

D-12904
ok

Bogotá D.C, Septiembre de 2018



12:07 pm

Honorables Magistrados
Corte Constitucional
Sala Plena

Ref: **Demanda de inconstitucionalidad contra algunos apartes de los numerales 6 y 7 del artículo 16 de la Ley 1882 de 2018 "POR LA CUAL SE ADICIONAN, MODIFICAN Y DICTAN DISPOSICIONES ORIENTADAS A FORTALECER LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA, LA LEY DE INFRAESTRUCTURA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES"**

INTI RAÚL ASPRILLA REYES identificado como aparece al pie de mi, mayor de edad y residente de esta ciudad, en mi condición de ciudadano en pleno ejercicio de mis derechos y actuando en nombre propio con fundamento en el numeral 6 del artículo 40 de la constitución y el decreto reglamentario 2067 de 1991, presento antes este despacho judicial **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra los numerales 6 y 7 del artículo 16 de la Ley 1882 de 2018 por la violación de los artículos 259, 345, 346, 347 de la Constitución Nacional.

I. NORMAS DEMANDADAS

Ley 1882 de 2018

"POR LA CUAL SE ADICIONAN, MODIFICAN Y DICTAN DISPOSICIONES ORIENTADAS A FORTALECER LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA, LA LEY DE INFRAESTRUCTURA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES"

El Congreso de Colombia

Decreta:

Artículo 16. Modifíquese los numerales 6 y 7 del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012, los cuales quedarán así.

6. No se podrá celebrar este tipo de contratos durante el último año de gobierno salvo que sean celebrados por el Distrito Capital, los distritos y municipios de categoría especial que sean capitales de departamento y los departamentos de categoría especial y/o sus entidades descentralizadas.

actuando de conformidad con la evolución jurisprudencial aplique e incluso amplie el precedente consagrado en la Sentencia C-346 de 2017 a los supuestos de las normas acusadas. Providencia en la cual se analizó el numeral 6 del artículo 27 de la ley 1508 de 2012 por un cargo de vulneración de la autonomía territorial; ampliar el precedente así configurado a favor de la libertad relativa de las entidades territoriales en este caso permite un entendimiento contemporáneo sobre los límites constitucionales de la autonomía territorial, autogobierno y el equilibrio y protección de las finanzas públicas territoriales.

V. FUNDAMENTO JURIDICO DE LA DEMANDA

Con el propósito de hacer una presentación clara y resumida de los cargos de inconstitucionalidad, de manera general realizaré una presentación de los argumentos principales que soportan el reproche de constitucionalidad de las normas demandadas.

En este sentido, la presente demanda formulará un juicio de constitucionalidad en torno a la validez de las normas demandadas por considerar que al introducir una excepción en el numeral 6 del artículo 16 de la ley demandada -Ley 1882 de 2018- y otorgar a ciertas entidades territoriales la capacidad de celebrar contratos de asociaciones público privadas -APP- durante el último año de gobierno; y de otra parte, introducir la modificación del numeral 7 del mismo artículo según el cual es posible expedir vigencias futuras en el último año de gobierno y hasta por la duración del proyecto, quebranta sendos principios y normas constitucionales, por ello en primer término describiré el cambio realizado a los enunciado normativos de las normas demandadas y posteriormente presentaré el esquema general del argumento jurídico:

<p>Texto anterior Ley 1508 de 2012. Art 27</p> <p>Numerales Demandados</p>	<p>Texto Vigente</p> <p>Modificado por la Ley 1882 de 2018. Artículo 27. Ley 1508 de 2012.</p> <p>Numerales 6 y 7.</p> <p>(Apartes subrayados acusados)</p>
<p>6. No se podrá celebrar este tipo de contratos durante el último año de gobierno.</p>	<p>6. No se podrá celebrar este tipo de contratos durante el último año de gobierno <u>salvo que sean celebrados por el Distrito Capital, los distritos y municipios de categoría especial que sean capitales de departamento y los departamentos de categoría especial y/o sus entidades descentralizadas.</u></p>
<p>7. Las vigencias futuras que se expidan deberán cumplir las normas vigentes que regulan la materia y los parámetros previstos en el presente artículo.</p>	<p>7. Las vigencias futuras que se expidan deberán cumplir las normas vigentes que regulan la materia y los parámetros previstos en el presente artículo. <u>En cualquier caso, cuando las vigencias futuras correspondan a proyectos de Asociación Público Privada a cargo del Distrito Capital, de los distritos y municipios de categoría especial que sean capitales de departamento y de los departamentos de categoría especial, y/o sus entidades descentralizadas, estas podrán ser aprobadas en el último año de gobierno y hasta por el plazo de duración de proyecto respectivo, sin perjuicio del cumplimiento de los trámites y requisitos dispuestos en este artículo, incluyendo lo relacionado con la aprobación prevista de riesgos y pasivos contingentes ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.</u></p>

VI. PRECEDENTE CONSTITUCIONAL APLICABLE AL PRESENTE CASO

El año pasado, la Corte Constitucional estudio una demanda que se constituye en precedente aplicable al presente asunto. La demanda que conoció la Sala Plena en aquella oportunidad cuestionó la constitucionalidad de los artículos 27 (parcial) de la Ley 1508 de 2012 y 37 (parcial) de la Ley 1753 de 2015, por la vulneración de los artículos 287, 298, 303, 305-2, 314 y 315 de la Constitución, específicamente, centró su argumentación en la violación del principio de la autonomía de las entidades territoriales.

En el *decisum* la Corte resolvió declarar **EXEQUIBLE**, “Por el cargo analizado en esta sentencia, el numeral 6º del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012 “por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”.¹

En líneas generales el reproche de constitucionalidad se fundamentó en que la prohibición a los mandatarios locales para celebrar contratos de APP durante el último año de gobierno, desconoce la autonomía territorial y, específicamente, atenta contra la capacidad de autogestión de la que son titulares los alcaldes y gobernadores, capacidad que es plena durante el período para el cual fue elegido el respectivo mandatario. En ese sentido, el demandante estimó que, al impedir que los contratos de APP sean adjudicados en el último año de gobierno, se afecta la efectividad del mandato de estos gobernantes.²

Sobre el particular la Corte señaló que del tenor literal de la norma objeto del reproche se desprende que la prohibición está dirigida a las autoridades locales y referida exclusivamente a la celebración de los contratos de Asociación Público -Privada y no a la celebración y ejecución de otros actos jurídicos como es la ejecución de los mismos contratos u otro tipo de relación contractual. Por ello, afirmó que la norma en modo alguno anula la posibilidad de ejecutar este tipo de Contratos APP, por el contrario, la norma es taxativa en prohibir su celebración en el último año del gobierno.

En su análisis de constitucionalidad la sala plena encontró ajustada la prohibición pues considera que su fundamentó en al menos dos razones de índole constitucional. La primera razón es que la limitación en la suscripción de los Contratos APP resulta de la restricción del compromiso de las vigencias futuras consignada en el artículo 12 de la ley 819 de 2003 último inciso según la cual “En las entidades territoriales, queda prohibida la aprobación de cualquier vigencia futura, en el último año de gobierno

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-346 de 2017. M.P Gloria Stella Ortiz Delgado. En esta sentencia también se demandó el parágrafo 4 del **Artículo 37. Derecho a retribuciones en proyectos de APP. Modifíquese el artículo 5º de la Ley 1508 de 2012, el cual quedará así (..)**”. En esta sentencia la Corte planteó el problema jurídico en los siguientes términos: ¿La previsión legal que prohíbe la celebración de contratos de APP en el último año de gobierno del mandatario local, vulnera las normas constitucionales que establecen la autonomía de las entidades territoriales para gobernarse por sus autoridades propias, ejercer las competencias que le correspondan y gestionar sus propios asuntos?, en el cual se resolvió declarar inexecutable la expresión “del orden nacional”, contenida en el parágrafo 4º del artículo 37 de la Ley 1753 de 2015 “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 ‘Todos por un nuevo país’”.

² Ídem.

el cual es necesario para ejecutar su programa de gobierno. En ese orden de ideas, la norma no sólo pretende que se acompañe la planeación a nivel local con el sistema central, sino que también protege la facultad de autogobierno del mandatario siguiente.”⁶

Pues según lo preceptuado en el artículo 259 superior el voto por gobernadores o alcaldes tiene carácter programático y es de obligatorio cumplimiento para aquellos que resulten así elegidos. Tal programa de gobierno es la base sobre el cual las entidades territoriales elaboran su plan de desarrollo, por tanto, la Corte considera que proteger la autonomía del próximo gobierno es garantizar la efectividad del sistema democrático, pues posibilita el cumplimiento del programa elegido por los ciudadanos por el periodo constitucional en su alcaldía o gobernación. Con base en las anteriores consideraciones concluye:

En síntesis, la regla de derecho que contiene la norma acusada no desconoce la autonomía de las entidades territoriales, pues se trata de una restricción que pertenece a la órbita de configuración legislativa, ya que tiene como finalidad garantizar la planeación ordenada, para que los gobernadores y alcaldes ejecuten sus programas con la suficiente antelación, a fin de: (i) hacerlos compatibles con los planes de desarrollo, y (ii) evitar que los gobiernos locales comprometan vigencias futuras, para que quienes los sucedan puedan ejecutar sus propios programas de gobierno. En consecuencia, se declarará la exequibilidad de la norma acusada.⁷
(cursiva fuera de texto)

Las anteriores razones constituyen el precedente que fundamenta la presente demanda de inconstitucionalidad y establece las *ratio decidendi* y las subreglas constitucionales sobre las cuales la honorable Corte constitucional podrá pronunciarse en el presente caso.

Revisando la consolidada línea jurisprudencial sobre el respeto al precedente se advierte que las *ratio decidendi* de las sentencias proferidas por las Altas Cortes en tanto órganos de cierre del ordenamiento jurídico tienen fuerza vinculante para casos posteriores: bien sea como “auto-precedente” o como precedente horizontal ó vertical para el resto de jueces y tribunales de la jurisdicción a la que pertenecen.⁸

Para el caso de las sentencias de control abstracto de constitucionalidad, su obligatoriedad se deriva de los efectos erga omnes y de la cosa juzgada constitucional. Del mismo modo, “la *ratio decidendi* de todas las sentencias de control abstracto de constitucionalidad –bien declaren o no inexecutable una disposición- debe ser también atendidas por todas las autoridades para que la aplicación de la ley sea conforme a la Constitución”⁹

En la presente acción de inconstitucionalidad la Corte se encuentra frente a una modificación del enunciado normativo objeto del pronunciamiento anterior, pues se adicionaron mandatos que en su

⁶ Ídem.

⁷ Ídem.

⁸ Sobre el particular ver las sentencias T-292 de 2006, C-335 de 2008 y SU-230 de 2015.

⁹ Barreto-Moreno, A.A. y Pulido-Ortiz, F.E. (2016). La regla de precedente en el derecho colombiano. Apuntes a propósito de las nociones de unificación y extensión de la jurisprudencia. Revista Jurídicas, 13 (1), 64-81. DOI: 10.17151/jurid.2016.13.1.5 Barreto-Moreno, A.A. y Pulido-Ortiz, F.E. (2016). La regla de precedente en el derecho colombiano. Apuntes a propósito de las nociones de unificación y extensión de la jurisprudencia. Revista Jurídicas, 13 (1), 64-81. DOI: 10.17151/jurid.2016.13.1.5

temas constituye una garantía de un orden social y justo, representado en el Estado Social de Derecho, y garantiza la armonía de la Constitución Política como el centro de la organización social y política del Estado Colombiano.

En los momentos en que la Corporación se pronuncia como juez de constitucionalidad sobre las normas que conforman el sistema jurídico, dicha carga se convierte aún mayor, no sólo porque sus decisiones constituyen parámetro para determinar los límites constitucionales a las funciones legislativas o reglamentarias de los demás poderes públicos, sino que hacen parte de la Carta misma. Lo anterior, ha llevado a que la Corporación sostenga que *"el desconocimiento del precedente constitucional, en últimas se traduce en un desconocimiento directo de la Carta Política"*.¹¹

De esta forma, la jurisprudencia ha consolidado una teoría de su propio precedente según la cual, este se ha definido como

*"El precedente ha sido definido como una regla universable, susceptible de aplicarse a casos futuros con identidad de hipótesis y busca garantizar una estabilidad en la aplicación del derecho, sin llegar a congelar su progreso como reflejo del desarrollo de la sociedad. Esta Corporación ha sostenido que la previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley."*¹²

A partir de esta doctrina constitucional y el análisis estático del fallo de constitucionalidad sobre el enunciado normativo contenido en los numerales 6 y 7 del artículo 27 de la ley 1508 de 2012 se comprende que la Corte tiene la posibilidad de aplicar y ampliar el precedente en relación con la introducción de las modificaciones a tales normas, por cuanto en su cabeza reposan las virtudes pasivas del aparato judicial.¹³

El valor que tendría esta ampliación del precedente por parte de la Corte es que se consolidaría a favor de las entidades territoriales una interpretación y aplicación de la norma que sobrevenga constitucional e incorpore un entendimiento contemporáneo sobre los límites constitucionales de la autonomía territorial, autogobierno y el equilibrio y protección de las finanzas públicas territoriales.

Llegados a este punto es imprescindible señalar que seguir el camino propuesto acercaría aún más el precedente constitucional y el precedente del Consejo de Estado en relación con la preservación de importantes principios constitucionales definitorios de la planeación y la función administrativa y presupuestal y, al mismo tiempo, materializaría las tesis jurisprudenciales sobre la misión institucional de cierre y unificación de la jurisprudencia de las altas cortes¹⁴, simultáneamente, tendría la ventaja de acompañar la interpretación que hace el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en temas fundamentales del transcurrir institucional como el proceso de planeación presupuestal y vigencias

¹¹Corte Constitucional. Sentencia C-572 de 2011. M.P Nilson Pinilla Pinilla. Salvamento de Voto Adriana Guillén.

¹² Ídem.

¹³ Ver, López Medina Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Legis. Bogotá. 2006.

¹⁴ Ver, López Medina Diego Eduardo. Eslabones del Derecho. Legis. Bogotá. 2017.

discusión constitucional sobre la conformación del Consejo Nacional de Planeación y su rol en la formulación del Plan Nacional de Desarrollo en la cual se indicó que:

La planeación, que constituye ineludible esfuerzo del Estado por estructurar una política económica razonada y armónica durante un cierto período, es un presupuesto indispensable para el logro de los objetivos básicos del sistema constitucional.

Ya desde su Preámbulo, la Carta Política señala que los fines del Estado habrán de alcanzarse dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un **orden** político, económico y social justo, lo que supone la organización y racionalización de la actividad pública con miras a alcanzar los objetivos próximos y remotos de la sociedad que el ordenamiento jurídico estructura.¹⁷

Posteriormente en Sentencia C-577-00 al realizar un análisis sobre la totalidad de la Ley 508 de 1999 "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo para los años 1999-2002" establece que el concepto de planeación acogido por la Constitución política, es compatible con el modelo económico de libertad de empresa, pero enmarcado en las facultades del estado de intervención en la economía. Este modelo constitucional de planeación tiene como notas características i). prioridad del gasto social como mecanismo para redistribución del ingreso; ii). principio de participación ciudadana y de concertación en la formulación de las políticas de planeación; iii) necesidad de garantizar el equilibrio y la preservación ambiental y ecológica; iv) tiene un carácter global de modo que comprenda todas los niveles y esferas de actuación del Estado, es decir, abarca el nivel nacional y el nivel territorial. ¹⁸

En este sentido, una de las expresiones más acabadas de la centralidad de esta función planificadora en el ámbito constitucional tiene que ver con el mandato de la expedición de un plan nacional de desarrollo en el cual deben concurrir tanto la rama ejecutiva como la legislativa del orden nacional, lo cual, replicado en el territorio corresponde a la atribución de los concejos para "*adoptar los correspondientes planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas*".¹⁹, estos planes por mandato del inciso segundo del artículo 339 superior deberán elaborarse y adoptarse de manera concertada con el gobierno nacional "planes de desarrollo, con el objeto de asegurar el uso eficiente de sus recursos y el desempeño adecuado de las funciones que les hayan sido asignadas por la Constitución y la ley. Los planes de las entidades territoriales estarán conformados por una parte estratégica y un plan de inversiones de mediano y corto plazo."²⁰

De este modo la Corte configura claramente el marco constitucional de la función de la planeación caracterizándola en los siguientes términos:

Se concluye que el proceso de planificación económica involucra distintos niveles de decisión de la Administración Pública y al Congreso Nacional, y que está regido por principios que emanan de la propia Carta, entre los cuales cabe destacar los de prevalencia del interés por el gasto público social (orientador de todo el proceso de planeación y claramente consagrado por el artículo 366 de la Constitución), el de participación ciudadana, que se hace efectivo a través de los órganos que conforman el Sistema nacional de planeación, y el de concertación entre las

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-050 de 1996. M.P

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2000 M.P Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁹ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia. Artículo 313.

²⁰ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia. Artículo 339.

Descendiendo al ámbito territorial los planes de desarrollo son la expresión territorial del principio y de la función de planeación por ello la constitución autoriza en su artículo 300 numeral 3 que la rama legislativa a nivel departamental -asambleas- les corresponde " Adoptar de acuerdo con la Ley los planes y programas de desarrollo económico y social y los de obras públicas, con las determinaciones de las inversiones y medidas que se consideren necesarias para impulsar su ejecución y asegurar su cumplimiento.", ²⁴y en el nivel distrital y municipal en el artículo 313 numeral 2 que a los consejos les corresponde: "Adoptar los correspondientes planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas"

En este marco, tanto el plan nacional de desarrollo como los planes regionales y distritales/municipales de desarrollo representan "la expresión suprema de la función de planeación. En efecto, como lo destaca la jurisprudencia, la actuación macroeconómica del Estado, ya sea que se adelante bajo la forma de intervención legal económica (Art. 334 C.P.), o como acción permanente del Ejecutivo en materias económicas de regulación, reglamentación e inspección o en la distribución y manejo de recursos, necesita de pautas generales, que tomen en consideración las necesidades y posibilidades de las regiones, departamentos y municipios, así como de las exigencias sectoriales."²⁵

De este modo la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, las ordenanzas departamentales y los decretos distritales y/o municipales que contienen los planes departamentales y distritales/municipales de desarrollo son la manifestación de un programa político que plantean metas que se estiman necesarias alcanzar para el país/departamento/distrito y al mismo tiempo se formulan las estrategias concretas para lograr el cumplimiento de esos objetivos vitales para la nación y el territorio.²⁶

2. Planeación en las entidades territoriales

La Constitución Política cuenta con un amplio marco en relación con la organización territorial en su título XI. Así establece en el artículo 298 superior que los departamentos tienen autonomía para la administración de los asuntos seccionales y la planificación y promoción del desarrollo económico y social dentro de su territorio en los términos establecidos por la constitución. Adicionalmente consagra en su inciso segundo funciones administrativas, de coordinación, de complementariedad, entre otras funciones, y en lo artículo subsiguientes dispone de las normas orgánicas que ordenan la actividad del Estado en este nivel territorial.

Paralelamente frente al régimen municipal consagra en el artículo 311 superior las competencias de los municipios a los cuales les corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y hacer cumplir las demás funciones que le asignen la constitución y las leyes.²⁷ De igual forma, la rama legislativa del poder público en este nivel, esto es, a los concejos municipales y distritales les corresponde adoptar los correspondientes planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas así como dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos, entre otras funciones.

²⁴ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia. Artículo 300.

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-292 de 2015. M.P Luis Ernesto Vargas

²⁶ Ibíd.

²⁷ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia. Artículo 311

el estado en relación con la capacidad de las autoridades locales de responder a las necesidades más apremiantes de los ciudadanos.

3. Planeación en materia presupuestal

Un aspecto particular de la planeación como principio y como función está relacionado con la formulación de presupuestos en los distintos niveles de la administración pública, en todos los niveles se formulan sobre la base de los planes de desarrollo para determinar las mejores posibilidades de financiación y sostenimiento de los programas, proyectos y planes que se emprenden.

En tal sentido, el artículo 346 y siguientes indican las condiciones sobre las cuales se formulan los denominados presupuestos para la vigencia anual, tanto a nivel nacional como en las entidades territoriales, los cuales por mandato constitucional se preparan y se aprueban de manera sistemática con arreglo a las metas y prioridades del conjunto general de la economía.

Para su elaboración, la rama ejecutiva del poder público en sus distintos niveles debe armonizar y generar un debido grado de correspondencia entre las metas y las prioridades del conjunto de la economía y las metas de país/región/ciudad estipuladas en los planes de desarrollo, de manera que sea evidente constatar que existe sostenibilidad fiscal de las metas consignadas en los planes como los máximos instrumentos de planeación garantizando que tales metas se realicen en el mayor grado posible.

Visto de este modo el presupuesto es una herramienta de política estatal, para asignar recursos y autorizar gastos de conformidad con objetivos previamente trazados en los planes de desarrollo, de manera que existe una relación directa entre los presupuestos y la materialización de la política macroeconómica pública ambos enmarcados en la realización de las finalidades sociales del estado.³¹

El proceso presupuestal, aunque complejo está revestido por una serie de principios constitucionales que refuerzan su carácter de instrumento de gobierno y de control en una sociedad democrática,³² tales principios que salvaguardan el proceso presupuestal y coadyuvan en la realización de la planeación presupuestal han sido explicados por la Corte en los siguientes términos:

"Entre los principios que gobiernan el proceso presupuestal, los de *unidad presupuestal*, *universalidad* y *especialización*. El primero, el de *unidad presupuestal*, hace referencia a la obligación que le asiste a todas las instituciones del sector público, de que sus presupuestos sean elaborados y ejecutados, en cuanto a su contenido, métodos y expresión, con estricto acatamiento de la política presupuestaria única, definida y adoptada por la autoridad competente de conformidad con la ley (C.P. arts. 346 y 347). En punto a este principio de *unidad presupuestal*, ha sostenido la jurisprudencia constitucional que el mismo "nace de la realidad que constituye el manejo unificado de la economía o de la parte oficial de la misma y de la existencia de unos fines y objetivos comunes a todos los presupuestos que se ponen en vigor anualmente". El segundo, el de *universalidad*, impone que en el respectivo proyecto de ley de apropiaciones que presente el Gobierno al Congreso, estén contenidos la totalidad de los gastos

³¹ *Ibíd.*

³² Corte Constitucional. Sentencia C-685 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero

d) Consistencia. Modificado por el art 9, ley 1473 de 2011. Con el fin de asegurar la estabilidad macroeconómica y financiera, **los planes de gasto derivados de los planes de desarrollo deberán ser consistentes con las proyecciones de ingresos y de financiación**, de acuerdo con las restricciones del programa financiero del sector público y de la programación financiera para toda la economía que sea congruente con dicha estabilidad;

l) Viabilidad. Las estrategias programas y proyectos del plan de desarrollo **deben ser factibles de realizar, según, las metas propuestas y el tiempo disponible para alcanzarlas**, teniendo en cuenta la capacidad de administración, ejecución y los recursos financieros a los que es posible acceder;

m) Coherencia. Los programas y proyectos del **plan de desarrollo deben tener una relación efectiva con las estrategias y objetivos establecidos en éste;**

n) Conformación de los planes de desarrollo. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 339 de la Constitución Nacional, los planes de desarrollo de los niveles nacional y territorial estarán conformados por una parte general de carácter estratégico y por un plan de inversiones de carácter operativo. Para efectos de la elaboración de los planes de inversión y con el propósito de garantizar coherencia y complementariedad en su colaboración, la Nación y las entidades territoriales deberán en mantener actualizados bancos de programas y de proyectos.³⁹ (Negrilla fuera de texto).

Estos contenidos son interdependientes y dan sentido al principio y la función de planeación, pues guían la elaboración, presentación y aprobación del presupuesto en los distintos niveles de la administración pública. La ruptura de estos contenidos en relación con la autorización de la suscripción de APP en el último año de gobierno es inconstitucional fundamentalmente en razón a que la suscripción de las Asociaciones Público Privadas debe armonizarse con los objetivos, metas y programas de los planes de desarrollo. Ello en consideración a que por mandato de la Ley 1508 de 2012 los esquemas de asociaciones público privadas les son aplicables los principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal.⁴⁰

Hacer la suscripción de las APP justamente en el último año quiebra el proceso de planeación, por cuanto incluye una actividad no solo no programada sino no presupuestada ni apropiada en el presupuesto. Es decir, que lo deseable sería que la norma continuará como estaba antes de la modificación hecha por el legislador y tales APP no fueran suscritas en el último año de gobierno.

³⁹ *Ibíd.* Artículo 3 en cuyo parágrafo señala:.- Para efecto de lo previsto en el literal d) de este artículo se entiende por:

Concurrencia. Cuando dos o más autoridades de planeación deban desarrollar actividades en conjunto hacia un propósito común, teniendo facultades de distintos niveles su actuación deberá ser oportuna y procurando la mayor eficiencia y respetándose mutuamente los fueros de competencia de cada una de ellas.

Subsidiariedad. Las autoridades de planeación del nivel más amplio deberán apoyar transitoriamente a aquellas que carezcan de capacidad técnica para la preparación oportuna del plan de desarrollo.

Complementariedad. En el ejercicio de las competencias en materia de planeación las autoridades actuarán colaborando con las otras autoridades, dentro de su órbita funcional con el fin de que el desarrollo de aquéllas tenga plena eficacia.

⁴⁰ Congreso de la República. Ley 1508 de 2012. Artículo 4.

orgánica.”⁴²

Este tipo especial de instrumentos fiscales se establecieron en el artículo 9 de la ley 179⁴³ de 1994 y posteriormente fueron modificadas por el artículo 10 de la ley 819 de 2003,⁴⁴ señalando de manera taxativa que:

El Confis podrá autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas siempre y cuando se cumpla que:

- a) El monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas consulte las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 1o de esta ley;
- b) Como mínimo, de las vigencias futuras que se soliciten se deberá contar con apropiación del quince por ciento (15%) en la vigencia fiscal en la que estas sean autorizadas;
- c) Cuando se trate de proyectos de inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación y del Ministerio del ramo.

La autorización por parte del Confis para **comprometer presupuesto con cargo a vigencias futuras no podrá superar el respectivo período de gobierno. Se exceptúan los proyectos de gastos de inversión en aquellos casos en que el Conpes previamente los declare de importancia estratégica.** (Negrilla y Cursiva fuera de texto)

Esta disposición también se aplicará a las entidades de que trata el artículo 9o de la presente ley. El Gobierno reglamentará la materia.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General del Presupuesto Público Nacional, incluirá en los proyectos de presupuesto las asignaciones necesarias para darle cumplimiento a lo dispuesto en este artículo.

⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-1645 de 2000. MP Carlos Gaviria.

⁴³ El tenor literal de este artículo señalaba: La Dirección General del Presupuesto Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público podrá autorizar la asunción de obligaciones, que afecten presupuestos de vigencias futuras, cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas. Cuando se trate de proyectos de inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Presupuesto Nacional, incluirá en los proyectos de presupuesto las asignaciones necesarias para darle cumplimiento a lo dispuesto en este artículo.

Las entidades territoriales podrán adquirir esta clase de compromisos con la autorización previa del Concejo Municipal, Asamblea Departamental y los Consejos Territoriales Indígenas, o quien haga sus veces, siempre que estén consignados en el Plan de Desarrollo respectivo y que sumados todos los compromisos que se pretendan adquirir por esta modalidad, no excedan su capacidad de endeudamiento.’

Esta disposición se aplicará a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta con el régimen de aquellas. El Gobierno reglamentará la materia.

El Gobierno presentará en el Proyecto de Presupuesto anual, un articulado sobre la asunción de compromisos para vigencias futuras.

⁴⁴ Por la cual se introducen algunas modificaciones a la Ley 38 de 1989, Orgánica de Presupuesto.

- b) Como mínimo, de las vigencias futuras que se soliciten se deberá contar con apropiación del quince por ciento (15%) en la vigencia fiscal en la que estas sean autorizadas;
- c) Cuando se trate de proyectos que conlleven inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.

La corporación de elección popular se abstendrá de otorgar la autorización si los proyectos objeto de la vigencia futura no están consignados en el Plan de Desarrollo respectivo y si sumados todos los compromisos que se pretenden adquirir por esta modalidad y sus costos futuros de mantenimiento y/o administración, se excede su capacidad de endeudamiento.

La autorización por parte del Confis para comprometer presupuesto con cargo a vigencias futuras no podrá superar el respectivo período de gobierno. Se exceptúan los proyectos de gastos de inversión en aquellos casos en que el Consejo de Gobierno previamente los declare de importancia estratégica.

En las entidades territoriales, queda prohibida la aprobación de cualquier vigencia futura, en el último año de gobierno del respectivo alcalde o gobernador, excepto la celebración de operaciones conexas de crédito público.

Parágrafo transitorio. La prohibición establecida en el inciso anterior no aplicará para el presente período de Gobernadores y Alcaldes, siempre que ello sea necesario para la ejecución de proyectos de desarrollo regional aprobados en el Plan Nacional de Desarrollo⁴⁶.

Mediante la anterior Ley se extendió la figura de las vigencias futuras ordinarias para las entidades territoriales y se vedó para el nivel territorial las vigencias futuras excepcionales consagradas por el artículo 11 de la Ley anterior. Esta omisión legal se mantuvo a través de múltiples pronunciamientos de la Sección Primera del Consejo de Estado que decantó una línea jurisprudencial conforme a la cual este tipo de vigencias futuras no eran procedentes para el nivel territorial en razón a que la Ley 819 de 2003 sólo las contempló para la nación y, por lo tanto, al ser taxativas este tipo de autorizaciones o excepciones no eran extensibles a través de ordenanzas y acuerdos a los entes territoriales. Atendiendo esta limitante el gobierno nacional presentó el proyecto de ley que devendría en la Ley 1483 de 2011 a través de la cual el Congreso de la República extendió la figura de las vigencias futuras excepcionales para las entidades territoriales en los siguientes términos:

ARTÍCULO 1. VIGENCIAS FUTURAS EXCEPCIONALES PARA ENTIDADES TERRITORIALES. En las entidades territoriales, las asambleas o concejos respectivos, a iniciativa del gobierno local, podrán autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Las vigencias futuras excepcionales solo podrán ser autorizadas para proyectos de infraestructura, energía, comunicaciones, y en gasto público social en los sectores de educación, salud, agua potable y saneamiento básico, que se encuentren debidamente inscritos y viabilizados en los respectivos bancos de proyectos.

⁴⁶ Congreso de la República. Ley 819 de 2003. Artículo 12.

las obras de infraestructura y otros sectores considerados prioritarios para el desarrollo nacional o local, además su aprobación las otorga el Confis nacional o territorial según el caso y su monto, límite y plazo están restringidos a las condiciones fijadas en las metas plurianuales del marco fiscal de mediano plazo, cuyos requisitos y contenido está determinado en el artículo 1 de la ley 819 de 2003.

5. Principio de unidad y universalidad presupuestal y vigencias futuras

Existen otros principios que se ven amenazados con las órdenes impartidas en las normas acusadas, especialmente con la autorización consignada en el numeral 7 de la citada norma.⁴⁸ En primer lugar, el principio de unidad presupuestal el cual ha sido definido por la doctrina como aquel principio según el cual el recaudo de todos los ingresos se conforma un fondo común con el cual se atienden todas las erogaciones que demande el funcionamiento del Estado. También hacen parte de ese fondo el superávit fiscal de los establecimientos públicos en la cuantía que determine el Conpes, y los rendimientos financieros que obtengan esas entidades por inversión de recursos de la Nación.⁴⁹

La jurisprudencia desde muy temprano lo ha entendido en los siguientes términos:

Es indudable que el problema jurídico que subyace al planteamiento de la demanda es la tensión que surge entre los principios de autonomía presupuestal y patrimonial de determinados órganos del Estado y el de unidad del presupuesto. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido la primacía del principio de unidad del presupuesto, en el entendido de que la ordenación y ejecución autónoma del presupuesto debe realizarse dentro de los límites que imponen intereses superiores como el equilibrio macroeconómico financiero, el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda y la regulación orgánica en materia de programación, aprobación, modificación y ejecución del presupuesto.⁵⁰

Tal comprensión nos lleva a afirmar que los fines del principio de unidad de caja son que las diferentes entidades y organismos del estado gocen de un nivel de independencia presupuestal que les permita sobre la base de un conjunto de políticas, conceptos y procedimientos que deben cumplir todos los presupuestos, procurando de esta forma que la hacienda pública sea coherente en la programación, elaboración, aprobación y ejecución de los presupuestos públicos de conformidad con las disposiciones establecidas por la regulación orgánica de presupuesto establecida por el legislador. En la práctica presupuestal del Estado Colombiano este principio también se ha entendido como una de las manifestaciones del principio de la legalidad de los ingresos y los gastos y como uno de los instrumentos más importantes para el manejo macroeconómico por medio del cual se cumplen los fines del estado. Por esta causa en la elaboración de la Ley de presupuesto nacional y de la expedición de las normas orgánicas del presupuesto departamental, distrital y municipal y en el presupuesto anual de rentas y gastos en los ámbitos territorial deben considerarse no solo elementos de índole administrativa y contable sino deberán considerarse otros elementos que hagan posible el cumplimiento de los fines

⁴⁸ De acuerdo al artículo 12 del Decreto Ley 111 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", los principios del sistema presupuestal son Planificación, anualidad, universalidad, unidad de caja, programación integral, especialización, inembargabilidad, coherencia macroeconómica y la homeostasis.

⁴⁹ Peña González, Edilberto. Principios e Instituciones presupuestales en Colombia. Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 9(1): 247-300, enero-junio de 2007

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-560 de 2001. M.P Jaime Córdoba Triviño

obligación de llevar el registro de la deuda pública de la Nación y de las entidades territoriales.⁵²

Al mismo tiempo, la Constitución Política en sus artículos 295 y 364 definen que la ley es el instrumento adecuado para regular el endeudamiento de las entidades territoriales. **"Estas normas superiores especiales, que involucran un aspecto relevante del orden público económico como es el del crédito público, prevalecen sobre las generales sobre autonomía presupuestal local, sin eliminar este concepto.** Los departamentos y municipios conservan sus competencias constitucionalmente reconocidas, especialmente en materia crediticia, pero en forma concurrente con las competencias asignadas al Estado central y en especial al legislador, que se justifican por cuanto las variables esenciales de la economía reclaman un manejo coordinado y una aplicación uniforme."⁵³

Anteriormente era la totalidad de los ingresos provenientes de impuestos, rentas, recursos, rendimientos por servicios o actividades, y los recursos de capital de la Nación, tanto del sector central como del descentralizado, la que se debía incorporar al presupuesto. Ahora dicho principio predica que es la totalidad de los gastos que se pretendan ejecutar, por lo tanto ninguna autoridad podrá ordenar gastos que previamente no se hayan incluido en él.

En los casos de gastos que inicialmente no se contemplaron o que resultaron insuficientes y que son necesarios para el correcto funcionamiento del Estado, se requiere para su ejecución que previamente se modifique el presupuesto a través de una adición, para incluirlos o complementarlos.

La ruptura de los principios de unidad y universalidad estrechamente relacionados con otros principios como la legalidad y planeación presupuestal todo ellos de asidero constitucional, hace que en la práctica los resultados de la aplicación de la norma devengan inconstitucionales, pues la forma como la honorable Corte Constitucional ha entendido el proceso presupuestal, es decir, a través de la interdependencia de los distintos principios presupuestales de raigambre constitucional que modelan todo el proceso, nos lleva a concluir que los aparte demandados de los numerales 6 y numeral 7 del artículo 16 de la citada Ley 1882 de 2018 vulneran los principios de unidad y universalidad presupuestal así como el de planeación, pues la Corte no podría pasar por alto la relevancia constitucional de la planeación y la correlación existente entre los principios y normas constitucionales que la realizan y el ejercicio "relativo" de la autonomía de las entidades territoriales en relación con la ejecución del proceso presupuestal territorial.

6. Las vigencias futuras y las asociaciones públicas privadas en las entidades territoriales.

En primer término me referiré al marco legal de la Ley 1508 de 2012, "Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones", en aquella definió las asociación público privadas como "un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de

⁵² Consejo de Estado. Sección Quinta. Radicación número: 76001-23-31-000-2011-00253-01. M.P Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C-937 de 2010. MP Jorge Iván Palacio.

operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, alcance del proyecto, estudios de demanda en etapa de prefactibilidad, especificaciones del proyecto, su costo estimado y la fuente de financiación. Para la etapa de factibilidad, la iniciativa para la realización del proyecto deberá comprender: el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos asociados al proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto.⁵⁷

En la etapa de factibilidad el originador del proyecto deberá anexar los documentos que acrediten su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, de experiencia en inversión o de estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto, el valor de la estructuración del proyecto y una minuta del contrato a celebrar que incluya entre otros, la propuesta de distribución de riesgos. Adicionalmente, durante la etapa de evaluación de la iniciativa por la entidad estatal correspondiente, el originador puede ser también llamado a profundizar en sus investigaciones, elaborar estudios adicionales o complementarios, o llevar a cabo ajustes o precisiones al proyecto.⁵⁸

En ambos casos el proceso de selección del contratista se realiza mediante la selección objetiva. Cuando las APP sean de iniciativa pública, la ley autoriza el sistema de precalificación –artículo 10- y sujeta la selección de la mejor oferta a los criterios previamente establecidos en los respectivos pliegos de condiciones o sus equivalentes, en los que se podrán incluir aspectos como "(...) los niveles de servicio y estándares de calidad, el valor presente del ingreso esperado, los menores aportes estatales o mayor aporte al Estado según sea el caso, contraprestaciones ofrecidas por el oferente salvo en caso de contraprestaciones reguladas o tarifas a ser cobradas a los usuarios, entre otros, de acuerdo con la naturaleza del contrato."⁵⁹

Para el caso de las APP de iniciativa privada, después de que el proyecto gestado por el particular es aceptado por la respectiva entidad, si se requieren recursos públicos, debe convocarse una licitación pública –artículo 17–, y si no se necesitan de tales dineros, se debe surtir un proceso de elección según las reglas de la selección abreviada de menor cuantía con precalificación.⁶⁰

A manera de conclusión podría señalarse como rasgos fundamentales de las APP

Las APP se caracterizan por: (i) tener una larga duración; (ii) definir sus objetos alrededor de proyectos, lo que conlleva la previsión de actividades como el diseño, construcción y mantenimiento de la infraestructura pública sobre la que verse el contrato y/o los servicios asociados; (iii) contar con financiación privada o público-privada; (iv) establecer como forma de remuneración el otorgamiento del derecho a la explotación de la infraestructura o servicio, aunque en algunos casos es posible pactar el desembolso de recursos públicos; (v) condicionar la remuneración a niveles de calidad; (vi) trasladar parte importante de los riesgos al contratista –por ejemplo, los asociados al diseño, niveles de demanda, deterioro y mantenimiento de la infraestructura- según su capacidad y experiencia;

⁵⁷ *Ibíd.* Artículo 14.

⁵⁸ *Ibíd.* Artículo 16.

⁵⁹ *Ibíd.* Artículo 12.

⁶⁰ *Ibíd.* Artículo 20.

que nos lleve a extrapolar consecuencias improbables en relación con la aplicación de este párrafo, más bien en este caso se trata de una consecuencia jurídicamente posible que hace inconstitucionales la autorización para expedir tales vigencias.

Así las cosas, es palmario que existe una prohibición de las normas orgánicas y presupuestales que incluso con la modificación hecha al enunciado de la norma aún persiste a efectos de aplicar armónicamente las normas sobre vigencias futuras, en consecuencia, no cabría la autorización para la expedición de vigencias futuras en el último año de gobierno en una entidad territorial. Ello si se considera que las vigencias futuras son materialmente endeudamiento que las entidades territoriales suscriben y que como tales están sujetas a las normas orgánicas de presupuesto para su trámite, estarán también sujetas a las normas de endeudamiento público en los eventos en los que se acude a este tipo de financiamiento, además de enmarcarse a las reglas de disciplina fiscal existentes.

Haciendo una valoración desde el punto de vista de los fines constitucionales que persiguen las vigencias futuras, no se debe olvidar que su utilización está enmarcada en el principio de coherencia macroeconómica consignado en el artículo 346 superior, en palabras de la Corte:

En virtud del principio de coherencia, el presupuesto en su integridad, según lo dispone el artículo 346 de la Carta, debe ser compatible con las metas macroeconómicas fijadas por el Gobierno en coordinación con la Junta Directiva del Banco de la República, las cuales se establecen de conformidad con el artículo 339 de la Constitución Política, en el Plan Nacional de Desarrollo, en cuya parte general "se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo, y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno". Igualmente, de acuerdo con el principio de la homeóstasis presupuestal, lo que se persigue es mantener la congruencia entre el crecimiento real del presupuesto de rentas, incluida la totalidad de los créditos adicionales, y el crecimiento de la economía, para evitar que genere desequilibrio macroeconómico ; función está radicada exclusivamente en cabeza del Ejecutivo, a quien corresponde, en su calidad de director y gestor de la política económica y fiscal del país, y con fundamento en las metas y prioridades fijadas en el Plan Nacional de Desarrollo, que condicionan el presupuesto general de la Nación, tomar las medidas necesarias, a fin de que los órganos que lo conforman —artículo 1o. de la ley 179 de 1994, inciso 2o.—, entre ellos la Contraloría General de la República, no adquieran compromisos y obligaciones sin contar con los respectivos recursos, o que si lo hacen, sea bajo el sometimiento a las condiciones especiales que señale el Gobierno para el efecto, en relación con los gastos que no tengan el carácter de obligatorios.⁶³

En virtud del anterior, los instrumentos con los que la disposición acusada dota a los ejecutivos territoriales para suscribir alianzas público privadas y además tramitar vigencias futuras de conformidad con lo preceptuado por el Minhacienda no garantiza el logro las metas macroeconómicas del Estado y el equilibrio del sistema presupuestal, cuyos principios rectores son los que hemos venido exponiendo a lo largo de la presente demanda y desconocen el núcleo esencial de la planeación territorial y presupuestal, la unidad y universalidad del presupuesto las cuales están sujetas a lo dispuesto en la

⁶³ Corte Constitucional. Sentencia C-315 de 1997. MP Hernando Herrera Vergara

- En todo lo demás se mantienen las exigencias de sostenibilidad y prudencia fiscal establecidas por el texto inicial del artículo 27. ⁶⁶

A partir de este breve recorrido legislativo, es importante concretar el análisis de constitucionalidad en los siguientes términos:

a. Los antecedentes que justifican la inclusión de este nuevo artículo durante el debate de los proyectos de ley tanto en Senado como en Cámara de Representantes en tanto expresan las razones de conveniencia económicas dejan ver que la autorización otorgada a las entidades territoriales persigue dos objetivos: i) autorizar la suscripción de asociaciones público privadas durante el último año de gobierno a las entidades territoriales señaladas (numeral 6); posibilitar el trámite de las vigencias futuras durante el último año de gobierno a las entidades territoriales allí reseñadas (numeral 7).

b. El objetivo perseguido no resulta válido desde el punto de vista constitucional, en razón a que la interpretación jurisprudencial de la Constitución proscribela ruptura del principio de planeación presupuestal y unidad y universalidad del presupuesto, los cuales se quebrantan para este caso en la medida en que la suscripción se realiza en el último año de gobierno comprometiendo el presupuesto departamental, distrital o municipal por un período de tiempo excesivo e incluso en caso de que las asociaciones público privadas –APP– estén enmarcadas en el plan desarrollo la medida otorgaría una suerte de vigencia ultractiva a los planes de desarrollo del respectivo municipio, distrito o departamento, vulnerando así mismo lo contemplado en la ley 1551 de 2012 y la interpretación constitucional de los artículos 346, 347 y 348 superiores limitan la posibilidad de suscripción y trámite de vigencias futuras para las entidades territoriales, durante el último año de gobierno-

C. La excepción perseguida por las normas acusadas carecen de una justificación razonable, en cuanto no satisfacen los límites del derecho a la autonomía territorial definidos por la corte constitucional en términos de los usos de recursos pues en materia presupuestal La planificación de la que son titulares las entidades territoriales no es absoluta, pues tanto los planes de desarrollo económico expedidos por las asambleas departamentales (artículos 300-2, 330-33, 305-4 Superiores), como el proyecto de presupuesto anual presentado por el alcalde al concejo y aprobado por este último (artículos 315-5 y 313-2 de la Carta Política), deben corresponder a lo que disponga la ley en las normas orgánicas.

D. En esa medida, las entidades territoriales gozan de autonomía para planificar y ésta se expresa en el hecho de que todo el procedimiento es de competencia local y regional. Sin embargo, la planeación a la que se hace referencia obedece a parámetros fijados por la ley, de manera que la nación tiene una injerencia *ex-ante* del nivel central, que consiste en la fijación de las pautas generales para llevar a cabo esta tarea de planeación y presupuestación.

En ese sentido, es a través de las leyes que se fijan las políticas macroeconómicas de la Nación, por lo que la autonomía de las entidades territoriales no puede imposibilitar el adecuado diseño de tales políticas.⁶⁷

⁶⁶ Comisión Primera del Senado. Gaceta del Congreso 1060. Martes 29 de noviembre de 2016. P 17.

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-346 de 2017. MP. Jorge Pretelt Chaljub.

Al mismo tiempo el citado artículo consagra que la autonomía territorial se ejerce en el marco "de los límites fijados por la Constitución y la ley" lo cual ha sido entendido por la jurisprudencia como la forma de preservación del principio del Estado Unitario.

No obstante, el legislador no puede hacer uso indiscriminado de sus atribuciones para despojar a las entidades territoriales de su "contenido esencial" así el juez constitucional ha señalado que "por un lado, el principio de autonomía debe desarrollarse dentro de los límites de la Constitución y la ley, con lo cual se reconoce la posición de superioridad del Estado unitario, y por el otro, el principio unitario debe respetar un espacio esencial de autonomía cuyo límite lo constituye el ámbito en que se desarrolla esta última."⁶⁸

En cuanto a la relación entre autonomía de las entidades territoriales y su alcance frente al manejo de los recursos del presupuesto y propios, la Corte ha elaborado la diferenciación entre fuente exógena y endógena para determinar el alcance de la intervención del legislador.⁶⁹ En esta línea jurisprudencial se estableció como subregla que "en lo que respecta a la autonomía financiera y presupuestal, el límite con el que cuenta el Legislador para su intervención dependerá del tipo de recursos que, en cada caso, se estén regulando".⁷⁰

En tanto las vigencias futuras son recursos de endeudamiento, es factible señalar los recursos para solventarlas provendrían tanto de fuente exógenas como endógenas del presupuesto. Por ello describiré en lo sucesivo la doctrina constitucional vigente de la Corte Constitucional alrededor de ambos tipos de fuentes y sus límites constitucionales. En efecto, sobre las fuentes exógenas, es decir, aquellas que provienen del Sistema de General de Participaciones -SGP, regalías y compensaciones admitió limitaciones en la utilización, destinación y administración de dichos recursos:

- Para el caso de regalías y compensaciones consideró que en tanto tales no son propiedad de las ET sino del estado, y estas poseen un derecho de participación en aquellas en los términos de la ley el legislador está facultado para señalar su distribución y destinación bajos los mandatos constitucionales que rigen la materia.⁷¹
- En el caso del reparto de competencias entre la nación y las entidades territoriales en materia de prestación del servicio público educativo, determinó que las competencias y facultades atribuidas a la nación y departamentos en la administración y prestación del servicio educativo en los eventos de los municipios no certificados ó en aquellos eventos en los cuales por deficiente administración de los recursos se deba intervenir una entidad territorial, tal asignación de competencias encuadra perfectamente en la facultad del legislador para garantizar el uso apropiado de los recursos.⁷²

⁶⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-937 de 2010. MP Jorge Iván Palacio Palacio

⁶⁹ Por fuentes exógenas son e son aquellos transferidos o cedidos por la Nación a las entidades territoriales o que se derivan de los derechos de éstas a participar en regalías y compensaciones. Las fuentes endógenas son los recursos endógenos corresponden a aquellos que en estricto sentido pueden calificarse como propios de las entidades territoriales, por cuanto su origen y recaudo tiene lugar directamente en el nivel local o regional como resultado de decisiones políticas internas. Véase la Sentencia citada en la nota anterior.

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-937 de 2010. MP Jorge Iván Palacio Palacio.

⁷¹ Ver Corte Constitucional. Sentencias C-567 de 1995, C-845 de 2000, C-427 de 2002.

⁷² Corte Constitucional Sentencia C-937 de 2010. MP Jorge Iván Palacio Palacio.

Finalmente, tomemos como corolario de lo anterior la subregla establecida por la corte y citada más arriba como precedente para aplicar y ampliar en el caso de las normas acusadas:

En efecto, la libertad en mención es relativa, pues debe responder a normas generales que tienen por objeto una política macroeconómica coherente, coordinada, en la cual la contabilidad, los procedimientos de elaboración del presupuesto, de aprobación, ejecución y control del mismo respondan a patrones comunes (sentencia C-192 de 1997). En este sentido, la norma objeto de reproche se adecúa a la política presupuestal adoptada a nivel central y corresponde a una prohibición recurrente en las leyes de esta naturaleza, que tiene como finalidad que las entidades territoriales no comprometan vigencias futuras en su último año de gobierno.

Por consiguiente, resulta razonable que el Legislador imponga una restricción de este tipo, en tanto tiene un contenido financiero y presupuestal, en el que se le reconoce un margen de configuración más amplio, al estar facultado para adoptar lineamientos que dirijan la economía. En ese orden de ideas, la norma corresponde a los principios de planeación y coherencia en materia fiscal y en esa medida no contradice la Constitución.⁷⁵

Un corolario más y es que el criterio aplicable para este caso podría resumirse en lo siguiente: la autonomía de los entes territoriales, en cuanto al manejo de sus recursos, puede ser limitada por el legislador tal como lo había hecho en el pasado por lo que la modificación realizada a los dos numerales de la Ley 1508 de 2012 en el artículo 16 de la Ley 1882 de 2018 desborda los límites constitucionales claramente fijados en la interpretación que realizó la Corte Constitucional en la Sentencia C-346 de 2017, en aras de la efectividad de los principios constitucionales consagrados en los artículos 346, 347 y 348 de la constitución nacional todos relativos a la planeación y ejecución presupuestal.

Habiendo demostrado la inexecutable de las normas en los anteriores términos abocaré en las próximas páginas el análisis correspondiente al segundo cargo.

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-346 de 2017. MP Gloria Stella Diaz.

establecer que el elegido será responsable ante los ciudadanos por el cumplimiento de las obligaciones inherentes al cargo y a su condición de representante del pueblo.⁷⁶

Posteriormente, el mandato consignado en el artículo 259 superior fue desarrollado por la Ley Estatutaria 131 de 1994 "Por medio de la cual se reglamenta el Voto programático y se dictan otras disposiciones", en el centro de la Ley se encuentra el principio de la soberanía popular por lo que estableció que la consecuencia directa derivada de este principio es la obligación de los funcionarios electos de responder por sus actuaciones, por lo que definió en su artículo 1 el voto programático en los siguientes términos:

En desarrollo del artículo 259 de la Constitución Política, se entiende por Voto Programático el mecanismo de participación mediante el cual los ciudadanos que votan para elegir gobernadores y alcaldes, imponen como mandato al elegido el cumplimiento del programa de gobierno que haya presentado como parte integral en la inscripción de su candidatura.⁷⁷

En el artículo tercero la Ley 131 preceptúa que los candidatos a elecciones populares como gobernadores y alcaldes deberán presentar a consideración de la ciudadanía en general un programa de gobierno que hace parte integral de la inscripción ante las autoridades electorales respectivas, el cual deberá ser publicado en el órgano oficial de la entidad territorial correspondiente.⁷⁸

La Corte Constitucional ha desarrollado un entendimiento en relación con estas órdenes consagradas en la Ley Estatutaria 131 de 1994 bajo la óptica de la centralidad de la soberanía del pueblo como origen y del voto programático como su expresión, así expresa la Corte:

Al residir la soberanía en el pueblo, como así lo establece el artículo 3o. de la Constitución, éste otorga un mandato programático a sus elegidos, cuya efectividad dependerá de haberse hecho explícito aquello a lo cual se compromete a defender y por cuyo incumplimiento sus electores pueden llamarlo a exigirle "cuentas" por sus acciones u omisiones y en tal caso, revocarle el mandato-⁷⁹

⁷⁶ Asamblea Nacional Constituyente. Proyecto de Reforma Constitucional, Ampliación de la Democracia. Exposición de Motivos. Presentado por la delegataria MARIA TERESA GARCES LLOREDA. Mimeo. Pág 27.

⁷⁷ Congreso de la República. Ley 131 de 1994. Artículo 1.

⁷⁸ Ibid. Artículo 3.

⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-180 de 1994. MP Hernando Herrera Vergara. Y señala "el artículo 1o. de nuestra Carta Política, por cuanto otorga a los electores un importante poder de control sobre la conducta de sus representantes, con lo que establece un nexo de responsabilidad entre estos y su base electoral. De ahí que quienes tienen derecho, jurídica y políticamente a revocar un mandato, sean las mismas personas que lo confirieron u otorgaron. No quienes son ajenos a la relación establecida, que en este caso es la de elector-elegido. El derecho a revocar el mandato forma parte no sólo de uno de los mecanismos de participación ciudadana de mayor importancia, sino que además tiene la naturaleza de un derecho fundamental de origen constitucional atribuido a todo ciudadano con miras a que pueda participar en la conformación, ejercicio y ante todo, en el control del poder político. La revocatoria del mandato es la consecuencia lógica del derecho de participación del ciudadano en el ejercicio del poder, como quiera que esta conserva el derecho político de controlar al elegido durante todo el tiempo en que el mandatario ejerza el cargo."

En tal perspectiva lo asume nuestro tribunal constitucional e indica:

La opinión de los electores, en cuanto al cumplimiento de las labores por parte del mandatario seccional respectivo, y la ejecución de las mismas, debe además tener la posibilidad de traducirse en elección y en mandato, de manera que el elector pueda ver plasmada su opinión política en un programa cuya realización confía a un mandatario por él elegido. Si se incumple lo mandado, la revocatoria y la sanción deben ser el complemento.⁸²

En el sistema democrático establecido por la Constitución de 1991 el voto programático redimensionó el rol ciudadano de modo que los ciudadanos estamos más comprometidos con la vida de la república y participamos con mayor frecuencia, siempre en el ámbito de nuestros intereses y necesidades en el marco de un régimen de corte democrático y liberal.

2. Planes de Desarrollo y voto programático

Recapitulando brevemente sobre el punto anterior, el artículo 3 de la Constitución atribuye a la soberanía en el pueblo el origen del poder público y es en virtud de aquella emanación de la voluntad soberana que en las elecciones al gobernador o alcalde se les otorga un mandato programático cuya efectividad depende de hacer explícitos los compromisos que asume al llegar a ocupar el cargo respectivo, sobre esta base surge el derecho de los ciudadanos de solicitar "cuentas" a sus mandatarios sobre sus acciones como gobernantes.

En plena correspondencia con este principio constitucional una vez elegido el candidato sus programas de gobierno deben convertirse en planes de desarrollo departamental, distrital o municipal. Ciertamente, por mandato del artículo 5 de la Ley 131 de 1994 "Los alcaldes elegidos popularmente propondrán ante sus respectivos concejos municipales en las sesiones ordinarias siguientes a la fecha de su posesión, las modificaciones, adiciones o supresiones al plan económico y social que se encuentre vigente en esa fecha, a fin de actualizarlo e incorporarle los lineamientos generales del programa político de gobierno inscrito en su calidad de candidatos. De no existir plan alguno, procederán a su presentación dentro del mismo término, de conformidad con el programa inscrito, sin perjuicio de lo consagrado en el inciso 3o del artículo 1o. de la Ley 02 de 1991. Podrá el alcalde proponer las modificaciones al plan de inversiones del municipio, ante sus respectivos concejos municipales en las sesiones ordinarias siguientes a la fecha de su posesión. Una vez aprobadas las modificaciones por el concejo municipal, se notificará de las mismas para su respectivo control al organismo departamental de planeación correspondiente, en un plazo no mayor a los diez (10) días siguientes a la respectiva aprobación" Y el artículo 6, establece que "Los gobernadores elegidos popularmente convocarán a las asambleas, si se encuentran en receso, y presentarán dentro de los dos (2) meses siguientes a su posesión, las modificaciones, supresiones o adiciones a los planes departamentales de desarrollo, a fin de actualizarlos e incorporarles los lineamientos generales del programa inscrito en su calidad de candidatos. De no existir plan de desarrollo alguno, procederán a su presentación ante la asamblea departamental, dentro de los mismos términos y condiciones, de conformidad con el programa inscrito."⁸³

⁸² Corte Constitucional. Sentencia C-180 de 1994. MP Hernando Herrera Vergara.

⁸³ Congreso de la República. Ley 1551 de 2012. Artículos 5 y 6.

Bajo las anteriores premisas, por decisión de gobierno del alcalde o gobernador de turno se activaría la ultraactividad del plan y permitiría la continuidad de acciones de gobierno bajo el amparo de una nueva generación de contratos estatales –las APP-, esta circunstancia en perspectiva de los antecedentes institucionales sobre los riesgos que entraña la posibilidad de usos no apropiados de distintos tipos de formas contractuales ha sido notable para el país en el pasado reciente. Tales hechos han acarreado un daño patrimonial que lesionan de manera grave el patrimonio público, lo cual nos recuerda la cautela con la cual el legislador debe proceder al conferir autorizaciones de esta clase.⁸⁶

La doctrina ha descrito la tensión existente entre los programas de gobierno, los planes de desarrollo y las acciones de gobierno en los siguientes términos:

“la interacción entre los procesos políticos que tienen lugar en los espacios informales e institucionales debería ser la articulación entre decisiones públicas de autoridades administrativas, reguladas principalmente a través del derecho administrativo, y la opinión y la voluntad constituidas mediante el voto programático para legitimar en términos democráticos dichas decisiones.

El problema, sin embargo, es que muchas veces no existe una relación clara y continua entre la decisión pública finalmente adoptada en uso del derecho por el sujeto que recibe su autoridad en el juego democrático y la opción política inicialmente acogida por parte de los electores a través de su voto⁸⁷

A diferencia de otros principios constitucionales el principio del Voto Programático es clave en relación con la formulación e implementación de los programas de gobierno y los planes de desarrollo, sin él no habría oportunidad de garantizar la vigencia de la democracia participativa, pues el derecho político derivado del mismo permite hacer directamente responsable de sus actos a los gobernantes de turno en las regiones y localidades. Mantener su vigencia, es preservar la calidad de la democracia en los territorios.

En síntesis, los planes de desarrollo se consideran una manifestación del principio de planeación constitucionalmente definido en el primer cargo y como vehículos a través de los cuales se materializan los fines del estado en el ámbito regional y local. Consideramos como lo hace la doctrina que su

⁸⁶ Un caso doloroso para el País fue la modernización de la Refinería de Cartagena inicialmente planeada por un valor de 3.777 millones de dólares, terminó costando 8.326 millones de dólares, descontando financiamiento e intereses. De acuerdo con la Contraloría General de la República, El estado Colombiano “terminará pagando por la modernización de la Refinería de Cartagena no solo más del doble de lo que se presupuestó inicialmente (3.777 millones de dólares), o sea 8.326 millones de dólares, sino más de 4 mil millones de dólares en intereses por la deuda adquirida para financiar el Proyecto”. La Contraloría General de la República pudo determinar que, de los 4.500 millones de dólares adicionales, por lo menos 3.500 millones se habrían destinado a financiar mano de obra adicional ocasionada por la baja productividad que fue persistente a lo largo de toda la ejecución del proyecto y sobre lo cual no se tomaron acciones preventivas ni correctivas, oportunas y efectivas.” Ver Contraloría General de la República. Comunicados de Prensa. No 84 del 6 de Junio de 2018. https://www.contraloria.gov.co/contraloria/sala-de-prensa/boletines-de-prensa/-/asset_publisher/Jl4Sa8JTmibW/content/por-caso-de-reficar-contraloria-general-imputo-responsabilidad-fiscal-por-la-perdida-de-mas-de-2-4-00-millones-de-dolares-en-las-inversiones-realizadas?inheritRedirect=false-

⁸⁷ Rey Salamanca, Felipe. Voto Programático y Programas de Gobierno en Colombia. Garantías para su Cumplimiento. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2015.

Las razones constitucionales que conducen a esa respuesta son diversas. La primera razón es que en la constitución política (preámbulo, artículos 2, 3 y 259) se introduce la democracia participativa y el principio del voto democrático y la soberanía popular y, en consecuencia, se otorga un derecho político en cabeza de los electores en relación al cumplimiento de los planes de gobierno por parte del mandatario local y la forma como se llevan a cabo la ejecución de gobierno, tiene la posibilidad de traducirse en mandato y elección, de manera que resulte posible para los electores ver plasmada su opinión política en el programa cuya realización se le confiere a un candidato. Al incumplir lo mandado por los electores, es lógico que la revocatoria sea el complemento.⁸⁹

De esta forma el constituyente convirtió al voto programático, en un principio axial del sistema político. Este se considera como un elemento indispensable de la democracia liberal colombiana, es un acicate para el cumplimiento de los fines del estado y del cumplimiento de los programas de gobierno planteados por los candidatos en época electoral. En criterio del tratadista Carlos Ariel Sánchez :

Como parte de la democracia liberal, es un mecanismo, al mismo tiempo, de profundización hacia la democracia de participación y de control del poder político. Como instrumento para mejorar la asignación de recursos públicos, se supone que permite tal cosa en la medida en que deja a los ciudadanos expresar con mayor claridad sus preferencias y orientar hacia ellas el gasto público local.

Ambos factores se complementan, pues su eficacia como instrumento de asignación de recursos supone que los ciudadanos y habitantes de los entes territoriales expresen sus preferencias mediante los mecanismos de participación (entre ellos el voto) y que a través de esos mismos mecanismos y, aprovecha la capacidad.⁹⁰

Con ello no se afirma que todas las decisiones deban ser consultadas con los electores pues ocurriría el fenómeno de vaciamiento de la democracia por fatiga electoral de los ciudadanos, en este punto me refiero a que el carácter estratégico de una APP para la vida regional y municipal es mayúscula, y por lo mismo no puede dejarse su suscripción y expedición de las vigencias futuras al último año de gobierno en donde se podría tomar en una medida que ponga en riesgo las finanzas municipales y comprometa de manera excesiva los presupuestos plurianuales de al menos dos décadas.

La tensión constitucional que se presenta entre la realización del mandato de voto programático y las autorizaciones dadas en los apartes acusados ha sido descrita por la doctrina constitucional así:

La separación entre política y derecho en una de sus manifestaciones, la idea típica del liberalismo de que existen dos mundos que pueden no comunicarse, uno abierto para la política donde todos pueden participar y otro cerrado para el derecho donde solo unos pocos adoptan las decisiones, se expresa con especial acento en este fenómeno, rechazado por los demócratas deliberativos.

⁸⁹ Sánchez Torres, Carlos Ariel. *El concepto constitucional de autonomía fiscal y sus alcances legales y jurisprudenciales en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991*. Estud. Socio-Juríd vol.5 no.1 Bogotá Jan./June 2003. Disponible en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792003000100005#nu45

⁹⁰ *Ibíd.* Corte Constitucional.

locales; sin embargo, las normas y principios constitucionales interpretados armónicamente sí exigen que en su expedición se tengan presentes distintos principios constitucionales como el de planeación presupuestal, legalidad, unidad y universalidad de caja y otros que resultan decisivos a la hora de expedirlas.

La Constitución no exige que las vigencias futuras estén atadas a los periodos de los gobiernos regionales y locales en términos de los artículos transcritos o que se consideren vulnerados, sin embargo, la norma relativa al voto programático si constituye necesariamente un límite para su expedición por cuanto otorga la posibilidad de que incluso los temas presupuestales sean escrutados por la mayoría de ciudadanos en aras de la conservación del equilibrio macroeconómico y la sostenibilidad fiscal regional y local.

Por consiguiente, en ejercicio del principio democrático y el voto programático que permea todas las actuaciones de los gobernadores y alcaldes así como de las administraciones públicas en este nivel de la administración, el legislador no pudo adoptar en materia de APP una configuración diferente a la contemplada en los artículos 259, 342, 345, 346 y 347 de la constitución y las normas orgánicas de presupuesto, pues no resulta una medida ni razonable y proporcionada a la luz de los postulados democráticos.

Al respecto, la Corte encontró -en el precedente aplicable y ampliable al presente caso- que la consagración de la prohibición de la suscripción de las asociaciones público privadas en el último año de gobierno tenía un objetivo constitucionalmente válido que se concreta en la protección del voto programático y la facultad de autogobierno del siguiente mandatario.

Al analizar la naturaleza de las atribuciones de las autoridades regionales y locales en lo referente a la planeación y la conservación del principio democrático y el voto programático, y el papel que para la democracia juega el presupuesto como forma de justicia distributiva en la sociedad colombiana, resulta razonable que la Corte evite la suscripción de las asociaciones público privadas y la correspondiente expedición de las vigencias futuras durante el último año de gobierno ya que tal configuración normativa impide ejecutar con plenitud el "nuevo" programa de gobierno contenido en el plan de desarrollo y el plan de inversiones.

Por ello, además de razonable, resulta proporcionada una interpretación constitucional que conserve en mayor medida el principio democrático y que posibilite que no puedan ser suscritas las APP y expedidas las vigencias futuras en el último año de gobierno, en el entendido que cuando estas quieran suscribirse deberán pasar el riguroso proceso que contempla la ley 1508 de 2012 y las normas orgánicas presupuestales, respetando de esta forma el preámbulo y los artículos 1, 2, 259, 303 y 314 superiores.

Esta interpretación de las normas acusadas sería más razonable y proporcionada en relación con los fines perseguidos por las mismas normas y los mandatos constitucionales arriba citados y, se constituyen en instrumento necesario e idóneo para el logro de los principios rectores de la actuación administrativa, la contratación pública garantizando que las actuaciones públicas de los gobernadores y alcaldes estén despojadas de propósitos o intenciones ajenos al servicio público y al interés general.

Lo que buscan las disposiciones demandadas es permitir la promoción y suscripción de asociaciones público privadas en todos los departamentos del país, entre otros efectos, sin embargo por esta vía abre la puerta a la injerencia indebida de los gobernadores y alcaldes sobre el plan de desarrollo, el plan de inversiones y el presupuesto del siguiente gobernador y alcalde de una manera

VII. Notificaciones

Recibiré notificaciones en la Carrera 7 No 8-68 Edificio Nuevo del Congreso. Oficina de Correspondencia de la Cámara de Representantes.

De los Honorables Magistrados de la Corte Constitucional,

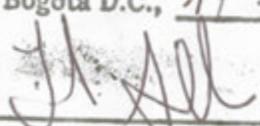
legis


Inti Raúl Asprilla Reyes
CC 80.201.740

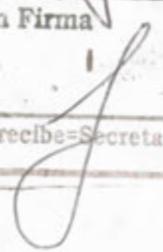
CORTE CONSTITUCIONAL
Secretaría General
DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL Y
RECONOCIMIENTO DE CONTENIDO DE FIRMA

El anterior escrito fue presentado personalmente en
La Secretaría General de la Corte Constitucional,
por Inti Raúl Asprilla Reyes quien se
Identificó con la C.C. No. 80 201 740 de Bogotá
y/o Tarjeta Profesional No. _____

Bogotá D.C., 17 septiembre 2013



Quien Firma



Quien recibe=Secretaría General

MIGD-SP