

Señores
JUZGADO ADMINISTRATIVO DE SANGIL (REPARTO)
E.S.D.

RAMA JUDICIAL
OFICINA APOYO SAN GIL

14 NOV '18 PM 3:14:46

Referencia: DEMANDA DE NULIDAD SIMPLE CONTRA EL ACUERDO MUNICIPAL No. 130 del 31 de Agosto de 2018, DEL MUNICIPIO DE CIMITARRA.

2018-351

LUS GIOVANNY HERNANDEZ HERNANDEZ, mayor de edad, con domicilio en el Municipio de Cimitarra, en ejercicio de la acción pública de nulidad establecida en el Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), respetuosamente solicito que, se declare la NULIDAD del Acuerdo No. 130 del 31 de agosto de 2018, Por medio del Cual se Otorgan Facultades Pro Tempore y Expresas al Señor Alcalde Municipal de Cimitarra – Santander, Para Que Inicie el Proceso de Licitación Pública al Amparo de la Ley 80 de 1993 y Suscriba bajo la Modalidad de Concesión Contrato Para la **MODERNIZACION, OPERACION, EXPANSION, REPOSICION, ADMINISTRACION y MANTENIMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA DEL SISTEMA DE ALUMBRADO PUBLICO DEL MUNICIPIO DE CIMITARRA** y a su vez se le conceden y otorgan otras facultades inherentes.

PRESUPUESTOS PROCESALES

A. Legitimidad

La presente demanda de nulidad simple se instaura en desarrollo del numeral 1° del Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según el cual, este medio de control es de naturaleza pública, por lo cual todo ciudadano está facultado para solicitar la declaratoria de nulidad de un acto administrativo.

B. Oportunidad

Por ser la presente demanda un medio de control de nulidad simple, la misma puede ejercitarse en cualquier tiempo, de conformidad a lo establecido en el literal a) del Artículo 164 del CPACA. **DEMANDA DE NULIDAD SIMPLE Del Acuerdo Municipal No. 130 de 2018**, expedido por el Concejo Municipal de Cimitarra.

C. Competencia

Son los Juzgado Administrativo de San Gil competentes para conocer en primera instancia del presente medio de control, por tratarse de un acto administrativo expedido por una autoridad del municipal, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1° del Artículo 155 del CPACA.

De igual forma, los Jueces Administrativos de San Gil, son competentes en razón al territorio, de conformidad con el numeral 1° del artículo 156 del mismo código, ya que se trata de un acto administrativo proferido por el Concejo del Municipio de Cimitarra, el cual está circunscrito al Circuito Judicial de San Gil.

D. Procedencia

El acto administrativo acusado de nulidad, fue expedido contrariando las siguientes normas constitucionales y legales que autorizan a las entidades territoriales establecer tributos en su respectiva jurisdicción:

A. Constitución Política de Colombia:

- Artículos 1°, 228, 287 y 352

B. Leyes y Decretos.

- La Ley 80 de 1993 artículo 32 numeral 4
- Ley 1483 de 2011
- Decreto 111 de 1996 artículos 104 y 109
- Decreto 115 de 1996
- Ley 617 de 2000
- Ley 819 de 2003

DESIGNACIÓN DE LAS PARTES

A. Demandante

LUIS GIOVANNY HERNANDEZ HERNANDEZ, identificado como aparece al pie de mi firma, mayor de edad, domiciliada en el municipio de Cimitarra, ciudadano colombiano, en ejercicio de la facultad otorgada por el Artículo 137 del CPACA.

B. Demandado

Es demandado el Municipio de Cimitarra, representado por su Alcalde o quien haga sus veces en virtud de acto de delegación, de conformidad con lo establecido en el artículo 159 del CPACA y en el numera 3 del artículo 315 de la Constitución Nacional y el Concejo Municipal de Cimitarra, representado por su Presidente o quien haga sus veces.

Artículo 159. Capacidad y representación. "Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados. En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrán el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales en lo de su competencia, o el funcionario que expidió el acto".

ANTECEDENTES

A. Las vigencias futuras excepcionales se encuentra regulada por la Ley 1483 de 2011.

De conformidad con dichas disposiciones, el artículo 1 de la Ley 1483 de 2011 dispone que debe cumplir 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.
- b) El monto máximo de vigencias futuras, plazo y las condiciones de las mismas deben consultar las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 5o de la Ley 819 de 2003.
- c) Se cuente con aprobación previa del Confis territorial o el órgano que haga sus veces.

d) 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 Inversiones del Plan de Desarrollo respectivo y si sumados todos los compromisos que se pretendan adquirir por esta modalidad y sus costos futuros de mantenimiento y/o administración, excede la capacidad de endeudamiento de la entidad territorial, de forma que se garantice la sujeción territorial a la disciplina fiscal, en los términos del Capítulo II de la Ley 819 de 2003.

Los montos por vigencia que se comprometan por parte de las entidades territoriales como vigencias futuras ordinarias y excepcionales, se descontarán de los ingresos que sirven de base para el cálculo de la capacidad de endeudamiento, teniendo en cuenta la inflexibilidad que se genera en la aprobación de los presupuestos de las vigencias afectadas con los gastos aprobados de manera anticipada.

La autorización por parte de la asamblea o concejo respectivo, 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, con fundamento en estudios de reconocido valor técnico que contemplen la definición de obras prioritarias e ingeniería de detalle, de acuerdo a la reglamentación del Gobierno Nacional, previamente los declare de importancia estratégica.

PARÁGRAFO 1o. En las entidades territoriales, queda prohibida la aprobación de cualquier vigencia futura, en el último año de gobierno del respectivo gobernador o alcalde; excepto para aquellos proyectos de cofinanciación con participación total o mayoritaria de la Nación y la última doceava del Sistema General de Participaciones.

PARÁGRAFO 2o. El plazo de ejecución de cualquier vigencia futura aprobada debe ser igual al plazo de ejecución del proyecto o gasto objeto de la misma.

B. El artículo 352 de la Constitución Política concede las siguientes facultades:

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.

C. La Ley 80 en su artículo 32 numeral 4 dice:

Contrato de concesión

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden."

D. En atención al marco legal descrito, el Concejo Municipal de Cimitarra, que a través del Acuerdo 130 de agosto 31 de 2018, faculto y autorizo al alcalde municipal a contratar la concesión que se encargue de la modernización, operación, expansión, reposición, administración y mantenimiento de la infraestructura del sistema de alumbrado público del municipio de Cimitarra.

CONCEPTO Y FUNDAMENTOS DE LA VIOLACIÓN

En efecto, la norma objeto de la presente demanda de nulidad, consagra lo siguiente:

Ley 1483 de 2011

En esencia se considera que el acuerdo No. 130 de 2018 soslayo el marco normativo consagrado en la Ley 1483 de 2011 ya que no satisfizo el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. El artículo 1° no establece concretamente que con los recursos de las vigencias futuras autorizadas se vaya a financiar el proyecto de alumbrado del municipio de Cimitarra.
2. El monto máximo de las vigencias futuras no consulta las metas plurianuales del marco fiscal a mediano plazo consagradas en el artículo 5° de la ley 819 de 2003, pues en el acuerdo se observa que el porcentaje comprometido corresponde al 100% del ingreso por concepto del servicio de alumbrado público. Además, se advierte que las vigencias se establecieron por un lapso de 20 años, desconociendo lo preceptuado en el artículo 2° de dicha norma, que señala que las metas plurianuales están proyectadas a 10 años.
3. No existe certeza de la capacidad de endeudamiento del municipio, aunado al hecho de que la misma no fue certificada por un contador público.
4. Si bien se realiza Consejo de Gobierno donde se manifiesta que es de importancia estratégica el proyecto de alumbrado público, pareciere que en dicho consejo hay disparidad en el sentido que hablan del artículo 12 de la Ley 819 de 2003 donde se definen las vigencias futuras ordinaria para entes territoriales y luego del artículo 1 de la Ley 1483 de 2011 que habla de vigencias futuras extraordinarias para entes territoriales.
5. Aunado a ello se percibe que el Consejo de Gobierno no conocía los estudios de reconocido valor técnico, ya que tan solo el alcalde se limita a decir que ya están hechos y la secretaria de gobierno pregunta cuánto tiempo dura la ejecución de la obra y la de obras responde que aproximadamente un año y si miramos el parágrafo 2 del artículo 2 de la Ley 1483 de 2011 dice: El plazo de la ejecución de cualquier vigencia futura aprobada debe ser igual al plazo de la ejecución del proyecto o gasto objeto de la misma. Sin entender entonces por qué solicitan vigencias por 20 años si la obra dura un año.
6. No es claro de dónde salen los recursos para la interventoría, pues pareciere que el 100% de los recursos fuera para la obra y dejaron por fuera la interventoría.

A través del Decreto 2767 del 28 de diciembre de 2012, el Gobierno Nacional estableció los requisitos que deben satisfacer los proyectos de inversión para que puedan ser declarados de importancia estratégica y el contenido de los estudios técnicos de los mismos:

Artículo 1°. Declaración de importancia estratégica. De conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la Ley 1483 de 2011, los proyectos de inversión que requieran autorización de vigencias futuras, y excedan el período de gobierno, deberán ser declarados previamente de importancia estratégica, por parte de los Consejos de Gobierno de las entidades territoriales y cumplir los siguientes requisitos:

- a) Que dentro de la parte General Estratégica del Plan de Desarrollo vigente de la entidad territorial se haga referencia expresa a la importancia y el impacto que tiene para la entidad territorial el desarrollo del proyecto que se inicia en ese período y trasciende la vigencia del período de gobierno;
- b) Que consecuente con el literal anterior, dentro del Plan de Inversiones del Plan de Desarrollo vigente se encuentre incorporado el proyecto para el cual se solicita la vigencia futura que supera el período de Gobierno;
- c) Que dentro del Marco Fiscal de Mediano Plazo de la entidad territorial se tenga incorporado el impacto, en términos de costos y efectos fiscales, del desarrollo del proyecto para los diez años de vigencia del Marco Fiscal.
- d) Que el proyecto se encuentre viabilizado dentro del Banco de Programas y Proyectos de la entidad territorial;
- e) Sin perjuicio de los estudios técnicos que deben tener todos los proyectos, los proyectos de infraestructura, energía y comunicaciones el estudio técnico deben incluir la definición de obras prioritarias e ingeniería de detalle, aprobado por la oficina de planeación de la entidad territorial o quien haga sus veces. Para el caso de proyectos de Asociación Público Privada, se cumplirá con los estudios requeridos en la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios.

Artículo 2°. Contenido de los estudios técnicos. En todos los casos los estudios técnicos que acompañen a los proyectos de inversión que superan el período de gobierno, deberán contener como mínimo, además de la definición del impacto territorial del proyecto, que permita evidenciar la importancia estratégica del mismo lo siguiente:

- a). Identificación del Proyecto;
- b). Descripción detallada del proyecto;
- c). Fases y costos de ejecución de cada fase del proyecto;
- d). Impacto del proyecto en el desarrollo territorial;
- e). Valoración técnica, económica, financiera, jurídica ambiental y social del proyecto;
- f). Diagnóstico del problema o situación a resolver a través del proyecto;
- g). Identificación de la población afectada y necesidad de efectuar consultas previas;
- h). Análisis del impacto social, ambiental y económico;
- i). Identificación de posibles riesgos y amenazas que puedan afectar la ejecución del proyecto.

Al analizar esta dos preceptivas, la Dirección de Apoyo Fiscal de Ministerio de Hacienda concluyó que el servicio de alumbrado público puede ser objeto de un contrato de concesión; pero a renglón seguido aclaró que el "suministro" y el "mantenimiento" son un gasto y no una inversión. Por lo tanto, no son susceptibles de ser financiadas con vigencias futuras excepcionales, y que únicamente tendría dicha calidad la "expansión", como quiera que ello implica ampliar e incrementar la capacidad de producción y productividad en el campo de la estructura física.

"...La lectura del artículo 2 transcrito¹ nos permite afirmar que al tratarse, el alumbrado público, de un servicio público puede ser objeto del contrato de concesión.

Desde la perspectiva de la fuente de financiación de la prestación del servicio de alumbrado público nos encontramos con que el municipio tiene la posibilidad de financiarlo con cargo a sus ingresos corrientes y de capital, estos últimos cuando se esté en los supuestos de inversión en instalación o ampliación del sistema de alumbrado público o con el establecimiento del impuesto de alumbrado público.

Véase como no existe la posibilidad de trasladarle a los usuarios del servicio de energía eléctrica del municipio el cobro del alumbrado público vía tarifa, toda vez que esta posibilidad no se encuentra en la Ley 142 de 1994.

En cualquiera de los dos casos, es necesaria la incorporación presupuestal de los ingresos y de la apropiación para realizar el gasto y en este contexto si con la celebración del contrato de concesión o de prestación de servicios se afectan varias vigencias presupuestales, será requisito presupuestal la autorización de vigencias futuras."

"...En armonía con los conceptos de funcionamiento e inversión antes mencionados y atendiendo a lo expuesto por el Ministerio de Minas en la resolución citada (se refiere a la resolución 043 de 1997), el suministro y mantenimiento del alumbrado público son un gasto general que como tal se subclasifica como adquisición de servicios, (...)

La expansión en tanto se refiere a la extensión del servicio que incrementa la capacidad de producción y productividad en el campo de la estructura física del municipio se considera como un gasto de inversiónn...".

Por tanto, teniendo en cuenta que únicamente se considera inversión lo relativo a la expansión, este componente sería el único que reúne la condición para la autorización de vigencias futuras excepcionales²"

En consecuencia de lo anterior, y teniendo en cuenta que el acuerdo demandado sin duda se realizó sin el lleno de los requisito exigidos en la norma por cuanto vulnera no solo la Ley 80 de 1993 sino que además viola flagrantemente la Ley 1483 de 2011, toda vez que no se ajusta a los límites de la ley en cuanto a la Concesión y a las Vigencias Futuras.

PETICIÓN

Con fundamento en los argumentos anteriormente expuestos, respetuosamente solicito al Honorable Juez del Circuito declarar la nulidad del Acuerdo No. 130 del 31 de agosto de 2018, proferido por el Concejo Municipal de Cimitarra.

Así pues, al declarar la nulidad del Acuerdo acusado, solicitamos indicar de forma precisa que el acuerdo no puede ser aplicado en razón de la declaratoria de nulidad del acto acusado.

²Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dirección General de Apoyo Fiscal. Concepto emitido el 12 de septiembre de 2012. Asesoría 030038-12. Respuesta a consulta Rad. 1-2012-052909. Tema: Vigencias futuras excepcionales.

7

SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL
MEDIDA CAUTELAR

En virtud de los artículos 229 y 230 de la Ley 1437 de 2011, en relación con la medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, se señala que ésta puede ser solicitada en la demanda o en cualquier estado del proceso, por escrito o en audiencia.

Artículo 229. "Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento".

Artículo 230. "Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

(...)

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo".

Para que esta proceda, el artículo 231 de la ley en mención contempla los siguientes requisitos:

"Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda..., cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud".

Así las cosas, conforme a lo preceptuado por los artículos 229, 230 y 231 de la Ley 1437 de 2011 o CPACA, en esta oportunidad nos permitimos solicitar se decrete, como medida cautelar, la SUSPENSIÓN PROVISIONAL del Acuerdo Municipal No. 130 de 2018, proferido por el Concejo Municipal de Cimitarra.

Esta petición se presenta, debido a que, como se ha expuesto suficientemente en esta demanda, la norma acusada, viola el artículo 1 de la Ley 1483 de 2011, ya que como dice el Tribunal Administrativo del Huila Sala Cuarta de Oralidad M.P. Ramiro Aponte Pino, en sentencia de Abril 7 de 2015, si bien las vigencias futuras extraordinaria territoriales se pueden ejecutar en proyectos de energía, esta se debe aprobar solo para proyectos de expansión como quiera que ello implica ampliar e incrementar la capacidad de producción y productividad en el campo de la estructura física, pero resulta claro que en este proyecto no solo concedieron facultades para la expansión sino que además para el mantenimiento de la infraestructura ya existente y esto señor juez, es considerado como un gasto y no una inversión y por ende no es susceptible de vigencias futuras extraordinarias territoriales.

De otra parte, en el acuerdo demandado en su artículo 1 le autoriza el Concejo Municipal de Cimitarra, para que adquiera compromiso con cargo al presupuesto de Rentas y Gastos de la Vigencia 2018, no entendiendo porque se otorga dicha facultad desde el 2018, si el acuerdo No. 130 de 2018 por medo del cual se establece el impuesto de Alumbrado Público en su artículo 15 dice que comienza a regir a partir del 1 de enero de 2019, además a la fecha de presentación de esta demanda, no se ha iniciado ningún proceso licitatorio en el Secop que tenga por objeto Licitación Pública o Concesión de modernización, operación,

expansión, reposición, administración y mantenimiento de la infraestructura del sistema de alumbrado público del Municipio de Cimitarra, pareciere que las vigencias futuras las van a ejecutar en el último año de gobierno, lo cual está prohibido por la ley y querían disfrazarlas en el año 2018, cuando en realidad no hay ningún proyecto en ejecución, pues se puede observar consultando el secop y tampoco existe la capacidad de endeudamiento del municipio de Cimitarra, certificada por un contador público.

Por último, se vulnera el Decreto 2767 del 28 de diciembre de 2012 que establece los requisitos que deben satisfacer los proyectos de inversión para que puedan ser declarados de importancia estratégica y el contenido de los estudios técnicos, pues se entiende que no fue llevado al Consejo de Gobierno sino que simplemente manifestaron que ya se encontraba realizado, entonces no entiendo cómo fue declarado de importancia estratégica cuando no era conocido por sus funcionarios, al parecer la única que lo conocía era la Secretaria de Obras que responde que en un año se ejecuta la obra.

Es por ello señor juez que solicito a su despacho muy comedidamente y mientras se comprueba la veracidad de lo aquí expuesto, solicito sea **SUSPENDIDO PROVISIONALMENTE EL ACUERDO MUNICIPAL NO. 130 DE 2018.**

ANEXOS

Se adjunta a esta demanda como anexo:

1. Copia de la demanda con sus anexos, para el traslado al demandado.
2. Copia del Acuerdo 130 del 31 de agosto de 2018, proferido por el Concejo del Municipio de Cimitarra, Santander.
3. Copia del Acuerdo 129 del 30 de agosto de 2018, proferido por el Concejo del Municipio de Cimitarra, Santander.
4. Copia del derecho de petición a la alcaldía municipal.
5. Certificación oficina asesora de planeación
6. Acta de Consejo de Gobierno No. 22 de 2018
7. Acta de Comfis No. 011 de 2018.
8. Copia de la Sentencia del Tribunal Administrativo del Huila Sala Cuarta de Oralidad M.P. Ramiro Aponte Pino, Abril 7 de 2015.

NOTIFICACIONES

- La demandada Municipio de Cimitarra en el Palacio Municipal ubicado en la carrera 5 No. 6-10, teléfono 6260292 y correo electrónico alcaldia@cimitarra-santander.gov.co
- El demandado en la carrera 2 # 4-91, Barrio Pueblo Viejo o al correo electrónico luisgiovanyhernandez@hotmail.com y teléfono 311 286 6217

Del Honorable Juez,



LUIS GIOVANNY HERNANDEZ HERNANDEZ
C.C. No. 91.131.295 EXPEDIDA EN CIMITARRA SANTANDER