Cartagena D. T. y C., veintiuno (21) de febrero de dos mil veinte (2020)

**I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES**

|  |  |
| --- | --- |
| **Medio de control** | OBJECIONES |
| **Radicado** | 13001-23-33-000-2019-00541-00 |
| **Demandante** | ALCALDE MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS |
| **Demandado** | PROYECTO DE ACUERDO No. 180 DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2019 DEL CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA |
| **Tema** | REVOCATORIA DE AUTORIZACIÓN PARA CONTRATAR DEL ALCALDE |
| **Magistrado Ponente**  | LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ |

**II.- PRONUNCIAMIENTO EN ÚNICA INSTANCIA**

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a decidir sobre las objeciones por ilegalidad que formuló el Alcalde Mayor de Cartagena de Indias, al Proyecto de Acuerdo No. 180 del 3 de noviembre de 2019 *“POR EL CUAL SE REVOCAN LAS FACULTADES CONFERIDAS AL ALCALDE DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO No. 111 DEL ACUERDO No. 016 DEL 11 DE DICIEMBRE DE 2018, EN ESPECÍFICO TODO LO RELACIONADO CON LA (SIC) ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS”.*

**III.- ANTECEDENTES**

1. **La petición** (Fls. 1 - 9)

El Alcalde Mayor de Cartagena de Indias en ejercicio de la competencia consagrada en el artículo 80 de la Ley 136 de 1994, ha formulado objeciones al Proyecto de Acuerdo No. 180 del 3 de noviembre de 2019, por pretender modificar la Constitución y la ley, falsa motivación e intervención del Concejo Distrital en la contratación; indicando lo siguiente:

- El Acuerdo pretende modificar la Constitución y la Ley: en el texto del acuerdo se hace referencia a la facultad que otorga el Concejo Distrital para que el Alcalde pueda celebrar contratos de Asociación Público Privada, lo que es incorrecto, toda vez que el artículo 111 del Acuerdo 016 de 2018 no confirió facultades al Alcalde para celebrar contratos, lo que reguló fue una autorización para celebrar ese tipo de contratos, ya que la facultad para contratar de los Alcaldes no la otorgan los Concejos, es una atribución dada por la Constitución y la ley.

- Falsa motivación: el fundamento legal del Concejo se refiere a que el artículo 113 de la Ley 1955 de 2019 es posterior a la autorización otorgada en el artículo 111 del Acuerdo No. 016 de 2018, y que por tanto se deben revocar las facultades concedidas al Alcalde hasta tanto se estudie y se expida una reglamentación para otorgar este tipo de facultades.

Aunado a ello, la autorización dada en el artículo 111 del Acuerdo 016 de 2018, se refiere a proyectos de Asociaciones Público Privadas de iniciativa privada, que no requieren desembolso de recursos públicos ni compromiso de vigencias futuras; sin embargo, el artículo 113 de la Ley 1955 de 2019 se refiere a proyectos de Asociación Público Privada que sí requieren desembolsos de recursos públicos y compromiso de presupuesto con cargo a vigencias futuras, situaciones que distan notoriamente.

- Intervención del Concejo en la Contratación: en la exposición de motivos y en debate realizado en el Concejo Distrital, el propósito del proyecto de acuerdo objetado no es otro distinto que producir un instrumento administrativo para intervenir en el proceso de contratación de la APP de iniciativa privada sin recursos públicos – Corredor Portuario de Cartagena, contrariando el numeral 11 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

1. **Actuación procesal**

Mediante auto del 18 de diciembre de 2019, se procedió a la admisión de las objeciones de la referencia, ordenando dar el trámite correspondiente a la misma, notificando al Agente del Ministerio Público y la fijación en lista por el término de diez (10) días (Fls.128 – 129).

El proceso fue fijado en lista, entre el 13 y 24 de enero de 2020.

**IV.- CONTROL DE LEGALIDAD**

No se advierten irregularidades sustanciales o procedimentales que conlleven a decretar la nulidad total o parcial de lo actuado, al observarse el cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 121 del Decreto 1333 de 1986. Se resalta que en el presente asunto no fue necesario agotar la etapa de pruebas, toda vez que no se solicitó la práctica de las mismas[[1]](#footnote-1).

**V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA**

1. **Competencia**

De conformidad con lo previsto en el numeral 6º del artículo 151 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en única instancia de las objeciones presentadas por el Alcalde Mayor de Cartagena de Indias al Proyecto de Acuerdo No. 018 de 2019 proferido por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias.

1. **Problema Jurídico**

El problema jurídico en el presente caso, se centra en establecer si las objeciones por inconstitucionalidad e ilegalidad formuladas por el Alcalde Mayor de Cartagena contra el Proyecto de Acuerdo No. 018 de 2019 del Concejo Distrital de Cartagena de Indias, son o no fundadas, al haberse expedido presuntamente modificando la Constitución y la ley, falsamente motivado y con el fin de intervenir dicha Corporación en la actividad contractual del Distrito de Cartagena.

1. **Tesis**

La Sala declarará fundadas las objeciones del Alcalde Mayor de Cartagena de Indias contra el proyecto de acuerdo acusado, y ordenará su archivo en razón a que fue expedido con falsa motivación, al fundarse en una ley que, no regula la autorización que había sido otorgada al alcalde distrital; pues la autorización fue para *“celebrar los contratos de asociación público privadas, que de acuerdo a la Ley 1508 de 2012, se presenten como iniciativas privadas que no requieren desembolso de recursos públicos ni compromiso de vigencias futuras”* y la Ley 1955 de 2019 regula en su artículo 113 los requisitos para proyectos de asociación público privada que requieren desembolsos de recursos públicos en entidades territoriales; aunado a lo anterior, se pretende la aplicación retroactiva de dicha ley, pues el acuerdo que otorgó la autorización es de fecha 11 de diciembre de 2018, al tiempo que la Ley 1955 de 2019 entró a regir el 25 de mayo de dicha anualidad, no contemplando su aplicación retroactiva.

La anterior tesis se fundamenta en los argumentos que a continuación se exponen:

**4. Marco normativo y jurisprudencial**

**4.1 Funciones del Concejo frente a las facultades para contratar de los Alcaldes:**

El artículo 209 de la Constitución Política establece:

*“ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*

*Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.*

Por otro lado, el artículo 32 de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012 dispuso lo siguiente en materia de funciones del concejo frente a las facultades para contratar de los alcaldes:

***“Artículo 32. Atribuciones****. Modificado por el art. 18, Ley 1551 de 2012. Además de las funciones que se le señalan en la Constitución y la Ley, son atribuciones de los concejos las siguientes:*

*1. Disponer lo referente a la policía en sus distintos ramos, sin contravenir las leyes y ordenanzas, ni los decretos del Gobierno Nacional o del Gobernador respectivo.*

*2. Exigir informes escritos o citar a los secretarios de la Alcaldía, Directores de departamentos administrativos o entidades descentralizadas del orden municipal, al contralor y al personero, así como a cualquier funcionario municipal, excepto el alcalde, para que haga declaraciones orales sobre asuntos relacionados con la marcha del municipio.*

*Igualmente los concejos municipales podrán invitar a los diferentes funcionarios del Orden Departamental, así como a los representantes legales de los organismos descentralizados y de los establecimientos públicos del orden nacional, con sedes en el respectivo departamento o municipio, en relación con temas de interés local.*

***3. Reglamentar la autorización al alcalde para contratar, señalando los casos en que requiere autorización previa del Concejo.***

*4. Autorizar al alcalde para delegar en sus subalternos o en las juntas administradoras locales algunas funciones administrativas distintas de las que dispone esta ley.*

*5. Determinar la nomenclatura de las vías públicas y de los predios o domicilios.*

*6. Establecer, reformar o eliminar tributos, contribuciones, impuestos y sobretasas, de conformidad con la ley.*

*7. Velar por la preservación y defensa del patrimonio cultural.*

*8. Organizar la contraloría y la personería y dictar las normas necesarias para su funcionamiento.*

*9. Dictar las normas de presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos, el cual deberá corresponder al plan municipal o distrital de desarrollo, teniendo especial atención con los planes de desarrollo de los organismos de acción comunal definidos en el presupuesto participativo y de conformidad con las normas orgánicas de planeación.*

*10. Fijar un rubro destinado a la capacitación del personal que presta su servicio en la administración municipal.*

*11. Garantizar el fortalecimiento de la democracia participativa y de los organismos de acción comunal.*

*12. Citar a control especial a los Representantes Legales de las empresas de servicios públicos domiciliarios, sean públicas o privadas, para que absuelvan inquietudes sobre la prestación de servicios públicos domiciliarios en el respectivo Municipio o Distrito.*

*La empresa de servicios públicos domiciliarios cuyo representante legal no atienda las solicitudes o citaciones del control especial emanadas de los Concejos Municipales o Distritales, será sujeto de investigación por parte de la Superintendencia de los Servicios Públicos Domiciliarios. Esta adelantará de oficio o por petición de la corporación respectiva, una investigación administrativa e impondrá las sanciones procedentes establecidas por la ley. Lo anterior sin perjuicio de las demás acciones legales o Constitucionales procedentes.*

*Parágrafo 1°. Los Concejos Municipales mediante acuerdo a iniciativa del alcalde establecerán la forma y los medios como los municipios puedan otorgar los beneficios, establecidos en el inciso final del artículo 13, 46 y 368 de la Constitución Nacional.*

***Parágrafo 2°.******Aquellas funciones normativas del municipio para las cuales no se haya señalado si la competencia corresponde a los alcaldes o los concejos, se entenderá asignada a estas corporaciones, siempre y cuando no contraríe la Constitución y la ley.***

*Parágrafo 3°. A través de las facultades concedidas en el numeral siete, no se autoriza a los municipios para gravar las rentas que el sector exportador haga al exterior.*

***Parágrafo 4°. De conformidad con el numeral 30*** (Sic) ***del artículo 313 de la Constitución Política, el Concejo Municipal o Distrital deberá decidir sobre la autorización al alcalde para contratar en los siguientes casos:***

*1. Contratación de empréstitos.*

*2.* ***Contratos que comprometan vigencias futuras.***

*3. Enajenación y compraventa de bienes inmuebles.*

*4. Enajenación de activos, acciones y cuotas partes.*

***5. Concesiones.***

*6. Las demás que determine la ley.”* (Negritas fuera del texto original)

Por su parte, el artículo 313 de la Constitución Política de Colombia en materia de funciones de los concejos señala:

***“ARTICULO******313.*** *Corresponde a los concejos:*

*1. Reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo del municipio.*

*2. Adoptar los correspondientes planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas.*

***3. Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones de las que corresponden al Concejo.***

*4. Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales.*

*5. Dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos.*

*6.**Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.*

*7.**Reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda.*

*(…)”* (Negritas fuera del texto original)

Por otro lado, se observa que el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012 señala:

*“****ARTÍCULO 29.****Modificar el artículo*[*91*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1994/ley_0136_1994_pr001.html#91)*de la Ley 136 de 1994, el cual quedará así:*

*Artículo*[*91*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1994/ley_0136_1994_pr001.html#91)*. Funciones. Los alcaldes ejercerán las funciones que les asigna la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y las que le fueren delegadas por el Presidente de la República o gobernador respectivo.*

*Además de las funciones anteriores, los alcaldes tendrán las siguientes:*

*(…)*

***d) En relación con la Administración Municipal:***

*(…)*

*5. Ordenar los gastos* ***y celebrar los contratos y convenios municipales*** *de acuerdo con el plan de desarrollo económico, social y con el presupuesto,* ***observando las normas jurídicas aplicables.***

*(…)”* (Negritas fuera del texto original.

Finalmente y de conformidad con el Concepto No. 2215 del 09 de octubre de 2014 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el cual se explicó el alcance del numeral 3 del artículo 313 de la Constitución Política y los límites a las facultades de los concejos en materia de autorización a los alcaldes para contratar se estableció que dicha facultad está regida por el principio de excepcionalidad, pues es función ordinaria del alcalde celebrar contratos y convenios sin requerir la autorización del concejo Municipal, la cual de acuerdo con la Ley 1551 de 2012 citada con anterioridad, solo se requiere en casos excepcionales previstos en la misma; entender dicha excepción como regla general implicaría desdibujar las facultades que la propia constitución y la ley le han otorgado a los alcaldes como máxima autoridad a nivel municipal. En dicho concepto la Sala de Consulta manifestó lo siguiente:

*“(…) El Ministerio del Interior consulta a esta Sala sobre el alcance de la Ley 1551 de 2012 frente a la atribución de los concejos municipales de autorizar al alcalde para celebrar contratos. En particular se consulta si la Ley 1551 de 2012 restringió los casos en los que los alcaldes deben solicitar autorización del concejo municipal para contratar, o si además de las hipótesis previstas en dicha ley, los concejos municipales pueden establecer otros casos adicionales que también requieran su autorización. (…) (ii) Ni el artículo 313-3 de la Constitución Política, ni el artículo 32-3 de la Ley 136 de 1994 (que la Ley 1551 de 2012 conservó integralmente), facultan a los concejos municipales para someter a su autorización todos los contratos que celebre el alcalde. (iii) Para establecer el listado de contratos que requieren su autorización, los concejos municipales deben actuar con razonabilidad, proporcionalidad y transparencia, de modo que solo estén sometidos a ese trámite aquellos tipos contractuales que excepcionalmente lo ameriten por su importancia, cuantía o impacto en el desarrollo local. (iv) El acuerdo por medio del cual los concejos municipales establecen la lista de contratos que requieren su autorización tiene vigencia indefinida, salvo que el propio acuerdo señale lo contrario. En consecuencia, no es necesario que todos los años o al inicio de cada período de sesiones se vuelva a expedir un nuevo acuerdo sobre la materia. Ello claro está, sin perjuicio de la facultad natural de los concejos de modificar o adicionar sus acuerdos anteriores en cualquier momento. (…) (vi) La inobservancia de los límites constitucionales y legales anotados, así como la obstrucción o interferencia injustificada de la función del alcalde para dirigir la actividad contractual del municipio, puede generar en los concejales responsabilidades disciplinaras, fiscales, patrimoniales y penales, según el caso. En síntesis, la atribución del concejo municipal de señalar qué contratos requerirán su autorización, está regido por un principio de excepcionalidad, según el cual, frente a la facultad general de contratación del alcalde municipal, solo estarán sujetos a un trámite de autorización previa aquellos contratos que determine la ley o que excepcionalmente establezca el concejo municipal cuando tenga razones suficientes para ello. Dicho de otro modo, que los contratos que celebra el alcalde requieran autorización del concejo municipal no es, ni puede ser, la regla general sino la excepción. De lo contrario se desdibujarían las competencias y responsabilidades que la Constitución y la ley también le asignan al jefe de la administración local en materia de ejecución presupuestal, prestación de servicios públicos y atención de las necesidades locales.*

*(…)*

*Esta Sala ya había precisado, como ahora se reitera, que: (i) De conformidad con el Estatuto de Contratación y las normas orgánicas de presupuesto, los alcaldes tienen la facultad general de suscribir contratos, representar legalmente al municipio y dirigir la actividad contractual de los mismos sin necesidad de una autorización previa, general o periódica del concejo municipal, salvo para los casos excepcionales en que este último o la ley lo hayan señalado expresamente. Desde el punto de vista de la estructura de la norma (…) se observa que el legislador reproduce (conserva intacto) el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 136 de 1994, en el cual se consagra la atribución general de los concejos municipales de (i) señalar los casos en que el alcalde requiere autorización previa para contratar y (ii) reglamentar el trámite interno (dentro del concejo) para dicha autorización. De manera que en este aspecto no hubo cambios particulares frente a lo que ya regulaba la Ley 136 de 1994 en su versión original. En cuanto al parágrafo 4º (que es la parte novedosa de la norma), allí se establece, sin eliminar la regla general del numeral 3º, un listado de cinco (5) tipos contractuales para los cuales el alcalde debe obtener siempre, por disposición legal, autorización previa del concejo municipal para contratar. Se trata, según se observa, de contratos que por su naturaleza pueden afectar de manera importante la vida municipal, razón por la cual el propio legislador ordena su aprobación previa por el órgano de representación popular del respectivo territorio*.”

**4.2 Las asociaciones público privadas, APP. Procedimiento para la realización de las APP de iniciativa privada**

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto No. 2346 del 15 de agosto de 2017, se refirió al objeto y al propósito general buscado por la Ley 1508 de 2012, al regular la figura de las APP, precisando lo siguiente:

*"A. Los contratos de concesión bajo el esquema de asociaciones público privadas (APP)*

*La Ley 1508 ... regula los esquemas de asociación público privada (APP), que su artículo 1° define 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 pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio"*.

*(…)*

*Según los antecedentes legislativos, la citada normatividad tiene por objeto promover nuevos esquemas de participación privada y optimizar los mecanismos existentes para la provisión de servicios de infraestructura productiva y social en diferentes sectores, tales como (i) infraestructura, mantenimiento de equipos y desarrollo de capacidades estratégicas en el sector de defensa; (ii) distritos de riego y adecuación de tierras; (iii) infraestructura social en educación, salud y atención integral a la primera infancia; (iv) infraestructura física de entidades públicas; (v) rehabilitación y mantenimiento vial. y (vi) desarrollo de infraestructura logística, entre otros.*

***El artículo 2 de la Ley 1508 señala que las concesiones, de que trata el numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de APP, lo que significa que tales contratos deben entenderse, hoy en día, como una modalidad o especie de asociaciones público privadas, aunque estas últimas podrían estructurarse mediante contratos distintos al de concesión.***

(. . .)

*El artículo 3° ejusdem ("ámbito de aplicación') señala que la citada ley es aplicable "a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura", y precisa que, dentro de tales contratos, pueden estar incluidos aquellos que recaigan sobre la “Infraestructura para la prestación de servicios públicos”.*

*De todas formas, vale la pena aclarar que el parágrafo 1° de la misma norma condiciona la realización de proyectos por el esquema de APP, al hecho de que el "monto de inversión sea superior a seis mil (6.000) smmlv", y el inciso segundo del artículo 4° ejusdem agrega que esta clase de esquemas solo podrá utilizarse "cuando en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución", con lo cual resalta, de paso, la importancia del principio de planeación en esta clase de contratos.*

*El mismo artículo 3° añade que en estos contratos "se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera".*

*"En punto a los procedimientos de selección y a las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que instrumentan estos esquemas, el inciso cuarto del artículo que se comenta37 preceptúa que tales aspectos se regirán por lo dispuesto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007,****salvo en las materias particularmente reguladas en la Ley 1508 de 2012.****Esta misma regla se itera en el artículo 9° de la citada ley, para los esquemas de asociación público privada de iniciativa pública.*

*(. . .)*

*Vale la pena aclarar que la Ley 1508 de 2012 establece dos clases de esquemas de asociación público privada: APP de****iniciativa pública y APP de iniciativa privada, y dispone que en cualquiera de las dos modalidades podrá haber o no aportes de la entidad pública****que pretenda celebrar el contrato, según la forma como se estructure el proyecto. En relación con las****asociaciones público privadas de iniciativa privada****, el artículo 14 de la citada ley dispone que '[l]os particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes".* (Negrillas de la Sala)

De lo anterior se tiene que, la Ley 1508 de 2012 instituye las asociaciones público privadas y las define como un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializa en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado; negocio jurídico que se caracteriza porque tiene por objeto proveer bienes públicos y servicios relacionados, involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes, y prevé mecanismos de pago relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio del objeto del contrato (artículo 1º).

De conformidad con el artículo 3º ejusdem, ésta es aplicable a aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y edificación de infraestructura y sus servicios asociados, su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, o la prestación de servicios públicos. Sólo se podrán realizar proyectos bajo esquemas de Asociación Público Privada cuando el monto de inversión sea superior a 6.000 SMLMV.

La ley en comento establece dos formas de asociación público privada: de iniciativa pública y de iniciativa privada. Las APP de iniciativa privada se diferencian de las de iniciativa pública, en tanto en las primeras los particulares estructuran el proyecto por su propia cuenta y riesgo, asumen la totalidad de los costos de la estructuración, y los presentan de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes. En las APP de iniciativa pública, la entidad que invita a participar cuenta con los estudios requeridos para la celebración del contrato.

Es dable destacar que las Apps de iniciativa privada pueden o no conllevar a desembolsos del presupuesto público.

Finalmente, cabe reiterar que dicha disposición normativa señala que las concesiones de que trata el numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de APP, lo que significa que tales contratos deben entenderse, hoy en día, como una modalidad o especie de asociaciones público privadas, aunque estas últimas podrían estructurarse mediante contratos distintos al de concesión (artículo 2).

**4.3 SOBRE LAS VIGENCIAS FUTURAS Y LA AUTORIZACION POR PARTE DEL CONCEJO MUNICIPAL**

La Ley 1483 de 2011 expidió las normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal para las entidades territoriales. Allí se reguló lo atinente a la facultad de los concejos frente a la autorización de la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto en que se concede la autorización, señalándose allí los requisitos necesarios para otorgar dicha facultad, veamos:

*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 5° 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 1°. 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 2°. El plazo de ejecución de cualquier vigencia futura aprobada debe ser igual al plazo de ejecución del proyecto o gasto objeto de la misma.*

Por su parte la Ley 1508 de 2012 que establece el régimen jurídico de las asociaciones público privadas, también incluyó normas orgánicas de presupuesto, y reguló entre otros aspectos que cuando este tipo de asociaciones requirieran desembolsos de recursos públicos en entidades territoriales que comprometieran vigencias futuras tal operación deberá cumplir con las normas que regulan esa materia.

Por su parte la Ley 1955 de 2019, por la cual se expide el plan nacional de desarrollo, modificó lo relacionado con la autorización del concejo para asumir obligaciones con cargo al presupuesto de vigencias futuras, e indicó que, a partir de allí, la autorización por parte de la entidad edilicia podría darse en cualquier momento, superar el periodo del respectivo alcalde, así como podían ser aprobadas en el último año de gobierno, entre otros aspectos.

Para la Sala estas normas no hacen relación alguna a la facultad del Concejo para autorizar la celebración de contratos al Alcalde Distrital, prevista en el art. 313 Numeral 30 de la Constitución, ni la Ley 1551 de 2012.

**5. Caso concreto**

**5.1 Hechos relevantes probados**

- El Concejo Distrital de Cartagena en el artículo 111 del Acuerdo 016 del 11 de diciembre de 2018, facultó al Alcalde Mayor de Cartagena para lo siguiente:

*“ARTÍCULO 111 – Autorizar al Alcalde para celebrar los contratos de Asociación Público Privadas, que de acuerdo a la Ley 1508 de 2012, se presenten como iniciativas privadas que no requieren desembolso de recursos públicos ni compromiso de vigencias futuras.”*

- El 3 de noviembre de 2019, mediante Proyecto de Acuerdo No. 180 *“POR EL CUAL SE REVOCAN LAS FACULTADES CONFERIDAS AL ALCALDE DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO No. 111 DEL ACUERDO No. 016 DEL 11 DE DICIEMBRE DE 2018, EN ESPECÍFICO TODO LO RELACIONADO CON LA (SIC) ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS”*, el Concejo Distrital de Cartagena dispuso (Fl. 40):

*“ARTÍCULO PRIMERO: Revóquense las facultades conferidas al Alcalde Distrital de Cartagena de Indias, establecidas en el artículo No. 111 del acuerdo No. 016 del 11 de diciembre de 2018, en específico todo lo relacionado con la (SIC) Asociaciones Público Privadas.*

*ARTÍCULO SEGUNDO: ARTÍCULO SEGUNDO. (SIC) En atención a lo establecido por la Constitución y las leyes, entiéndase que el Alcalde mayor de Cartagena de Indias para efectos de suscribir ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS requiere autorización previa por parte del Concejo Distrital de Cartagena, de conformidad con la ley (SIC) 1508 de 2012 y 1955 de 2019.*

*ARTÍCULO TERCERO: Si se encontrare en la actualidad, en trámite o en proceso contractual, para la suscripción de Asociaciones Publico Privadas, entiéndase que antes de la suscripción del respectivo contrato, se debe contar con las facultades que debe (SIC) ser otorgadas por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias.*

*ARTÍCULO CUARTO: Vigencia: El presente Acuerdo rige a partir de su sanción y publicación y deroga las normas existentes en acuerdos que le sean contrarias.”*

- El 5 de noviembre de 2019, se remitió al Alcalde Mayor de Cartagena el Proyecto de Acuerdo No. 180 de 2019, para su respectiva sanción (Fl. 38).

- El 12 de noviembre de 2019, en escrito dirigido al Presidente del Concejo Distrital de Cartagena de Indias, el Alcalde Mayor de Cartagena PEDRITO TOMAS PEREIRA CABALLERO, presentó objeciones contra el Proyecto de Acuerdo No. 180 de 2019 (Fls. 19 – 29).

- En la exposición de motivos del proyecto de acuerdo objetado, se indicó que:

*“A través de la ley (sic) 1508 de 2012 se reglamentó las asociaciones públicas privadas sigla APP.*

*Mediante el acuerdo 016 del 11 de diciembre de 2018 en el artículo 111 de dicho acuerdo se estableció lo siguiente:*

*- Autorizar al alcalde para celebrar los contratos de asociación público privadas, que de acuerdo a la Ley 1508 de 2012, se presenten como iniciativas privadas que no requieren desembolso de recursos públicos ni compromiso de vigencias futuras.*

*Luego de expedido el Acuerdo No. 016 del 11 de diciembre de 2018, se expidió la ley (sic) 1955 de 2019, que en su artículo establece:*

*“****Artículo 113: REQUISITOS PARA PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA QUE REQUIEREN DESEMBOLSOS DE RECURSOS PÚBLICOS EN ENTIDADES TERRITORIALES****. Modifica el numeral 6, 7 y el parágrafo 2 del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012, así:*

*6. La autorización por parte de la Asamblea o Concejo respectivo, para asumir obligaciones con cargo al presupuesto de vigencias futuras para proyectos de Asociación Público-Privada podrá efectuarse en cualquier momento y superar el período de Gobierno del respectivo gobernador o alcalde. El plazo de dicha autorización no podrá exceder el plazo previsto en el artículo 6º de la Ley 1508 de 2012.”*

*Así las cosas dada la expedición de la ley (sic) 1955 de 2019, este Concejo Distrital de Cartagena de Indias, debe revocar las facultades que le fueron concedidas al Alcalde para la suscripción de las Asociaciones Público Privadas, hasta tanto se estudie y se expida por parte de esta Corporación una reglamentación para otorgar este tipo de facultades al Alcalde.*

*Sumado a lo anterior, esta iniciativa busca evitar que se suscriban este tipo de las (sic) Asociaciones Público Privadas sin que el Concejo, quien es el competente para otorgar este tipo de facultades conozca previamente los beneficios y las calidades de los proyectos que se pretenden desarrollar e implementar con las Asociaciones Público Privadas.*

*(…)”.* (Fls. 203 – 206)

**5.2 Análisis de las observaciones frente al marco normativo expuesto y los hechos probados en el proceso.**

De acuerdo al escrito de objeciones, y a los hechos probados en el presente proceso, procederá la Sala a pronunciarse sobre los cargos de ilegalidad planteados por el mandatario distrital contra el Proyecto de Acuerdo No. 180 de 2019:

 **- DE LOS CARGOS INVOCADOS**

**5.2.1 El Proyecto de Acuerdo No. 180 del 3 de noviembre de 2019 pretende modificar la Constitución y la Ley**:

Expone el Mandatario Distrital que en el texto del proyecto de acuerdo se hace referencia a la facultad que otorga el Concejo Distrital para que el Alcalde pueda celebrar contratos de Asociación Público Privada, lo que es incorrecto, toda vez que el artículo 111 del Acuerdo 016 de 2018 no confirió facultades al Alcalde para celebrar contratos, lo que reguló fue una autorización para celebrar ese tipo de contratos, ya que la facultad para contratar de los Alcaldes no la otorgan los Concejos, es una atribución dada por la Constitución y la ley.

Para resolver, la Sala encuentra que, de acuerdo con el artículo 209 de la Constitución y el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012 compete al Alcalde como administrador de los recursos e intereses municipales, celebrar contratos y convenios, ajustándose dicha actuación a los planes de desarrollo económico, social y al presupuesto municipal.

No obstante, tal facultad de contratación se encuentra limitada en algunos eventos determinados por el legislador, siendo una excepción requerir previamente a la celebración de contratos o convenios, **autorización** del Concejo Municipal, situación prevista en el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012.

En ese sentido, tal y como se señaló en el acápite normativo y jurisprudencial de la presente providencia, se tiene que el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012[[2]](#footnote-2) señala como función de los concejos municipales, decidir sobre la **autorización** al Alcalde para contratar en los siguientes casos:

*1. Contratación de empréstitos.*

*2. Contratos que comprometan vigencias futuras.*

*3. Enajenación y compraventa de bienes inmuebles.*

*4. Enajenación de activos, acciones y cuotas partes.*

***5. Concesiones.***

*6. Las demás que determine la ley.*

Dichas facultades del Concejo en materia de autorización para contratar al alcalde, como se señaló en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado debe entenderse de manera excepcional, puesto que, por regla general, **de conformidad con la constitución y la ley, es función y/o atribución propia del alcalde la de celebrar contratos**. Lo anterior, a juicio de la Sala, se traduce en que el Alcalde deberá solicitar la autorización al Concejo para contratar, solo en los casos expresamente señalados en la ley, o en aquellos plasmados por el cuerpo edilicio en sus reglamentos.

Del estudio integral de las normas en cita, encuentra esta Corporación que ni el artículo 313-3 de la Constitución Política, ni el artículo 32-3 de la Ley 136 de 1994 (modificado por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012), facultan a los concejos municipales para someter a su autorización todos los contratos que celebre el alcalde; pues se reitera que dicha autorización se requiere, es en los casos expresamente señalados en la ley, así como en lo dispuesto en el reglamento que para tales efectos adopte el respectivo concejo; caso en el cual dichas facultades deberán ejercerse con razonabilidad, proporcionalidad y transparencia, sobre aquellos tipos contractuales que excepcionalmente lo ameriten por su importancia, cuantía o impacto en el desarrollo local.

Así mismo encuentra esta Magistratura que dentro de los casos excepcionales en los que sí se requiere la autorización previa del concejo al alcalde para contratar se encuentran las **concesiones**, las cuales conforme al artículo 2º de la Ley 1508 de 2012, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de

APP, lo que implica que todo proyecto relativo al desarrollo de infraestructura debe tramitarse conforme al régimen de la Ley 1508 de 2012.

Razón por la cual, el Concejo Distrital de Cartagena en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, sin entrar a legislar o expedir normas adicionales en materia contractual, estaba facultado para entrar a reglamentar el trámite interno para prestar su autorización en dicha materia, sin que ello implique una intromisión en las facultades generales del alcalde para contratar.

Es necesario precisar que desde el punto de vista técnico jurídico, hay diferencias entre los conceptos de *Facultad* y *Autorización*, entendiendo que la primera emana directamente de la Constitución o la ley; mientras que la segunda, emana de la Corporación Político Administrativa.

En este orden, en el sub examine, en el texto del proyecto de acuerdo objeto de reproche, efectivamente se utilizó de manera anti técnica el término***Facultad*,** en el sentido de que en el Acuerdo 016 de 2018 lo que se confirió fue una ***autorización*** al Alcalde; de tal manera que la revocatoria pretendida con el proyecto de acuerdo, debió referirse a la autorización otorgada en el Acuerdo anterior, y no a la *Facultad*.

No obstante lo anterior, para la Sala de Decisión, en primacía de lo sustancial, el cargo en estudio no tiene la vocación de prosperar, en consideración a que como quiera que lo que otorgó el Concejo Distrital en el Acuerdo 016 de 2018 fue una autorización, debe entenderse que lo que revoca es dicha autorización; y no una facultad, como inapropiadamente se indicó en el proyecto objetado.

**5.2.2 Falsa motivación:**

En este cargo de ilegalidad el Mandatario Distrital hace referencia a que el artículo 113 de la Ley 1955 de 2019, norma posterior a la autorización otorgada en el artículo 111 del Acuerdo No. 016 de 2018, es el fundamento legal por el cual se revoca la autorización dada, indicándose en el Proyecto de Acuerdo objetado, que dicha Corporación deberá estudiar y expedir una reglamentación para otorgar ese tipo de facultades. Para resolver este cargo, procederá la Sala a precisar lo siguiente:

De conformidad con lo previsto en la Ley 136 de 1994, el Alcalde Municipal puede objetar los proyectos de acuerdo aprobados por el Concejo por considerarlos inconvenientes o por ser contrarios a la Constitución, la ley y las ordenanzas (artículo 78). Lo primero, alude a un juicio sobre el provecho, beneficio y oportunidad de la determinación (artículo 79); lo segundo, supone calificarlos contrarios al ordenamiento jurídico por el cual deben regirse (artículo 80).

Además de revestir al Alcalde de la potestad de plantear esta controversia, la ley regula los procedimientos para solucionar los conflictos entre los alcaldes y los concejos municipales que pueden surgir del ejercicio de dicho poder de objeción; por tanto, prevé procedimientos y órganos de cierre distintos dependiendo de si se trata de un conflicto surgido de una objeción por inconveniencia o una de derecho.

Así pues, en el caso de la inconveniencia, planteada la controversia la insistencia del Concejo prima y prevalece sobre la objeción del alcalde y en consecuencia el proyecto con la sanción del alcalde o sin ella, será Acuerdo.

Pero si las objeciones están fundadas en razones de derecho y estas no son acogidas por el Concejo, conforme al Decreto 1333 de 1986, el proyecto será enviado por el alcalde al Tribunal Administrativo, dentro de los diez (10) días siguientes, acompañado de un escrito que contenga los requisitos señalados en los numerales 2 a 5 del artículo 137 del CCA, hoy artículo 162 del CPACA[[3]](#footnote-3), para que éste decida conforme al trámite señalado en el artículo 121. Es decir, que en el referido escrito se debe precisar lo que se pretende, los hechos u omisiones que sirven de fundamento a la pretensión**, la indicación de las normas violadas y la explicación sobre el concepto de la violación**, y la petición de las pruebas que se quieran hacer valer (arts. 119 y 120 del Decreto 1333 de 1986).

Así las cosas, es claro que el requisito de exponer las razones jurídicas que soportan las objeciones formuladas por el Alcalde, tiene como finalidad que esta Corporación luego de efectuar un análisis de legalidad de las mismas, zanje la diferencia jurídica entre el Alcalde y el Concejo, y si se hallan válidas las objeciones el proyecto será archivado, pero si decide que son infundadas, el Alcalde deberá sancionarlo.

Aunado a lo anterior, precisa también la Sala que siendo los Acuerdos Municipales y Distritales la forma a través de la cual los Concejos adoptan las decisiones a su cargo, su naturaleza jurídica es la de ser Actos Administrativos[[4]](#footnote-4), los que a su vez, y conforme a lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 136 de 1994, deben ir acompañados de una **exposición de motivos** en la que se expliquen sus alcances y las razones que los sustentan.

Así las cosas, en un Acuerdo Municipal la exposición de motivos constituye un elemento necesario para la validez del mismo, ya que es condición de la ley que existan dichos motivos que originen su expedición y que sean el fundamento de la decisión que contienen; en otras palabras, deben existir unas circunstancias o razones de hecho y de derecho que determinan la expedición del acuerdo y el contenido o sentido de la respectiva decisión.

Esos motivos son entonces el soporte fáctico y jurídico que justifican la expedición del Acuerdo Municipal, debiendo existir una realidad fáctica y jurídica que le brinde sustento a la decisión de los Concejos.

Precisado lo anterior, observa esta Magistratura que el cargo incoado contra el Proyecto de Acuerdo objetado es la falsa motivación, que conforme la jurisprudencia del Consejo de Estado, consiste en lo siguiente:

*“En relación con la falsa motivación, vicio invocado por los demandantes, es de precisar que la misma se configura cuando los hechos son falsos, bien porque nunca ocurrieron o se describen de forma distinta a como ocurrieron,* ***y cuando los hechos ocurridos se aprecian erróneamente, porque no tienen el alcance ni producen los efectos que les da el acto administrativo, o no corresponden a los supuestos descritos en las normas que aquél invoca****. En términos de la doctrina, la causal de “falsa motivación” puede consistir en que la ley exija unos motivos precisos para tomar una decisión, pero el funcionario la expide sin que esos motivos se presenten, caso en el cual se habla de la inexistencia de motivos legales o falta de motivos, como también en que los motivos invocados no han existido realmente, desde el punto de vista material o jurídico, caso en el cual se habla de inexistencia de los motivos invocados, de motivos erróneos o de error de hecho o de derecho en los motivos. El error de hecho ocurre cuando no existe el motivo que soporta el acto administrativo* ***y el error de derecho cuando el motivo invocado sí existió materialmente, pero fue mal apreciado o interpretado por el funcionario****”.[[5]](#footnote-5)* (Negrillas de la Sala)

De lo expuesto es claro que, para que puedan servir de fundamento a un acto administrativo, los motivos de hecho y de derecho expuestos por la Autoridad que lo expida, deben ser verdaderos, reales y legales; de modo que, cuando el ente administrativo realiza una equivocada lectura o interpretación jurídica de la realidad o invoca un fundamento jurídico discordante, irreal o que no existe, puede configurarse el vicio de la falsa motivación.

Por tanto, como lo estableció la jurisprudencia en cita, la falsa motivación en un acto administrativo puede presentarse cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo se revela inexistente, o cuando existiendo unos hechos, éstos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, generándose en la primera hipótesis, el error de hecho, y en la segunda, el error de derecho, como modalidades diferentes de la falsa motivación.

En el sub examine, en la exposición de motivos del Proyecto de Acuerdo No. 180 de 2019, se indicó lo siguiente:

*“Luego de expedido el Acuerdo el Acuerdo 016 del 11 de diciembre de 2018, se expidió la ley 1955 de 2019, que en su artículo establece:*

*Artículo 113: REQUISITOS PARA PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA QUE REQUIEREN DESEMBOLSOS DE RECURSOS PÚBLICOS EN ENTIDADES TERRITORIALES. Modifica el numeral 6, 7 y el parágrafo 2 del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012, así:*

*6. La autorización por parte de la Asamblea o Concejo respectivo, para asumir obligaciones con cargo al presupuesto de vigencias futuras para proyectos de Asociación Público-Privada podrá efectuarse en cualquier momento y superar el período de Gobierno del respectivo gobernador o alcalde. El plazo de dicha autorización no podrá exceder el plazo previsto en el artículo 6º de la Ley 1508 de 2012.*

*Así las cosas, dada la expedición de la ley 1955 de 2019, este Concejo Distrital de Cartagena de Indias, debe revocar las facultades que le fueron concedidas al Alcalde para la suscripción de las Asociaciones Público-Privadas, hasta tanto se estudie y se expida por parte de esta Corporación una reglamentación para otorgar este tipo de facultades al Alcalde.”*

Conforme lo anterior, para esta Magistratura los motivos que dieron origen al Proyecto de Acuerdo Objetado, incurren en un error de derecho, al existir un hecho, como lo fue la autorización dada en el Acuerdo No. 016 de 2018 al Alcalde para suscribir un tipo de Asociaciones Público Privadas, y posteriormente ser calificada erradamente desde el punto de vista jurídico, al revocarla en aplicación de una norma que regula la suscripción de una APP diferente a aquella para la cual se autorizó inicialmente al Mandatario Distrital.

Lo señalado debido a que la autorización otorgada mediante el Acuerdo 016 de 2018, fue para celebrar los contratos de Asociación Público Privadas, que de acuerdo a la Ley 1508 de 2012, se presenten como iniciativas privadas que **no requieren desembolso de recursos públicos ni compromiso de vigencias futuras**; mientras que la revocatoria de la anterior autorización, se funda en el artículo 113 de la Ley 1955 de 2019, el cual regula los requisitos para proyectos de APPs **que requieren desembolsos de recursos públicos en entidades territoriales.**

Sobre lo expuesto, advierte la Sala que como se explicó en precedencia, 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”* definió las Asociaciones 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 pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio (artículo 1º).

Igualmente, la ley en comento establece dos formas de asociación público privada: de iniciativa pública y de iniciativa privada. Las APP de iniciativa privada se diferencian de las de iniciativa pública, en tanto en las primeras los particulares estructuran el proyecto por su propia cuenta y riesgo, asumen la totalidad de los costos de la estructuración, y los presentan de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes (Título III). En las APP de iniciativa pública, la entidad que invita a participar cuenta con los estudios requeridos para la celebración del contrato (Titulo II).

Dentro de las APPs de iniciativa privada, existe una subclasificación, disponiéndose en la misma normatividad que unas serán de iniciativa privada que requieren desembolsos de recursos públicos[[6]](#footnote-6), y otras de iniciativa privada que no requieren el desembolso de dichos recursos[[7]](#footnote-7).

Como puede observarse, el Concejo Distrital de Cartagena, en el artículo 111 del Acuerdo 016 del 11 de diciembre de 2018, facultó al Alcalde Mayor de Cartagena para *“celebrar los contratos de Asociación Público Privadas, que de acuerdo a la Ley 1508 de 2012, se presenten como iniciativas privadas que* ***no requieren desembolso de recursos públicos ni compromiso de vigencias futuras****.”*, cuya regulación está dada en el artículo 19 de dicha ley.

Posteriormente, el 3 de noviembre de 2019, mediante Proyecto de Acuerdo No. 180 de esa anualidad, el Concejo Distrital revocó las facultades conferidas en el artículo 111 del referido Acuerdo No. 016, en específico todo lo relacionado con las Asociaciones Público Privadas, indicando en la exposición de motivos que ello se debía a que la Ley 1955 de 2019, en su artículo 113 modificó los numerales 6, 7 y el parágrafo del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012, norma que señala lo siguiente:

*“ARTÍCULO 113. REQUISITOS PARA PROYECTOS DE* ***ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA QUE REQUIEREN DESEMBOLSOS DE RECURSOS PÚBLICOS EN ENTIDADES TERRITORIALES****. Modifica el numeral 6, 7 y el parágrafo 2 del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012, así:*

*6. La autorización por parte de la Asamblea o Concejo respectivo, para asumir obligaciones con cargo al presupuesto de vigencias futuras para proyectos de Asociación Público Privada podrá efectuarse en cualquier momento y superar el período de Gobierno del respectivo gobernador o alcalde. El plazo de dicha autorización no podrá exceder el plazo previsto en el artículo 6o de la Ley 1508 de 2012.*

*7. Las vigencias futuras que se expidan deberán cumplir las normas vigentes que regulan la materia y los parámetros previstos en el presente artículo, incluyendo la aprobación previa de la valoración de riesgos y pasivos contingentes por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.*

*Estas vigencias futuras podrán ser aprobadas en el último año de Gobierno, hasta por el plazo de duración del proyecto respectivo.*

*PARÁGRAFO 2o. Para la presentación de estos proyectos al Ministerio de Hacienda y Crédito Público se deberá contar con la validación financiera por parte de alguna de las entidades financieras públicas de segundo piso o estructuradoras públicas del orden nacional.*

*Se exceptúan de la mencionada validación, aquellos proyectos que han sido estructurados por una estructuradora pública del orden nacional o el Departamento Nacional de Planeación.”*

Para la Sala de Decisión, es notorio que el Proyecto de Acuerdo acusado adolece de falsa motivación, pues si bien es cierto se expusieron las razones que lo sustentaban, también lo es que su fundamentación es distinta a la realidad, al no haber existido la modificación normativa en lo que atañe al tipo de APP para la cual se autorizó al Alcalde Distrital, ya que el Acuerdo 016 lo autorizó para suscribir APPs de iniciativa privada que no requieren desembolso de recursos públicos ni compromiso de vigencias futuras, y la comentada modificación legal efectuada por la el artículo 113 de la Ley 1955 de 2019, tuvo injerencia exclusivamente en las APPs de iniciativa privada que requieran desembolso de recursos públicos de entidades territoriales; lo cual para esta Magistratura no justifica ni sustenta las medidas adoptadas en el Proyecto de Acuerdo objetado. O lo que es igual, se pudo constatar que no es cierto, como se manifestó en la exposición de motivos, que el proyecto de acuerdo, en lo relativo a la autorización para la suscripción de Asociaciones Público Privadas de iniciativa privada que no requiera de desembolsos de recursos públicos, necesite la expedición de una nueva reglamentación para otorgar ese tipo de facultades.

De otra parte, se tiene que el Concejo Distrital entendió que el artículo 113 de la Ley 1955 de 2019 se refirió a la facultad del Concejo Municipal para autorizar al alcalde a celebrar determinados contratos, entre estos, los relacionados con las asociaciones público privadas, incluyéndose allí, según la Corporación, un caso en el cual el alcalde requería de autorización por parte de la entidad edilicia para su celebración.

Sin embargo, como se estudió en el marco normativo, la autorización que se reguló allí hace referencia es a la autorización de vigencias futuras, el cual concierne a un tema presupuestal, sin embargo, esa norma no se refiere a la facultad del concejo para autorizar al alcalde a celebrar determinados contratos, situación regulada en la Ley 1551 de 2012 que moderniza el funcionamiento de los municipios.

En ese orden de ideas, se confirma que la norma o ley invocada por parte del Concejo Municipal para revocar la autorización al alcalde a fin de celebrar contratos de asociaciones público privadas es ajena al fin para el que fue aplicada, configurándose así un error de derecho por parte del Concejo al momento de motivar el acto objeto de estudio.

De lo anterior, queda en evidencia que no existió concordancia, congruencia y correspondencia entre la realidad y las motivaciones que respaldaron la presentación del mencionado proyecto, encontrándose fundadas en este cargo las objeciones del Mandatario Distrital.

Aunado a lo anterior, en gracia de discusión, aún en el caso de que efectivamente la Ley 1955 de 2019, regulara el mismo tipo de App para la cual fue autorizado el alcalde a contratar, no resultaría aplicable dicha ley de forma retroactiva, pues ella no lo contempla, de tal manera que sus disposiciones rigen hacia el futuro.

Es necesario aclarar, que sin duda el Concejo Municipal, conserva competencia para revocar la autorización para contratar que hubiere conferido al alcalde; pero dicha revocatoria se debe hacer a través de un acuerdo, el cual tiene la naturaleza de un acto administrativo; por lo que como se indició *ut supra*, debe reunir los elementos para la existencia y validez de todo acto de esa naturaleza; entre los que se encuentran los motivos –razones de hecho y de derecho que llevan a su expedición-; además, para el caso de los acuerdos municipales o distritales, se debe cumplir también con un requisito formal, consistente en que los motivos deben consignarse en la “exposición de motivos” que debe acompañar la expedición del acuerdo.

En este orden, las razones expuestas en el proyecto de acuerdo de revocatoria de la autorización concedida al alcalde para contratar, debe corresponder a la realidad; de lo contrario se configura la causal de ilegalidad de falsa motivación consagrada en el artículo 137 del CPACA; resultando entonces objetable por motivos de derecho el respectivo proyecto de acuerdo o anulable el acuerdo; en caso que el proyecto no hubiere sido objetado por el alcalde, sino sancionado por él.

**5.2.3 Intervención del Concejo en la Contratación**

Se indicó en el escrito de objeciones, que en la exposición de motivos y en debate realizado en el Concejo Distrital, el propósito del proyecto de acuerdo objetado no es otro distinto que producir un instrumento administrativo para intervenir en el proceso de contratación de la APP de iniciativa privada sin recursos públicos – Corredor Portuario de Cartagena, contrariando el numeral 11 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

Del escrito de objeciones, observa esta Magistratura que la sustentación de este cargo está centrada en la presunta suscripción de una Asociación Público Privada que para su ejecución no requiere de recursos públicos ni compromiso de vigencias futuras, y que se denomina APP Corredor Portuario, de lo cual no existe prueba en el plenario.

Aunado a lo indicado, recuerda la Sala en este punto que en efecto, el numeral 11 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, consagra que las corporaciones de elección popular y los organismos de control y vigilancia no podrán intervenir en los procesos de contratación, salvo en lo relacionado con la solicitud de audiencia pública para la adjudicación en caso de licitación; y el numeral 5º del artículo 26 ibídem dispone que, la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal, quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma; razones por las cuales este cargo no tiene vocación de prosperar.

Por todo lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión declarará fundadas las objeciones del Alcalde Mayor de Cartagena de Indias contra el proyecto de acuerdo acusado, y ordenará su archivo en razón a que fue expedido con falsa motivación, al fundarse en una ley que no regula la autorización que había sido otorgada al alcalde distrital; pues la autorización fue para “celebrar los contratos de asociación público privadas, que de acuerdo a la Ley 1508 de 2012, se presenten como iniciativas privadas que no requieren desembolso de recursos públicos ni compromiso de vigencias futuras” y la Ley 1955 de 2019 regula en su artículo 113 los requisitos para proyectos de asociación público privada que requieren desembolsos de recursos públicos en entidades territoriales; aunado a lo anterior, se pretende la aplicación retroactiva de dicha ley, pues el acuerdo que otorgó la autorización es de fecha 11 de diciembre de 2018, al tiempo que la Ley 1955 de 2019 entró a regir el 25 de mayo de dicha anualidad, no contemplando su aplicación retroactiva.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**VI.- FALLA**

**PRIMERO: DECLARAR** fundadas las objeciones presentadas por el Alcalde Mayor de Cartagena de Indias, contra el Proyecto de Acuerdo No. 180 del 3 de noviembre de 2019 “POR EL CUAL SE REVOCAN LAS FACULTADES CONFERIDAS AL ALCALDE DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO No. 111 DEL ACUERDO No. 016 DEL 11 DE DICIEMBRE DE 2018, EN ESPECÍFICO TODO LO RELACIONADO CON LA (SIC) ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS”*,* por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia; en consecuencia se ORDENA SU ARCHIVO conforma al artículo 80 de la Ley 136 de 1994.

**SEGUNDO: COMUNICAR** esta determinación al señor Alcalde Mayor de Cartagena de Indias, y al Presidente del Concejo Distrital de Cartagena.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia. El proyecto de esta Sentencia fue considerado y aprobado en Sala de Decisión de la fecha.

**LOS MAGISTRADOS**

**ORIGINAL CON FIRMA**

**LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**

 **ORIGINAL CON FIRMA**

**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**

 **Salvamento de voto**

1. D 1333 de 1986. **Artículo 121º.-** Al escrito de que trata el artículo anterior, en el Tribunal Administrativo se dará el siguiente trámite: 1. Si el escrito reúne los requisitos de ley, el Magistrado sustanciador ordenará que el negocio se fije en lista por el término de diez (10) días durante los cuales el fiscal de la corporación y cualquiera otra persona podrán intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad o legalidad del acuerdo y solicitar la práctica de pruebas. 2. Vencido el término de fijación en lista se decretarán las pruebas pedidas por el Gobernador y los demás intervinientes. Para la práctica de las mismas se señalará término no superior a diez (10) días. 3. Practicadas las pruebas pasará el asunto al Despacho para fallo. El Magistrado dispondrá de diez (10) días para la elaboración de la ponencia y el Tribunal de otros diez (10) días para decidir. Contra esta decisión, que produce efectos de cosa juzgada en relación con los preceptos constitucionales y legales confrontados, no procederá recurso alguno. [↑](#footnote-ref-1)
2. Que modificó el artículo 32 de la Ley 136 de 1994. [↑](#footnote-ref-2)
3. *“****ARTÍCULO 162. CONTENIDO DE LA DEMANDA.****Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:*

*(…)*

*2. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en este mismo Código para la acumulación de pretensiones.*

*3. Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.*

*4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.*

*5. La petición de las pruebas que el demandante pretende hacer valer. En todo caso, este deberá aportar todas las documentales que se encuentren en su poder.*

*(…)”* [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, providencia del siete (7) de diciembre de dos mil once (2011), Rad. No. 68001-23-15-000-2002-00630-01. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, providencia del doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 11001-03-27-000-2013-00007-00 (19950). [↑](#footnote-ref-5)
6. ***“ARTÍCULO 17. INICIATIVAS PRIVADAS QUE REQUIEREN DESEMBOLSOS DE RECURSOS PÚBLICOS.****<Artículo modificado por el artículo 38 de la Ley 1753 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador de la iniciativa, pero requiriendo la ejecución del proyecto desembolsos de recursos públicos, se abrirá una licitación pública para seleccionar el contratista que adelante el proyecto que el originador ha propuesto, proceso de selección en el cual quien presentó la iniciativa tendrá una bonificación en su calificación entre el 3 y el 10% sobre su calificación inicial, dependiendo del tamaño y complejidad del proyecto, para compensar su actividad previa, en los términos que señale el reglamento.*

*En esta clase de proyectos de asociación público-privada, los recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, no podrán ser superiores al 30% del presupuesto estimado de inversión del proyecto. Tratándose de proyectos de infraestructura vial de carreteras dicho porcentaje no podrá ser superior al 20% del presupuesto estimado de inversión del proyecto.*

*Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad pública competente haya determinado, antes de la licitación, como costos de los estudios realizados para la estructuración del proyecto.*

*En todos los casos la entidad estatal competente, deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 11, numerales 11.2 y siguientes de la presente ley.”* [↑](#footnote-ref-6)
7. *“****ARTÍCULO 19. INICIATIVAS PRIVADAS QUE NO REQUIEREN DESEMBOLSOS DE RECURSOS PÚBLICOS.****Logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo el originador la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, la entidad competente publicará el acuerdo, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos por un término no inferior a un (1) mes ni superior a seis (6) meses, en los términos que establezca el reglamento, dependiendo de la complejidad del proyecto, en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública “SECOP”.*

*En esta publicación la entidad estatal competente señalará las condiciones que deben cumplir eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y anunciará su intención de adjudicar un contrato al proponente originador, en las condiciones acordadas, si no existieren otros interesados en la ejecución del proyecto.*

*Transcurrido el plazo de la publicación anteriormente referida, sin que ningún interesado distinto al originador del proyecto manifieste a la entidad estatal competente, su interés de ejecutarlo o cumpla las condiciones para participar en su ejecución, se podrá contratar con el originador, de manera directa en las condiciones pactadas.”* [↑](#footnote-ref-7)