos en cuenta corriente, de ahorros o a término en condiciones de mercado en establecimientos bancarios vigilados por la Superintendencia Financiera de Colombia o en entidades con regímenes especiales contempladas en la parte décima del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Parágrafo 1°. Para efectos de las inversiones a que hace referencia el numeral ii) en lo concerniente a los establecimientos bancarios, dichos establecimientos deberán contar con la siguiente calificación de riesgo, según el plazo de la inversión, así:

a) Para inversiones con plazo igual o inferior a un (1) año, el establecimiento bancario deberá contar con una calificación vigente correspondiente a la máxima categoría para el corto plazo de acuerdo con las escalas usadas por las sociedades calificadoras que la otorgan y contar como mínimo con la segunda mejor calificación vigente para el largo plazo utilizada por las respectivas sociedades;

b) Para inversiones con plazo superior a un (1) año, el establecimiento bancario deberá contar con la máxima calificación vigente para el largo plazo según la escala utilizada por las sociedades calificadoras y la máxima calificación para el corto plazo de acuerdo con la escala utilizada para este plazo.

Parágrafo 2°. Respecto a los actos y contratos que impliquen de cualquier manera el depósito, la disposición, adquisición, manejo, custodia, administración de dinero, de títulos y en general de valores celebrados por las entidades territoriales y sus descentralizadas, se aplicarán como mínimo los parámetros establecidos en el artículo 15 del presente decreto.

En todo caso el régimen de inversión previsto para las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas será el previsto en el presente Capítulo.

Parágrafo 3°. Las sociedades fiduciarias que administren o manejen recursos públicos vinculados a contratos estatales y/o excedentes de liquidez de las entidades territoriales y sus descentralizadas a través de fiducia pública deben sujetarse a lo previsto en el inciso único y los parágrafos 1° y 2° del presente artículo. Cuando dichas sociedades administren excedentes de liquidez de las entidades territoriales y sus descentralizadas deberán además contar con la máxima calificación vigente en fortaleza o calidad en la administración de portafolio según la escala de la sociedad calificadora que la otorga y que la misma esté vigente.

Igualmente, las entidades territoriales y sus descentralizadas, podrán invertir los recursos a que se refiere el presente parágrafo, en carteras colectivas del mercado monetario o abiertas sin pacto de

permanencia, en ambos casos siempre y cuando la sociedad fiduciaria administradora de las mismas, cuente con la calificación prevista en el presente parágrafo y cumpla, como administrador de la cartera colectiva con el régimen de inversión previsto en el inciso único y el parágrafo 1° del presente artículo.

Parágrafo 4°. En cuanto a la colocación de excedentes de liquidez por parte de las entidades de que trata el presente artículo en los Institutos de Fomento y Desarrollo, dichas entidades podrán mantener sus excedentes de liquidez en los mencionados Institutos, siempre y cuando dichas entidades demuestren que tienen la calificación de bajo riesgo crediticio conforme lo establece el parágrafo del artículo 17 de la Ley 819 de 2003, la cual debe ser de por lo menos la segunda mejor calificación para el largo plazo y la segunda mejor calificación para el corto plazo de acuerdo con las escalas usadas por las sociedades calificadoras las cuales deberán estar vigentes. En aquellos casos en los cuales dichas entidades no tengan las calificaciones previstas, podrán continuar administrando los excedentes de liquidez, no obstante deberán efectuar revisión de sus calificaciones con una periodicidad no superior a 180 días, como resultado de la misma deberán mantener o mejorar la calificación vigente y en todo caso a más tardar el 31 de diciembre de 2010 deberán obtener la calificación prevista para el corto plazo y el 31 de diciembre de 2011 la calificación de largo plazo, en los términos previstos en el presente decreto [...] (Negritas y subrayas por fuera de texto).

**“[...] DECRETO 4471 DE 2008
(Noviembre 26)**

Por el cual se adiciona el artículo 49 del Decreto 1525 de 2008

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las que le confieren el ordinal 11 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia, el Estatuto Orgánico de Presupuesto y el artículo 17 la Ley 819 de 2003,

DECRETA:

Artículo 1°. Adiciónese el Artículo 49 del Decreto 1525 de 2008 con los siguientes párrafos:

"Parágrafo 5°. Cuando los Institutos de Fomento y Desarrollo, por efecto de la revisión de la calificación de riesgo de corto o largo plazo, disminuyan la calificación vigente por debajo de las calificaciones mínimas a que se refiere el parágrafo 4° de este artículo, pero se mantengan dentro del grado de inversión en ambos plazos, de acuerdo con las escalas utilizadas por las sociedades calificadoras, deberán abstenerse de ser depositarios de nuevos recursos de los que trata el presente Decreto hasta que se realice la siguiente revisión de su calificación y esta sea al

menos igual a la calificación otorgada para ambos plazos antes de la disminución. Si en la siguiente revisión no se alcanza al menos la calificación otorgada para ambos plazos antes de la disminución, el representante legal del respectivo instituto deberá, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de la calificación, presentar ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público un plan de desmonte de las operaciones activas y pasivas perfeccionadas con dichos recursos. Dicho desmonte no deberá superar un (1) año.

Cuando los Institutos de Fomento y Desarrollo, por efecto de la revisión de la calificación de riesgo de corto o de largo plazo, disminuyan la calificación vigente pasando a grado de especulación, de acuerdo con las escalas usadas por las sociedades calificadoras, deberán abstenerse de seguir siendo depositarios de recursos de que trata el presente Decreto. En este evento, el representante legal del respectivo instituto deberá, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de la calificación, presentar ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público un plan de desmonte de las operaciones activas y pasivas perfeccionadas con dichos recursos. Dicho desmonte no deberá superar un (1) año."

Parágrafo 6°. Si llegado el 31 de diciembre de 2010 o el 31 de diciembre del 2011, los Institutos de Fomento y Desarrollo no logran, respectivamente, al menos la segunda mejor calificación del corto o largo plazo de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 4° de este artículo, no podrán seguir siendo depositarios de los recursos de que trata el presente Decreto. En este evento, el representante legal del respectivo instituto deberá, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a las fechas anteriormente señaladas, presentar ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público un plan de desmonte de las operaciones activas y pasivas perfeccionadas con dichos recursos. Dicho desmonte no deberá superar un (1) año."

Artículo 2. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y adiciona el Artículo 49 del Decreto 1525 de 2008 [...]" (Negritas y subrayas por fuera de texto).

**"[...] DECRETO 2805 DE 2009
(Julio 28)**

Por el cual se modifica el artículo 49 del Decreto 1525 de 2008
adicionado mediante el Decreto 4471 de 2008

El Ministro del Interior y de Justicia de la República de Colombia, delegatario de funciones presidenciales, conforme al Decreto número 2732 de 23 de julio de 2009, en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las que le confieren el ordinal 11 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia, el Estatuto Orgánico de Presupuesto y el artículo 17 de la Ley 819 de 2003,

DECRETA:

Artículo 1º. Modifícase el artículo 49 del Decreto 1525 de 2008 adicionado mediante el Decreto 4471 de 2008 el cual quedará así:

“**Artículo 49.** En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 819 de 2003, las entidades a que hace referencia el presente capítulo deberán invertir sus excedentes de liquidez, así:

i) En Títulos de Tesorería TES, Clase “B”, tasa fija o indexados a la UVR, del mercado primario directamente ante la DGCPTN o en el mercado secundario en condiciones de mercado, y

ii) En certificados de depósitos a término, depósitos en cuenta corriente, de ahorros o a término en condiciones de mercado en establecimientos bancarios vigilados por la Superintendencia Financiera de Colombia o en entidades con regímenes especiales contempladas en la parte décima del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Parágrafo 1º. Para efectos de las inversiones a que hace referencia el numeral ii) en lo concerniente a los establecimientos bancarios, dichos establecimientos deberán contar con la siguiente calificación de riesgo, según el plazo de la inversión, así:

a) Para inversiones con plazo igual o inferior a un (1) año, el establecimiento bancario deberá contar con una calificación vigente correspondiente a la máxima categoría para el corto plazo de acuerdo con las escalas usadas por las sociedades calificadoras que la otorgan y contar como mínimo con la tercera mejor calificación vigente para el largo plazo utilizada por las respectivas sociedades;

b) Para inversiones con plazo superior a un (1) año, el establecimiento bancario deberá contar con la tercera mejor calificación vigente para el largo plazo según la escala utilizada por las sociedades calificadoras y la máxima calificación para el corto plazo de acuerdo con la escala utilizada para este plazo.

Parágrafo 2º. Respecto a los actos y contratos que impliquen de cualquier manera el depósito, la disposición, adquisición, manejo, custodia, administración de dinero, de títulos y en general de valores celebrados por las entidades territoriales y sus descentralizadas, se aplicarán como mínimo los parámetros establecidos en el artículo 15 del presente decreto.

En todo caso el régimen de inversión previsto para las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas será el previsto en el presente Capítulo.

Parágrafo 3º. Las sociedades fiduciarias que administren o manejen recursos públicos vinculados a contratos estatales y/o excedentes de liquidez de las entidades territoriales y sus descentralizadas a través de fiducia pública deben sujetarse a lo previsto en el inciso único y los parágrafos 1º y 2º del presente artículo. Cuando dichas sociedades administren excedentes de liquidez de las entidades territoriales y sus

descentralizadas deberán además contar con la máxima calificación vigente en fortaleza o calidad en la administración de portafolio según la escala de la sociedad calificadora que la otorga y que la misma esté vigente.

Igualmente, las entidades territoriales y sus descentralizadas, podrán invertir los recursos a que se refiere el presente párrafo, en carteras colectivas del mercado monetario o abiertas sin pacto de permanencia, en ambos casos siempre y cuando la sociedad fiduciaria administradora de las mismas, cuente con la calificación prevista en el presente párrafo y cumpla, como administrador de la cartera colectiva con el régimen de inversión previsto en el inciso único y el párrafo 1° del presente artículo.

Parágrafo 4°. En cuanto a la colocación de excedentes de liquidez por parte de las entidades de que trata el presente artículo en los Institutos de Fomento y Desarrollo, dichas entidades podrán mantener sus excedentes de liquidez en los mencionados Institutos, siempre y cuando dichas entidades demuestren que tienen la calificación de bajo riesgo crediticio conforme lo establece el párrafo del artículo 17 de la Ley 819 de 2003, la cual debe ser de por lo menos la segunda mejor calificación para el largo plazo y la segunda mejor calificación para el corto plazo de acuerdo con las escalas usadas por las sociedades calificadoras las cuales deberán estar vigentes. En aquellos casos en los cuales dichas entidades no tengan las calificaciones previstas, podrán continuar administrando los excedentes de liquidez, no obstante deberán efectuar revisión de sus calificaciones con una periodicidad no superior a 180 días, como resultado de la misma deberán mantener o mejorar la calificación vigente y en todo caso a más tardar el 31 de diciembre de 2010 deberán obtener la calificación prevista para el corto plazo y el 31 de diciembre de 2011 la calificación de largo plazo, en los términos previstos en el presente decreto.

Parágrafo 5°. Cuando los Institutos de Fomento y Desarrollo, por efecto de la revisión de la calificación de riesgo de corto o largo plazo, disminuyan la calificación vigente por debajo de las calificaciones mínimas a que se refiere el párrafo 4° de este artículo, pero se mantengan dentro del grado de inversión en ambos plazos, de acuerdo con las escalas utilizadas por las sociedades calificadoras, deberán abstenerse de ser depositarios de nuevos recursos de los que trata el presente decreto hasta que se realice la siguiente revisión de su calificación y esta sea al menos igual a la calificación otorgada para ambos plazos antes de la disminución. Si en la siguiente revisión no se alcanza al menos la calificación otorgada para ambos plazos antes de la disminución, el representante legal del respectivo Instituto deberá, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de la calificación, presentar ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público un plan de desmonte de las operaciones activas y pasivas perfeccionadas con dichos recursos. Dicho desmonte no deberá superar un (1) año.

Cuando los Institutos de Fomento y Desarrollo, por efecto de la revisión de la calificación de riesgo de corto o de largo plazo, disminuyan la calificación vigente pasando a grado de especulación, de acuerdo con las escalas usadas por las sociedades calificadoras, deberán abstenerse de seguir siendo depositarios de recursos de que trata el presente decreto. En este evento, el representante legal del respectivo Instituto deberá, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de la calificación, presentar ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público un plan de desmonte de las operaciones activas y pasivas perfeccionadas con dichos recursos. Dicho desmonte no deberá superar un (1) año.

Parágrafo 6°. Si llegado el 31 de diciembre de 2010 o el 31 de diciembre del 2011, los Institutos de Fomento y Desarrollo no logran, respectivamente, al menos la segunda mejor calificación del corto o largo plazo de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 4° de este artículo, no podrán seguir siendo depositarios de los recursos de que trata el presente decreto. En este evento, el representante legal del respectivo instituto deberá, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a las fechas anteriormente señaladas, presentar ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público un plan de desmonte de las operaciones activas y pasivas perfeccionadas con dichos recursos. Dicho desmonte no deberá superar un (1) año”.

Artículo 2o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y modifica el artículo 49 del Decreto 1525 de 2008 adicionado por el Decreto 4471 de 2008 [...]” (Negrillas y subrayas por fuera de texto).

IV.3.- PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver en este proceso, consiste fundamentalmente en establecer si los actos demandados contradicen o no lo dispuesto en los artículos 1°, numeral 11 del 189, 287 y 300 numeral 7° de la Constitución Política; 253, 261 y 263 a 265 del Código de Régimen Departamental; y 2°, 68 y 69 de la Ley 489, 17 de la Ley 819 y 2.3.2.1. y 2.3.2.2. de la Resolución 400 de 1995.

IV.4.- CASO CONCRETO

Se tiene que la parte demandante señala, en el primer cargo de violación, que los actos administrativos impugnados habían sido expedidos por funcionarios incompetentes.

Refiere que, en el marco de la autonomía y de la descentralización territorial, según lo disponen la Constitución Política y la ley, solamente a las asambleas departamentales y al legislador les corresponde la determinación de la estructura administrativa en esas entidades territoriales, estando atribuida esa facultad, de forma exclusiva, para tomar decisiones sobre su creación, su modificación, régimen de organización y funcionamiento y sobre su eventual supresión.

Como segundo cargo de violación sostiene que la parte demandada había incurrido en infracción de las normas en que debían fundarse los actos administrativos impugnados, toda vez que si bien el artículo 17 de la Ley 819 establece que para que los INFIS puedan seguir administrando los excedentes de liquidez de las entidades territoriales, están obligados a acreditar, únicamente, mediante la respectiva calificación, un bajo riesgo crediticio dentro del año siguiente a la expedición de dicha ley el Gobierno Nacional, al reglamentarla, modificó y restringió la calificación de bajo riesgo crediticio, circunscribiéndola únicamente a la segunda mejor calificación y no a todo el espectro de calificaciones comprendidas dentro del grado de inversión, como expresión amplia que denota el bajo riesgo crediticio.

La Sala, en la necesidad de contextualizar el escenario en el que se desarrolla el presente litigio, observa que este gira en torno a diversos aspectos que se detallan así:

El acto inicialmente censurado, como antes se refirió, corresponde al Decreto 1525 de 2008 y, como quiera que el artículo 17 de la Ley 819 es la norma con fundamento en la cual se expidió el artículo 49 de dicho reglamento, así como sus

modificaciones y adiciones -también demandadas en el *sub lite*-, se insiste en lo previsto en este como fuente dispositiva de la controversia:

[...] Artículo 17. Colocación de excedentes de liquidez. Las entidades territoriales deberán invertir sus excedentes transitorios de liquidez en Títulos de Deuda Pública Interna de la Nación o en títulos que cuenten con una alta calificación de riesgo crediticio o que sean depositados en entidades financieras calificadas como de bajo riesgo crediticio.

Parágrafo. Las Entidades Territoriales podrán seguir colocando sus excedentes de liquidez en Institutos de Fomento y Desarrollo mientras estos últimos obtienen la calificación de bajo riesgo crediticio, para lo cual tendrán un plazo de un (1) año a partir de la vigencia de la presente ley [...].

La disposición hace parte del Capítulo III de esa ley, relativo a “[...] Normas sobre endeudamiento territorial [...]” y, como se logra advertir en su estructura, tiene dos partes que abordan el tratamiento que las entidades territoriales deben imprimirle a sus excedentes de liquidez que, dicho sea de paso, son todos los recursos que de manera inmediata no se destinen al desarrollo de las actividades que constituyen el objeto de aquellas²³.

En su primer inciso se prevé una regla general según la cual, las entidades territoriales deberán invertir sus excedentes transitorios de liquidez en (i) Títulos de Deuda Pública Interna de la Nación o (ii) en títulos que cuenten con una alta calificación de riesgo crediticio o que sean depositados en entidades financieras calificadas como de bajo riesgo crediticio.

Sin embargo, en la segunda parte, a manera de excepción a la regla anterior, se establece la posibilidad de que las entidades territoriales continúen colocando sus excedentes de liquidez en INFIS mientras estos institutos obtienen la calificación de bajo riesgo crediticio, para lo cual tendrán un plazo de un (1) año a partir de la vigencia de esa ley.

²³ Artículo 55, Decreto 1525 de 2008.

De la lectura detallada del Decreto 1525 de 2008 se logra advertir que su materia gira en torno, mayoritariamente, al manejo de los excedentes de liquidez por parte de las entidades del Estado, entre ellas las entidades territoriales de que trata el artículo 17 de la Ley 819. En ese sentido, el Gobierno Nacional imparte allí, de forma discriminada, toda una serie de reglas e instrucciones que deben ser cumplidas por las entidades destinatarias, en aras de lograr una eficiente administración de los excedentes de liquidez.

En el Capítulo I de este Decreto, se determina que los establecimientos públicos del orden nacional y las entidades estatales del orden nacional a las cuales se les apliquen las disposiciones de orden presupuestal de aquellos, deben invertir sus excedentes de liquidez originados tanto en sus recursos propios como administrados, y los de los Fondos Especiales administrados por ellos, en Títulos de Tesorería TES, Clase "B" del mercado primario adquiridos directamente en la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en adelante DGCPTN.

El Capítulo II se aplica a los actos y contratos que en relación con los excedentes de liquidez, impliquen de cualquier manera el depósito, la disposición, adquisición, manejo, custodia, administración de dinero, de títulos y en general de valores, por parte de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden nacional y de las Sociedades de Economía Mixta sujetas al régimen de aquellas, dedicadas a actividades no financieras, así como a las Empresas Sociales del Estado y las empresas de servicios públicos en las que la participación del Estado sea superior al noventa por ciento (90%) de su capital. Se indica que, en todos los casos, las inversiones financieras deberán efectuarse bajo los criterios de transparencia, rentabilidad, solidez y seguridad, y en condiciones de mercado.

En el Capítulo III se impone que las Sociedades de Economía Mixta con participación pública inferior al noventa por ciento (90%) de su capital, las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, así como de aquellas con participación directa o indirecta del Estado superior al cincuenta por ciento (50%) de su capital social del orden nacional, la Comisión Nacional de Televisión, las Corporaciones Autónomas Regionales y los entes universitarios autónomos podrán ofrecer sus excedentes de liquidez a la DGCPTN en condiciones de mercado. Que en el evento en que la DGCPTN no esté interesada en tomar los recursos ofrecidos, deberá notificar a la entidad oferente su decisión por escrito a más tardar el día hábil siguiente a la fecha del ofrecimiento.

Aparece seguidamente el Capítulo IV, que es el relevante en el caso *sub iudice*, conformado únicamente por el artículo 49, adicionado y modificado por los acusados Decretos 4471 de 2008 y 2805 de 2009, en el que el Gobierno Nacional determinó que tanto las entidades territoriales como las descentralizadas del orden territorial con participación pública superior al cincuenta por ciento (50%), en desarrollo de lo ordenado en la primera parte del artículo 17 de la Ley 819, debían invertir sus excedentes de liquidez más específicamente en:

(i) Títulos de Tesorería TES, Clase "B", tasa fija o indexados a la UVR, del mercado primario directamente ante la DGCPTN o en el mercado secundario en condiciones de mercado, y

(ii) Certificados de depósitos a término, depósitos en cuenta corriente, de ahorros o a término en condiciones de mercado en establecimientos bancarios vigilados por la SUPERFINANCIERA o en entidades con regímenes especiales contempladas en la parte décima del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Asimismo preceptúa dicha norma que, para efecto de las inversiones en establecimientos bancarios, estos deberán contar con la siguiente calificación de riesgo, según el plazo de inversión, así:

a) Para inversiones con plazo igual o inferior a un (1) año, el establecimiento bancario deberá contar con una calificación vigente correspondiente a la máxima categoría para el corto plazo de acuerdo con las escalas usadas por las sociedades calificadoras que la otorgan y contar como mínimo con la tercera mejor calificación vigente para el largo plazo utilizada por las respectivas sociedades;

b) Para inversiones con plazo superior a un (1) año, el establecimiento bancario deberá contar con la tercera mejor calificación vigente para el largo plazo según la escala utilizada por las sociedades calificadoras y la máxima calificación para el corto plazo de acuerdo con la escala utilizada para este plazo.

(iii) También prescribe que las sociedades fiduciarias que administren o manejen recursos públicos vinculados a contratos estatales y/o excedentes de liquidez de las entidades territoriales y sus descentralizadas a través de fiducia pública, deben sujetarse a lo previsto en el inciso único y los párrafos 1° y 2° de este artículo 49. Cuando dichas sociedades administren excedentes de liquidez de las entidades territoriales y sus descentralizadas deberán además contar con la máxima calificación vigente en fortaleza o calidad en la administración de portafolio según la escala de la sociedad calificadora que la otorga y que la misma esté vigente.

Igualmente, las entidades territoriales y sus descentralizadas, podrán invertir los recursos a que se refiere este ordinal (iii), en carteras colectivas del mercado monetario o abiertas sin pacto de permanencia, en ambos casos siempre y cuando la sociedad fiduciaria administradora de las mismas, cuente con la calificación prevista en el presente párrafo -máxima calificación vigente- y cumpla, como administrador de la cartera colectiva, con el régimen de inversión previsto en el inciso único y el párrafo 1° de este artículo 49.

(iv) Prevé a continuación, **en lo que se erige como el primer gran aspecto acusado por ASOINFIS**, tal como se ha hecho alusión, con relación a la colocación de excedentes de liquidez en los INFI por parte de las entidades territoriales y descentralizadas del orden territorial con participación pública superior al cincuenta por ciento (50%), que estas podrán mantenerlos allí siempre y cuando aquellos demuestren que tienen la calificación de bajo riesgo crediticio conforme lo establece el párrafo del artículo 17 de la Ley 819.

A renglón seguido, el Gobierno Nacional determinó que ese bajo riesgo crediticio se define en un INFI cuando, por lo menos, tiene la segunda mejor calificación tanto para el largo como el corto plazo, de acuerdo con las escalas vigentes usadas por las sociedades calificadoras. Ahora bien, en aquellos casos en los cuales los INFIS no tengan esas calificaciones previstas, podrán seguir administrando los excedentes de liquidez pero sometidos a los siguientes plazos para obtenerla:

(a) Deberán efectuar revisión de sus calificaciones con una periodicidad no superior a 180 días y como resultado de la misma deberán mantener o mejorar la calificación vigente;

(b) en todo caso a más tardar el 31 de diciembre de 2010 deberán obtener la calificación prevista para el corto plazo y a 31 de diciembre de 2011, la calificación de largo plazo.

Y prosigue, el Gobierno Nacional, con la regulación de los efectos jurídicos ante el eventual incumplimiento de tales plazos y la disminución de las respectivas calificaciones, **siendo estos los restantes aspectos censurados por ASOINFIS**, así:

(c) cuando los INFIS por efecto de la revisión de la calificación de riesgo de corto o largo plazo, disminuyan la calificación vigente por debajo de las calificaciones mínimas a que se refiere el parágrafo 4° del artículo 49, pero se mantengan dentro del grado de inversión en ambos plazos, de acuerdo con las escalas utilizadas por las sociedades calificadoras, deberán abstenerse de ser depositarios de nuevos recursos de los que trata el decreto hasta que se realice la siguiente revisión de su calificación y esta sea al menos igual a la calificación otorgada para ambos plazos antes de la disminución.

(d) Si en la siguiente revisión no se alcanza al menos la calificación otorgada para ambos plazos antes de la disminución, el representante legal del respectivo Instituto deberá, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de la calificación, presentar ante **MINHACIENDA** un plan de desmonte de las operaciones activas y pasivas perfeccionadas con dichos recursos, desmonte que no deberá superar un (1) año.

(e) No obstante, cuando los INFIS, por efecto de la revisión de la calificación de bajo riesgo de corto o de largo plazo, disminuyan la

calificación vigente pasando a grado de especulación, de acuerdo con las escalas usadas por las sociedades calificadoras, deberán abstenerse de seguir siendo depositarios de recursos de que trata el presente decreto. En este evento, el representante legal del respectivo Instituto deberá, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de la calificación, presentar ante el **MINHACIENDA** un plan de desmonte de las operaciones activas y pasivas perfeccionadas con dichos recursos; dicho desmonte no deberá superar un (1) año.

Por último, y para terminar la verificación del contenido completo de este Decreto, se encuentran los Capítulos V y VI, relativos a la inversión de los excedentes de liquidez en moneda extranjera de las entidades estatales del orden nacional y territorial, así como el de disposiciones generales, respectivamente.

La Sala entra a resolver los cargos endilgados en contra de los actos administrativos acusados.

IV.4.1.- Falta de competencia del Gobierno Nacional para expedir los acusados parágrafos 5º y 6º del artículo 49 del Decreto 1525 de 2008, adicionado mediante el Decreto 4471 de 2008 y modificado por el Decreto 2805 de 2009

Este cargo contiene a su vez dos aristas: (i) una dirigida a reprochar la supuesta determinación de nuevas funciones a los INFIS, (ii) y la otra que controvierte la presunta creación de una causal de extinción de dichos institutos.

Inicialmente se debe precisar que los INFIS son organismos públicos adscritos a los entes territoriales cuyo objeto es la promoción del desarrollo económico, social

y cultural de la comunidad y de las regiones, principalmente mediante la financiación y la prestación de servicios técnicos relacionados con las actividades previstas en el numeral 2º del artículo 268 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Como ya se dijo, el artículo 17 de la Ley 819 fue reglamentado por el Gobierno Nacional mediante los párrafos 4º, 5º y 6º del artículo 49 del Decreto 1525 de 2008, adicionado por el Decreto 4471 de 2008 y modificado a través del Decreto 2805 de 2009.

El artículo 189 de la Constitución Política, respecto de las funciones del Presidente de la República, entre otras, establece:

“[...] **Artículo 189.** Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

(...)

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

(...)

24. Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles.

25. Organizar el Crédito Público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; regular el comercio exterior; y ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley [...]”
(Negritas y subrayas por fuera de texto).

El artículo 300 *ibidem* establece las funciones de las asambleas departamentales, entre las cuales se destaca:

“[...] **Artículo 300.** Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas:

(...)

7. Determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta [...]” (Negrillas y subrayas por fuera de texto).

A su vez, el Decreto 1222 de 1986 prevé, respecto de los establecimientos públicos de carácter departamental, lo siguiente:

“[...] **Artículo 253.** Los establecimientos públicos son organismos creados por las asambleas departamentales, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público. También pueden ser creados por los gobernadores cuando para ello estuvieren precisa y debidamente autorizados por las asambleas.

Los establecimientos públicos tienen las siguientes características: personalidad jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial [...]”.

“[...] **Artículo 263.** Las entidades descentralizadas se someten a las normas del presente estatuto y a las disposiciones que, dentro de sus respectivas competencias, expidan las asambleas y demás autoridades seccionales, en lo atinente a su definición y naturaleza jurídica, características, organización, funcionamiento, régimen de sus actos, inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de sus juntas directivas, de los miembros de éstas y de sus representantes legales. Las sociedades de economía mixta se sujetan, además, a las cláusulas del respectivo contrato social [...]”

“[...] **Artículo 264.** La autonomía de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales se ejercerá conforme a los actos que los rigen, y la tutela gubernamental a que están sometidos tiene por objeto el control de sus actividades y la coordinación de éstas con la política y programas de la administración departamental [...]”

“[...] **Artículo 265.** Las secretarías y departamentos administrativos a los cuales se hallen adscritos los establecimientos públicos, y vinculadas las empresas industriales y comerciales departamentales, serán los organismos encargados de ejercer la tutela gubernamental [...]”.

Así mismo, la Ley 489 sobre las entidades descentralizadas establece lo siguiente:

“[...] Artículo 68°. Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente Ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

Los organismos y entidades descentralizadas, sujetas a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

Parágrafo 1º.- De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.

Parágrafo 2º.- Los organismos o entidades del Sector Descentralizado que tengan como objetivo desarrollar actividades científicas y tecnológicas, se sujetarán a la Legislación de Ciencia y Tecnología y su organización será determinada por el Gobierno Nacional.

Parágrafo 3º.- Lo dispuesto en el presente artículo no se aplica a las corporaciones civiles sin ánimo de lucro de derecho privado, vinculadas al Ministerio del Medio Ambiente, creadas por la Ley 99 de 1993 [...]” (Negrillas y subrayas por fuera de texto).

“[...] Artículo 69°.- Creación de las entidades descentralizadas. Las entidades descentralizadas, en el orden nacional, se crean por la ley, en el orden departamental, distrital y municipal, por la ordenanza o el acuerdo, o con su autorización, de conformidad con las disposiciones de la presente Ley. El proyecto respectivo deberá acompañarse del estudio demostrativo que justifique la iniciativa, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución Política [...]” (Negrillas y subrayas por fuera de texto).

De lo anterior se tiene que, de conformidad con las normas referidas, los INFIS como establecimientos públicos de carácter departamental son organismos creados por las asambleas departamentales y a estas les corresponde dictar normas sobre su creación, modificación, supresión y funcionamiento.

La Ley 819 es de naturaleza orgánica habida cuenta que regula la preparación y aprobación de los presupuestos tanto de la Nación como de las Entidades Territoriales, ubicándose en el marco del artículo 352²⁴ de la Constitución Política, así como normas de responsabilidad y transparencia fiscal. Respecto a la reglamentación de las leyes orgánicas, por parte del Presidente de la República, esta Sección ha sostenido lo siguiente:

“[...] Dadas sus especiales características, la Corte Constitucional en sentencia C-337 de 19 de agosto de 1993 , precisó que las leyes orgánicas gozan de una prerrogativa especial, que reglamentan plenamente una materia, que son estatutos que abarcan toda la normativa de una serie de asuntos señalados expresamente en la Carta Política, que condicionan la actuación administrativa y la expedición de otras leyes sobre la materia de que tratan, o como lo dispone el artículo 151 constitucional, sujetan el ejercicio de la actividad legislativa.

La Jurisprudencia Constitucional tiene definido que la aprobación de leyes orgánicas constituye una excepción a la cláusula general de regulación normativa que el Congreso desarrolla expidiendo leyes cuyo proceso de formación se surte con las exigencias de quórum ordinarias. En tal virtud, ha precisado que la reserva de ley orgánica exige una determinación específica en la Constitución Política, y sus alcances materiales son restrictivos en su interpretación.

En otras palabras, solo forman parte de la reserva de ley orgánica aquellas materias específicas expresamente señaladas por el Constituyente, pues como esta clase de leyes condiciona el ejercicio de la actividad legislativa, una interpretación amplia de esta reserva terminaría por despojar de sus atribuciones al legislador ordinario.

²⁴ “[...] **Artículo 352.** Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar [...]”.

Tanto es así que la Corte Constitucional en sentencia C-432 de 12 de abril de 2000, sostuvo que “la duda en el caso de si una determinada materia tiene reserva de ley orgánica o no, debe resolverse a favor del legislador ordinario”, por dos razones: (i) en observancia de la cláusula general de competencia de regulación normativa en favor del legislador; y (ii) porque las limitaciones propias de las leyes orgánicas constituyen un límite al proceso democrático.

Por lo mismo, aquellas materias que no han sido objeto de señalamiento expreso por parte del Constituyente en el sentido de que deban tramitarse como leyes orgánicas, deberán entenderse sujetas a la competencia del Legislador ordinario.

Sobre este tema la Corte Constitucional también se refirió en sentencia C-557 de 20 de agosto de 2009, en la cual expresó:

“[...] Esta Corporación en múltiples oportunidades ha señalado que por su especial naturaleza y la relevancia normativa que el Constituyente otorgó a las leyes orgánicas y estatutarias, éstas constituyen parámetros de control de constitucionalidad en sentido lato, por mandato del artículo 151 Superior, en cuanto condicionan el ejercicio de la actividad legislativa y, por consiguiente, la validez de las leyes posteriores. Así, estas leyes de naturaleza supralegal por disposición de la propia Constitución no solamente constituyen un límite a la actuación de las autoridades sino también restringen la libertad de configuración legislativa, pues el Legislador ordinario necesariamente debe atenerse a lo establecido en ellas. La Corte ha concluido que tanto las leyes ordinarias como las normas de inferior jerarquía, además de que deben ajustarse a todas las disposiciones constitucionales, deben estar conformes a lo dispuesto en las leyes orgánicas y estatutarias, puesto que al contradecir estas últimas incurren en una violación indirecta de los artículos 151 y 152 de la Constitución, que puede generar su declaratoria de inexecutable, ya que su desconocimiento no genera la ilegalidad de la ley ordinaria sino que puede generar su inconstitucionalidad (Negrillas y subrayas fuera de texto).

El anterior criterio Jurisprudencial se aplica a la Ley Orgánica de Presupuesto, asunto relevante para el examen de los cargos, pues la parte actora considera que el Decreto acusado 4730 de 2005, debe declararse nulo, porque el Presidente de la República excedió la potestad reglamentaria, porque su expedición corresponde al Congreso de la República, mediante una Ley Orgánica.

La Corte Constitucional mediante sentencia 1379 de 11 de octubre de 2000, señaló que las normas orgánicas, entre las cuales se incluyen las de presupuesto, tienen una categoría superior que condiciona el ejercicio de la actividad legislativa, al punto de que el control de Constitucionalidad implica que se confronte la disposición acusada no solamente con la Constitución sino también con la norma orgánica.

Ahora bien, la Ley 225 de 20 de diciembre de 1995, “Por la cual se modifica la Ley Orgánica de Presupuesto”, en su artículo 24, autorizó

al Gobierno Nacional para compilar las normas de esta Ley, y las Leyes 38 de 21 de abril de 1989, “Normativo del Presupuesto General de la Nación” y 179 de 30 de diciembre de 1994, “Por la cual se introducen algunas modificaciones a la Ley 38 de 1989 Orgánica Presupuesto”, “sin cambiar su redacción ni contenido, esta compilación será el Estatuto Orgánico del Presupuesto”

Por lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 111 de 15 de enero de 1996, “por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995, que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto”.

El mismo Decreto 111 de 1996 en su artículo 2°, dispuso:

“[...] Artículo 2o. Esta Ley Orgánica del Presupuesto, su reglamento, las disposiciones legales que ésta expresamente autorice, además de lo señalado en la Constitución, serán las únicas que podrán regular la programación, elaboración, presentación, aprobación, modificación y ejecución del presupuesto, así como la capacidad de contratación y la definición del gasto público social. En consecuencia, todos los aspectos atinentes a estas áreas en otras legislaciones quedan derogados [...]”

La Corte Constitucional expresó que Ley Orgánica del Presupuesto podrá ser reformada por el Congreso cuantas veces éste lo estime conveniente, cumpliendo el trámite previsto en la Constitución y en el Reglamento del Congreso, para los proyectos de leyes orgánicas, pues una ley nunca podrá cerrar el paso a la posibilidad de su propia reforma .

Lo anterior no quiere decir que al Presidente de la República le esté vedado ejercer la potestad reglamentaria en materia de Leyes Orgánicas, como parece entenderlo la parte actora, puesto que, como ocurre con las Leyes Ordinarias, aquellas no necesariamente agotan toda la materia, en este caso presupuestal, y para hacerlas viables requieren de reglamentos que no necesariamente son materia de Ley Orgánica ni ordinaria; el ejercicio de la potestad reglamentaria además es permanente e intemporal y no requiere de habilitación distinta que la que le confiere la Constitución Política [...]²⁵ (Negrillas y subrayas por fuera de texto).

Así las cosas, el artículo que sirvió de sustento normativo para dictar las normas reglamentarias acusadas hace parte de una ley orgánica que reguló lo concerniente a la materia presupuestal y en este caso en particular, en el artículo

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 23 de octubre de 2014, número único de radicación 11001-03-24-000-2011-00159-00, Consejera ponente María Elizabeth García González. Decisión reiterada con sentencia de 16 de abril de 2015, número único de radicación 11001-03-24-000-2011-00158-00, Consejero ponente Marco Antonio Velilla Moreno.

17, se encargó de los excedentes transitorios de liquidez de las entidades territoriales.

Contrario a lo manifestado por la parte actora, no era competencia de la asamblea departamental regular las condiciones en que los INFIS podían acceder a la captación, colocación y administración de los excedentes de liquidez de las entidades territoriales a las que estuvieran adscritos, así se tratara de un establecimiento público de carácter territorial, como quiera que dicho asunto ni gira en torno ni guarda relación directa con el funcionamiento propiamente considerado de esos institutos, sino que atiende a una competencia constitucional, de orden presupuestal, prevista por la ley orgánica y cuya potestad reglamentaria le corresponde al Presidente de la República en los términos del numeral 11 del artículo 189 Superior.

Por lo tanto, no se observa incompetencia del Presidente de la República para disponer lo pertinente en los párrafos 5º y 6º, en la medida que no se comprobó la circunstancia según la cual, con las normas acusadas, se dispusieron nuevas funciones a los INFIS, así como tampoco se demostró que, de haber ocurrido, ello constituye un defecto de los actos demandados.

A su vez, bajo esas mismas consideraciones, la Sala tampoco encuentra prosperidad a este cargo de falta de competencia funcional, según la segunda perspectiva planteada por el actor, porque del análisis detallado de las disposiciones censuradas no se evidencia la adición o creación de una causal de extinción o supresión de los INFIS, ni con ello la transgresión de los límites a la autonomía y descentralización administrativa de los entes territoriales.

El Gobierno Nacional, lejos de incurrir en estas conductas, lo que hizo fue prever una serie de pasos y determinar las medidas necesarias que debían ser adoptadas por aquellos agentes intervinientes en la constitución y perfeccionamiento de los negocios con los recursos provenientes, exclusivamente, de los excedentes de liquidez de las entidades territoriales.

Una vez reafirmada por el Ejecutivo, la obligación legal que tienen los INFIS de mantener su calificación de bajo riesgo crediticio para seguir manejando los excedentes de liquidez, lo que no es más que una reiteración de lo ordenado por el parágrafo del artículo 17 de la Ley 819, lo que sigue a continuación son los pasos administrativos que tienen que agotarse en los casos en que esos institutos no obtengan las calificaciones previstas, eventos que por su grado de complejidad, detalle, conocimiento especializado y cotidianeidad, no fueron abarcados por el legislador sino que responden a la necesidad de someterlos al tratamiento del reglamento.

No puede confundirse, como si fuesen uno solo, las intervenciones legítimas del Gobierno Nacional en materia orgánica del presupuesto general, captación, responsabilidad y transparencia fiscal -sometidas al caso *sub iudice*-, encaminadas a organizar, salvaguardar, proteger, rescatar y evitar que se dilapiden los recursos públicos, entre ellos los excedentes de liquidez, con la estructura y el funcionamiento administrativo de los INFIS -lo que no es objeto de examen-.

La Sala, por lo mismo, no halla una relación lo suficientemente conducente y congruente entre el planteamiento fáctico-jurídico del cargo y la nulidad pretendida de las pluricitadas disposiciones. No encuentra demostrado el vicio de falta de competencia que se predica de los parágrafos 5º y 6º del artículo 49 del Decreto

1525 de 2008, adicionado mediante el Decreto 4471 de 2008 y modificado con el Decreto 2805 de 2009, de ahí que se deba denegar la prosperidad del cargo en estudio.

IV.4.2.- Violación de las normas en que debieron fundarse los demandados parágrafos 4º, 5º y 6º del artículo 49 del Decreto 1525 de 2008, adicionado mediante el Decreto 4471 de 2008 y modificado por el Decreto 2805 de 2009

Respecto al segundo cargo de violación, el demandante advirtió que el artículo 17 de la Ley 819 solo exige de las INFIS una calificación de bajo riesgo crediticio, sin sujetarla a que sea la máxima o la segunda mejor, por lo que no puede restringirse o limitarse por el reglamento el acceso de esos institutos al manejo de los excedentes de liquidez de las entidades territoriales. La parte actora señala que se vulneró dicha norma de la cual se colige que es deber de las entidades territoriales invertir sus excedentes en títulos que cuenten con una alta calificación o en entidades financieras calificadas como de bajo riesgo crediticio.

El demandante advierte que, además del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y del artículo 17 de la Ley 819, se vulneraron los artículos 2.3.2.1 y 2.3.2.2 de la Resolución 400 de 1995, expedida por la Superintendencia de Valores, hoy SUPERFINANCIERA, la cual dispone lo siguiente:

“[...] Artículo 2.3.2.1.- Modificado. Resolución 1062 de 1998, artículo 1º. Procedimiento de calificación. Toda calificación de un valor, así como su revisión, deberá hacerse por la junta directiva de la sociedad calificadora con base en un estudio técnico elaborado con sujeción al reglamento, a los criterios de calificación, y al procedimiento técnico que la misma haya remitido a la Superintendencia de Valores [...]”.

“[...] Artículo 2.3.2.2.- Modificado. Resolución 1062 de 1998, artículo 1º. Adopción de la calificación. Del estudio técnico, de sus conclusiones, de las deliberaciones sobre el mismo y de la calificación que adopte la junta directiva, se dejará constancia en las respectivas actas, las cuales deberán quedar a disposición de la Superintendencia

de Valores. En caso de que la Superintendencia requiera copia de esas actas, se mantendrán en reserva y por consiguiente no se incluirán en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.

Parágrafo.- En los estatutos de la sociedad calificadora deberá estipularse que, para efectos de deliberar y decidir sobre la calificación de un valor, será necesario que se encuentren presentes todos los miembros principales de la junta directiva o, a falta de alguno de ellos, su respectivo suplente [...].”

Ahora, la Sala encuentra que la calificación o ranking de entidades obedece a un concepto financiero que consiste en clasificar jerárquicamente o categorizar a un grupo de empresas de acuerdo con determinadas variables, tales como la rentabilidad, los resultados, la relación de solvencia, a fin de realizar un diagnóstico y valorar el riesgo frente a una decisión de inversión, la cual es realizada por personas especializadas en la materia. Las entidades que realizan dicha calificación son denominadas sociedades calificadoras de valores o riesgo, en adelante SCR, y se encuentran sometidas a la vigilancia de la SUPERFINANCIERA²⁶.

La SUPERFINANCIERA cuando se refiere a la calificación de riesgo, la define como *“[...] una opinión profesional que produce una sociedad calificadora de riesgos, sobre la capacidad de un emisor para pagar el capital y los intereses de sus obligaciones en forma oportuna. Para llegar a esa opinión, las SCR desarrollan estudios, análisis y evaluaciones de los emisores así mismo, deben adoptar metodologías que garanticen la obtención de calificaciones objetivas e independientes basada en el análisis idóneo y técnico de la información relevante para el proceso de calificación. La calificación de valores es el resultado de la necesidad de dotar a los inversionistas de nuevas herramientas para la toma de sus decisiones [...]”*.

²⁶ Concepto núm. 2003041310-1 de septiembre 09 de 2003.

De igual forma, señala la SUPERFINANCIERA que en la actualidad existen tres SCR inscritas en el Registro Nacional de Agentes del Mercado de Valores, que son BRC INVESTOR SERVICES S.A.²⁷, FITCH RATINGS COLOMBIA S.A.²⁸ y VALUE AND RISK RATING S.A.²⁹. Las metodologías con base en las cuales la SCR determinan las calificaciones deben estar actualizadas permanentemente, constar por escrito y permanecer a disposición de la SUPERFINANCIERA y del público en general, a través de su publicación en la página web de la respectiva sociedad calificadora.

La reglamentación sobre la calificación de riesgos de entes territoriales estaba vertida, para el momento de la expedición de los actos acusados, en el Decreto 2540 de 27 de noviembre de 2001³⁰, en el que se prevé que este es un instrumento útil para el adecuado análisis de riesgo crediticio por parte de los establecimientos de crédito y, en consecuencia, su utilización es apropiada para la ponderación de operaciones de crédito realizadas con las entidades territoriales y para efectos del cálculo del margen de solvencia. Por su parte, la Ley 819 enuncia la obligatoriedad de calificar la capacidad de pago de los entes territoriales.

Conforme a lo anterior, las escalas de calificación usadas en Colombia para valorar las entidades territoriales, según cada SCR, reseñadas por la SUPERFINANCIERA y las cuales se encuentran en la página web de cada una de aquellas, así como en el expediente, son las siguientes: **FITCH RATINGS COLOMBIA S.A., BRC INVESTOR SERVICES S.A. y VALUE AND RISK RATING S.A.**, las cuales utilizan un sistema alfabético para determinar la calificación de crédito, pero no hay un código homogéneo entre ellas, sino que cada una utiliza una escala propia. Por ejemplo, **BRC INVESTOR SERVICES S.A.**

²⁷ BRC INVESTOR SERVICES S.A. SOCIEDAD CALIFICADORA DE VALORES: www.brc.com.co

²⁸ FITCH RATINGS COLOMBIA S.A. SOCIEDAD CALIFICADORA DE VALORES: www.fitchratings.com.co

²⁹ VALUE AND RISK RATING S.A. SOCIEDAD CALIFICADORA DE VALORES: www.vriskr.com

³⁰ “[...] Por el cual se dictan normas sobre ponderación de créditos a entidades territoriales para efectos del cálculo de la relación de solvencia [...]”.

utiliza “BRC 1+” y “AAA” para su máxima calificación de crédito -aquellas en grado de inversión que tienen menor riesgo-, en deudas a corto y largo plazo, respectivamente, y “BRC 4, 5, 6” y “BB hasta E” para aquellas con grado de no inversión o alto riesgo en deudas a corto y largo plazo, respectivamente.

Distinto a ello, **FITCH RATINGS COLOMBIA S.A.** otorga las siglas “F1+, F1” y “AAA” a la más alta calidad crediticia-, en deudas a corto y largo plazo, respectivamente, y “B hasta E” y “BB+ hasta E” a calificaciones en grado especulativo y de incumplimiento, en deudas a corto y largo plazo, respectivamente. Y, por su parte, **VALUE & RISK RATING S.A.**, entrega “VsR 1” y “AAA” a las mejores calificaciones en deudas a corto y largo plazo, respectivamente, así como “VrR 4 hasta VrR 6” y “BB hasta E” para las peores, en deudas a corto y largo plazo, respectivamente.

Así, dependiendo de las diferentes calificaciones asignadas, bien sea a corto o largo plazo, ésta puede ubicarse dentro del nivel de grado de inversión (máxima calidad crediticia, alta calidad crediticia, buena calidad crediticia, calidad crediticia satisfactoria), o grado de especulación (calidad crediticia cuestionable o dudosa) o de especulación con alto riesgo (calidad crediticia muy pobre o con alta probabilidad de incumplimiento).

Resulta de alta trascendencia para el análisis del caso *sub examine*, entonces, discernir en torno al concepto de “bajo riesgo crediticio”, habida cuenta que la norma obliga a que se obtenga tal calificación dentro de un plazo de un año a partir de la vigencia de la ley para que los INFIS puedan seguir manejando los excedentes de liquidez que ya tenía depositados y siga captándolos en lo sucesivo.

El concepto legalmente exigido de “bajo riesgo crediticio”, en efecto, no cuenta con una regulación específica que la defina. Revisados los antecedentes de la Ley 819, en especial los que dan cuenta de las discusiones, exposiciones y distintas versiones a la que fue sometido su artículo 17, la Sala evidencia lo siguiente:

En la Gaceta del Congreso núm. 231 de 14 de junio de 2002, este artículo, que correspondía al 18 en la versión de la ponencia para el primer debate del Proyecto de Ley número 230 de 2002 Cámara, establecía una exigencia de calificación del mínimo riesgo para aquellas entidades vigiladas por la extinta Superintendencia Bancaria en las que se fuesen a colocar excedentes de liquidez, sin que aún fuesen previstos, para dicha labor, en los INFIS:

“[...] **Artículo 18. Colocación de excedentes de liquidez.** Las entidades territoriales deberán colocar todos sus excedentes transitorios de liquidez **en depósitos financieros de mínimo riesgo en entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria** [...]” (Negrillas y subrayas por fuera de texto original).

En la Gaceta del Congreso núm. 465 de 1° de noviembre de 2002, en la que consta la ponencia para el segundo debate, ya se dejó plasmada la posibilidad de que los INFIS participaran en la captación de excedentes de liquidez, sujetándolo a que solo tuvieran una calificación en el grado de inversión:

“[...] 20. **Colocación de excedentes de liquidez** (Artículo 19 corresponde al artículo 18 aprobado por la Comisión Cuarta)

El gobierno y los ponentes aceptamos la propuesta de las entidades territoriales para que los INFIS puedan ser depositarios de sus excedentes de liquidez, siempre y cuando cuenten con una calificación en grado de inversión de entidades autorizadas en Colombia. Así mismo se establece un plazo de seis meses para que presenten la calificación respectiva, pues, previas las consultas respectivas, se encontró que es un tiempo más que suficiente para ello y, además, así lo establece el Decreto 610 de 2002 que fija criterios para la calificación de entidades descentralizadas del orden territorial.

Se adicionará la siguiente frase al final del artículo: “(...) *o en Institutos de Fomento y Desarrollo **calificados en grado de inversión** por entidades autorizadas en Colombia (...)*” y el siguiente párrafo: “(...) *Las entidades territoriales podrán seguir colocando sus excedentes de liquidez en Institutos de Fomento y Desarrollo mientras estos últimos obtienen la calificación, para lo cual tendrán un plazo de seis meses a partir de la vigencia de la presente ley (...)*” (...)

Artículo 19. Colocación de excedentes de liquidez. Las entidades territoriales deberán colocar todos sus excedentes transitorios de liquidez en depósitos financieros de mínimo riesgo en entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, **o en Institutos de Fomento y desarrollo calificados en grado de inversión por entidades autorizadas en Colombia.**

Parágrafo. Las Entidades Territoriales podrán seguir colocando sus excedentes de liquidez en Institutos de Fomento y Desarrollo mientras estos últimos obtienen la calificación, para lo cual tendrán un plazo de seis meses a partir de la vigencia de la presente ley. [...] (Negritas y subrayas por fuera de texto).

No obstante, con posterioridad, en el Acta de las Comisiones Accidentales de Mediación integradas por la Cámara de Representantes y el Senado de la República para conciliar las discrepancias que surgieron respecto del articulado del Proyecto de ley 159 de 2002 Senado, 230 de 2002 Cámara, la que reposa en la Gaceta del Congreso núm. 394 de 11 de agosto de 2003, luego de analizar los textos definitivos aprobados por las respectivas plenarias y cumpliendo con la misión encomendada por las Mesas Directivas de cada una de las Cámaras, aquellas solicitaron de las plenarias de cada una de las corporaciones, impartir su aprobación final al texto aprobado por el Senado de la República para que repetido el segundo debate fuese finalmente adoptado. En este texto definitivo, aparece el artículo 17 en su versión final, tal como resultó en la Ley 819:

“[...] **Artículo 17. Colocación de excedentes de liquidez.** Las entidades territoriales deberán invertir sus excedentes transitorios de liquidez en Títulos de Deuda Pública Interna de la Nación o en títulos que cuenten con una alta calificación de riesgo crediticio o que sean depositados en entidades financieras calificadas como de bajo riesgo crediticio.

Parágrafo. Las entidades territoriales podrán seguir colocando sus excedentes de liquidez en Institutos de Fomento y Desarrollo mientras

estos últimos obtienen la calificación de bajo riesgo crediticio, para lo cual tendrán un plazo de un (1) año a partir de la vigencia de la presente ley [...]”.

Este escrutinio de los antecedentes legislativos del artículo 17 de la Ley 819 le permite a la Sala observar que en la concepción inicial de la norma, no estaban habilitados los INFIS para captar recursos provenientes de los excedentes de liquidez de las entidades territoriales, y que si bien posteriormente lo fueron, exigiéndoseles para ello contar con una calificación solo de grado de inversión, lo cierto es que al final y como resultado del debate en las Comisiones Accidentales de ambas cámaras, al imponerse la visión del Senado sobre la de la Cámara, la disposición se endureció al exigir la calificación de bajo riesgo crediticio.

Esto permite concluir, como primera medida, que resulta desacertada la conclusión a la que arriba el actor, luego de su análisis particular de los antecedentes del artículo 17 de la Ley 819, al señalar que el concepto de “bajo riesgo crediticio” corresponde al mismo de “grado de inversión”. Ello no solo es incorrecto sino que no se compadece con la realidad a la que fue sometida la norma y, sobre todo, al espectro más o menos amplio que representa el grado de inversión.

Pero también demuestra que no es un concepto que hubiese cerrado el legislador, mucho menos con una definición propia y excluyente, ni compuesta por elementos exactos de objetiva observancia, sino que, por el contrario, ante el grado de ambigüedad que ofrece su aplicación material, es el reglamento la herramienta idónea que en estos casos permite aterrizar la ponderada materialización de lo ordenado en el texto legal, respetando en cualquier caso su espíritu, esencia y contenido neurálgico.

La facultad reglamentaria se encuentra supeditada a la intensidad y precisión con que la ley haya tratado previamente el asunto, de tal suerte, que a mayor regulación o claridad legal, menor intervención por parte del reglamento y viceversa, lo que en el asunto bajo examen se observa inclinado hacia este último de los escenarios.

Así pues, la Sala observa que el objetivo del artículo 17 de la Ley 819 es exigir que las entidades territoriales, al realizar las inversiones de los excedentes de liquidez en los INFIS, revisen detenidamente el riesgo de sus operaciones, requiriéndoles calificaciones de “bajo riesgo crediticio”, sin que hubiese definido a cuáles correspondían estas, ni su alcance y contenido, tal cual se explicó con anterioridad.

A lo largo de todo el Decreto 1525 de 2008, tal como se plasmó al inicio de estas consideraciones, el Ejecutivo fijó las pautas y requisitos mínimos que deben cumplir las entidades territoriales para invertir los excedentes de liquidez, incluidas las previstas en el artículo 17 de la Ley 819, las que ahora se recuerdan en aras de resaltar el contexto dentro del cual se ubican las censuradas calificaciones previstas para los INFIS:

- Los establecimientos públicos del orden nacional y las entidades estatales del orden nacional a las cuales se les apliquen las disposiciones de orden presupuestal de aquellos, deben invertir sus excedentes de liquidez originados tanto en sus recursos propios como administrados, y los de los Fondos Especiales administrados por ellos, en Títulos de Tesorería TES, Clase "B" del mercado primario adquiridos directamente en la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en adelante DGCPTN.

- En los actos y contratos que en relación con los excedentes de liquidez, impliquen de cualquier manera el depósito, la disposición, adquisición, manejo, custodia, administración de dinero, de títulos y en general de valores, por parte de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden nacional y de las Sociedades de Economía Mixta sujetas al régimen de aquellas, dedicadas a actividades no financieras, así como a las empresas sociales del Estado y las empresas de servicios públicos en las que la participación del Estado sea superior al noventa por ciento (90%) de su capital, las inversiones financieras deberán efectuarse bajo los criterios de transparencia, rentabilidad, solidez y seguridad, y en condiciones de mercado.
- Las Sociedades de Economía Mixta con participación pública inferior al noventa por ciento (90%) de su capital, las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, así como de aquellas con participación directa o indirecta del Estado superior al cincuenta por ciento (50%) de su capital social del orden nacional, la Comisión Nacional de Televisión, las Corporaciones Autónomas Regionales y los entes universitarios autónomos podrán ofrecer sus excedentes de liquidez a la DGCPTN en condiciones de mercado.
- Tanto las entidades territoriales como las entidades descentralizadas del orden territorial con participación pública superior al cincuenta por ciento (50%), en desarrollo de lo ordenado en la primera parte del artículo 17 de la Ley 819, debían invertir sus excedentes de liquidez más específicamente en: (i) Títulos de Tesorería TES, Clase "B", tasa fija o indexados a la UVR, del mercado primario directamente ante la DGCPTN o en el mercado secundario en condiciones de mercado, y (ii) Certificados de depósitos a término, depósitos en cuenta corriente, de ahorros o a término en condiciones de mercado en establecimientos bancarios vigilados por la SUPERFINANCIERA

o en entidades con regímenes especiales contempladas en la parte décima del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Asimismo preceptúa que, para efecto de las inversiones en establecimientos bancarios, estos deberán contar con la siguiente calificación de riesgo, según el plazo de inversión, así:

- a) Para inversiones con plazo igual o inferior a un (1) año, el establecimiento bancario deberá contar con una calificación vigente correspondiente a la máxima categoría para el corto plazo de acuerdo con las escalas usadas por las sociedades calificadoras que la otorgan y contar como mínimo con la tercera mejor calificación vigente para el largo plazo utilizada por las respectivas sociedades;
 - b) Para inversiones con plazo superior a un (1) año, el establecimiento bancario deberá contar con la tercera mejor calificación vigente para el largo plazo según la escala utilizada por las sociedades calificadoras y la máxima calificación para el corto plazo de acuerdo con la escala utilizada para este plazo.
- También prescribe que las sociedades fiduciarias que administren excedentes de liquidez de las entidades territoriales y sus descentralizadas deberán contar con la máxima calificación vigente en fortaleza o calidad en la administración de portafolio según la escala de la sociedad calificadora que la otorga y que la misma esté vigente. Igualmente, las entidades territoriales y sus descentralizadas, podrán invertir estos recursos en carteras colectivas del mercado monetario o abiertas sin pacto de permanencia, en ambos casos siempre y cuando la sociedad fiduciaria administradora de las mismas, cuente

con la calificación prevista en el presente párrafo -máxima calificación vigente- y cumpla, como administrador de la cartera colectiva, con el régimen de inversión previsto.

- **Para el caso sub iudice**, el Gobierno Nacional dictaminó, con relación a la colocación de excedentes de liquidez en los INFI por parte de las entidades territoriales y descentralizadas del orden territorial con participación pública superior al cincuenta por ciento (50%), que estas podrán mantenerlos allí siempre y cuando aquellos demuestren que tienen la calificación de bajo riesgo crediticio conforme lo establece el párrafo del artículo 17 de la Ley 819. **A renglón seguido, el Gobierno Nacional determinó que ese bajo riesgo crediticio se define en un INFI cuando, por lo menos, tiene la segunda mejor calificación tanto para el largo como el corto plazo**, de acuerdo con las escalas vigentes usadas por las sociedades calificadoras.
- Por último, los establecimientos públicos del orden nacional y entidades estatales del orden nacional a las cuales se les apliquen las disposiciones de orden presupuestal de aquellos, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, la Comisión Nacional de Televisión, las Corporaciones Autónomas Regionales y los entes universitarios, deben hacer las inversiones de sus excedentes en títulos de deuda pública emitidos por otros gobiernos, cuentas corrientes o de ahorro en moneda extranjera, depósitos remunerados en moneda extranjera y certificados de depósito en moneda extranjera, deben ser constituidos en gobiernos o instituciones financieras internacionales que cuenten con una calificación de riesgo de largo plazo como mínimo de (A+) o su equivalente y una calificación de riesgo de corto plazo como mínimo de (A-1+) o su equivalente, emitidas únicamente por aquellas agencias calificadoras

de riesgo que califiquen la deuda externa de la Nación. Igualmente podrán invertir en sucursales en el exterior de establecimientos bancarios vigilados por la SUPERFINANCIERA que cuenten con la máxima calificación vigente para largo y corto plazo según la escala utilizada por las sociedades calificadoras.

En este orden, la Sala concluye que el Gobierno Nacional, a través de las normas demandadas, llenó de contenido material lo ordenado en el artículo 17 de la Ley 819, sin alterarlo o cambiar su sentido, y sin infringir las normas superiores en que los actos debían fundarse, a partir de las precisas facultades constitucionales otorgadas por el numeral 11 del artículo 189 Superior, estableciendo un conjunto organizado de calificaciones y plazos que administrativamente resultan necesarios e indispensables para la correcta implementación de las inversiones de los excedentes de liquidez de las entidades involucradas allí, en el marco del criterio indefinido por el legislador de “bajo riesgo crediticio”.

Las condiciones de mercado son cambiantes y por ende también lo son los riesgos de las inversiones que se efectúen con los recursos estatales, por lo que tanto las normas como las decisiones del Gobierno regulador e interventor de aquel deben ser dinámicas y oportunas, lo cual se logra con instrumentos flexibles como el reglamento, compendio que constituye una herramienta eficaz para aplicar esta materia de alta complejidad.

Pero además no se puede obviar que los principios de seguridad y precaución económica, como elementos soberanos de las políticas públicas del Estado, deben resguardarse con medidas gubernamentales eficientes y a la altura de las circunstancias o coyunturas económicas, como quiera que, de lo contrario, tornaría inane, inoportuna y tardía la actuación pública.

Y es que, al igual que los establecimientos bancarios, sociedades fiduciarias e instituciones financieras internacionales, los INFIS quedaron sometidos al cumplimiento de esas calificaciones mínimas que el Gobierno Nacional determinó en el contexto del parámetro general de “bajo riesgo crediticio” previsto por el legislador para captar e invertir los excedentes de liquidez de las entidades territoriales y demás órganos estatales.

Así las cosas, la calificación mínima equivalente a la segunda mejor tanto para el largo como para el corto plazo según las escalas vigentes usadas por cada sociedad calificadora, so pena de tener que desmontar dichas operaciones y no poder seguir captando excedentes de liquidez, no constituye una disposición viciada de ilegalidad alguna, habida cuenta que en su formación ni se evidencia la transgresión de las normas en que debían fundarse, ni se modificó o discrepó sustancialmente el artículo identificado como objeto de esa potestad. Todo lo contrario, ante la innegable realidad del concepto legal de “bajo riesgo crediticio”, según la cual, le hizo falta aquellos pormenores necesarios para su correcta aplicación, operó inmediatamente la potestad reglamentaria con el fin de proveer la regulación de esos detalles, sin que con ello se hubiese desbordado la misma.

En consecuencia, este cargo formulado en contra de los párrafos 4º, 5º y 6º del artículo 49 del Decreto 1525 de 2008, adicionado mediante el Decreto 4471 de 2008 y modificado con el Decreto 2805 de 2009, también será denegado, al igual que la violación al principio de igualdad cuyo alcance está atado al exceso de la potestad reglamentaria.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: ORDENAR a la Secretaría de la Sección Primera del Consejo de Estado que una vez en firme esta sentencia archive el expediente, previas las anotaciones a que haya lugar.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 4e abril de 2019.

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Presidente

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS