**NULIDAD SIMPLE - Naturaleza objetiva**

Se califica de objetiva en la medida en que, a través de su ejercicio, sólo se puede obtener la preservación del ordenamiento jurídico; por tanto, implica el desarrollo de una pretensión de carácter general dirigida a restablecer la juridicidad, en aras del interés general y del principio de legalidad. Lo objetivo de la acción implica, así mismo, una especial técnica de impugnación por parte del ciudadano interesado y de análisis jurídico por parte del juzgador, pues se trata de la confrontación entre una norma superior que se argumenta trasgredida –o violentada– y un acto administrativo al cual se le atribuye la infortunada virtud de ser causante de la trasgresión o de la violación. La acción de nulidad no conlleva pretensión diferente a la legalidad y, por ello, no le corresponde al juez hacer ningún pronunciamiento respecto de la situación de las personas sobre las cuales el acto declarado nulo produjo efectos.

**NULIDAD SIMPLE - Carácter público**

Históricamente se ha considerado que el mantenimiento del ordenamiento jurídico es una responsabilidad pública, por lo cual cualquier persona que advierta posibles rupturas al mismo, ocasionadas con la entrada en vigencia de un acto administrativo, se encuentra legitimada para defenderlo con los mecanismos legales, entre estos, con la acción de nulidad y de ahí que se predique su carácter de pública y popular, en la medida en que la preservación del sistema jurídico no puede ser exclusivamente de interés de unos pocos o una carga funcional privativa de las autoridades.

**NULIDAD SIMPLE – Alcance**

Referirse a la acción de nulidad en materia contenciosa administrativa es acercarse, sin lugar a dudas, a un importante juicio de constitucionalidad y de legalidad sobre los actos de quienes ejercen funciones administrativas, con el fin de que sea revisada –por parte de la autoridad contenciosa correspondiente– su conformidad o no con el ordenamiento jurídico.

**NULIDAD SIMPLE - Causales – Norma**

De manera específica, el Código Contencioso Administrativo (vigente para el momento en que se expidió el acto acusado) indica para esto cuáles son los casos frente a los cuales puede decirse que un acto administrativo está afectado de nulidad (art. 84), a saber: 1) Cuando el acto haya sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse (vicio de contenido) 2) Cuando quien expida el acto no tenga competencia para hacerlo (vicio de competencia).3) Cuando el acto se expida de forma irregular (vicio de forma). 4) Cuando en la expedición del acto se desconocen los derechos de audiencia y de defensa del interesado (causal relacionada con la expedición irregular). 5) Cuando el acto se expida con falsa motivación (vicio de motivo). 6) Cuando se expida con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió (vicio de finalidad).

**NULIDAD SIMPLE -** **Naturaleza - Ejercicio**

Esta corporación ha sostenido de manera pacífica y reiterada que la acción de nulidad es de naturaleza objetiva, pública y popular. Por medio de ella, cualquier persona (directamente o por intermedio de apoderado) puede solicitar ante la jurisdicción contenciosa administrativa la anulación de un acto administrativo, siempre y cuando se encuentre incurso en alguna de las causales de nulidad establecidas en la ley.

**NULIDAD SIMPLE - Causales - Expedición irregular - Vicio de trámite - Inexistencia**

En cuanto al vicio de forma, esto es, la expedición irregular, es de anotar que se presenta cuando la administración no se ajusta a los procedimientos establecidos para manifestar su voluntad, así como cuando la decisión de la administración viola las normas de orden adjetivo que establecen el procedimiento para la formación del acto o la manera como éste debe presentarse; en efecto, cuando el acto es expedido con vicios en su trámite debe verificarse si éstos tienen la vocación de incidir en el sentido de la decisión, de tal manera que si la irregularidad en el proceso logra afectarlo –por ser sustancial o trascendente– el acto administrativo es anulable. En el caso contrario, es decir, cuando el defecto es intrascendente, pues no se altera la decisión ni la voluntad de quien lo expide, no hay lugar a decretar su anulación.

**NULIDAD SIMPLE - Causales - Expedición irregular - Configuración**

Las irregularidades que se presenten en el proceso de formación de un acto se estudian a través de lo que la doctrina ha denominado causal de expedición irregular, la cual se materializa cuando se vulnera el debido proceso en la formación del acto administrativo, es decir, cuando la actuación administrativa se realiza con anomalías sustanciales . Sobre el particular, esta Corporación señaló: “Dicho vicio [expedición irregular] corresponde a aquel referido a las irregularidades sustanciales que tengan lugar en la expedición del acto, vale decir, el que se presenta cuando el acto se expide omitiendo las formalidades y trámites del caso que resulten determinantes en la decisión definitiva”. Así las cosas, el vicio en la formación del acto debe ser de tal magnitud que afecte su esencia misma, pues no todas las irregularidades tienen la potencialidad de desvirtuar la presunción de legalidad; en otras palabras, la anomalía que se presente debe ser sustancial, trascendental y con incidencia directa en la formación del acto administrativo.

**ALCALDE - Facultades - Celebración de contratos - Ejercicio – Autorización**

La facultad del alcalde para la celebración de contratos es inherente a su calidad de representante legal del municipio, pero para ejecutarla es requisito la previa autorización de la corporación pública como órgano superior de la administración municipal, que decidirá los términos en que otorga la autorización, esto es, si la concede en forma genérica o específica, temporal o por un término concreto, por cuantía determinada o sin límite de cuantía. (sic) Y a las directrices de la autorización deberá ajustarse el alcalde al celebrar los respectivos contratos …”

**NULIDAD SIMPLE - Causales - Expedición irregular - Configuración - Debido proceso – Vulneración**

Las irregularidades que se presenten en el proceso de formación de un acto se estudian a través de lo que la doctrina ha denominado causal de expedición irregular, la cual se materializa cuando se vulnera el debido proceso en la formación del acto administrativo, es decir, cuando la actuación administrativa se realiza con anomalías sustanciales. Sobre el particular, esta Corporación señaló: “Dicho vicio [expedición irregular] corresponde a aquel referido a las irregularidades sustanciales que tengan lugar en la expedición del acto, vale decir, el que se presenta cuando el acto se expide omitiendo las formalidades y trámites del caso que resulten determinantes en la decisión definitiva”. Así las cosas, el vicio en la formación del acto debe ser de tal magnitud que afecte su esencia misma, pues no todas las irregularidades tienen la potencialidad de desvirtuar la presunción de legalidad; en otras palabras, la anomalía que se presente debe ser sustancial, trascendental y con incidencia directa en la formación del acto administrativo.

**TITULARIZACIÓN - Concepto**

En efecto, esta última figura –la titularización– se ha entendido como una operación financiera mediante la cual las empresas o entidades obtienen recursos provenientes de su propio balance, a través de la emisión de títulos que ingresan al mercado público de valores, por intermedio de lo que se conoce como “movilización de activos” . Es un mecanismo que permite transformar los activos o flujos cuyo ingreso se espera a futuro, con el fin obtener recursos financieros –o activos líquidos– sin necesidad incrementar los pasivos, como quiera que “… no implica una operación de endeudamiento para la empresa que busca apalancarse por esta vía” ; para el efecto, se debe constituir un patrimonio autónomo de carácter fiduciario, “… al cual se le transfiere la propiedad del flujo futuro o los activos que lo generan, para que con base en esta propiedad se emita (sic) y coloque (sic) títulos en el mercado de capitales” . Las entidades públicas, entonces, están facultadas para celebrar contratos de fiducia mercantil en desarrollo de los procesos de titularización (parágrafo 2, inciso segundo, del artículo 41 de la Ley 80 de 1993), los cuales se regirán por las normas especiales sobre la materia, esto es, las del derecho privado (artículo 13, Ley 80 de 1993).

**VIGENCIAS FUTURAS - Operación presupuestal**

Por el contrario, el compromiso de vigencias futuras es una operación presupuestal, por medio de la cual se autoriza a la administración para afectar presupuestos futuros (con apropiaciones autorizadas con antelación a la aprobación de dichos presupuestos) y se tienen como excepciones al principio de anualidad presupuestal, en tanto la autorización de los gastos se formaliza antes de que se aprueben las vigencias en las que se van a ejecutar y la vida jurídica de tales autorizaciones se prolonga a lo largo de varias vigencias. Dicho mecanismo, en definitiva, permite la ejecución de proyectos plurianuales, sin que exista la restricción de la disponibilidad de recursos durante una única vigencia fiscal.

**VIGENCIAS FUTURAS - Autorización del gasto - FONPIS**

Es imposible planear un desarrollo armónico e integral sobre la base de una anualidad absoluta, ya que la labor de planear el desarrollo sugiere la previsión de metas a largo plazo para establecer los propósitos de mediano y corto plazo, como medidas coordinadas para llegar al fin, y que ‘[s]in la plurianualidad, el proceso presupuestal no estaría en armonía con el proceso de planeación, lo cual contraviene el espíritu de la Carta’, concluyó que ‘con el avance técnico de la materia presupuestal, y al incorporarse el principio de planeación -que, por naturaleza implica el cómputo a largo plazo-, la anualidad del presupuesto deja de ser un principio absoluto, para ser simplemente un punto de referencia, mas no de cálculo determinado al rigor de un periodo inmodificable’, recordando que el presupuesto, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 38 de 1989, puede ser plurianual siempre y cuando tenga la aprobación del Consejo Superior de Política Fiscal (CONFIS). Agregó, que lo anterior es razonable ‘[…] por cuanto es un hecho que, si la actividad presupuestal debe estar acorde con la planeación, es lógico que el presupuesto al reflejar las pautas de planeación deba contemplar la plurianualidad, desarrollando así el proceso fiscal, compuesto de sucesivas etapas’.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

Bogotá D.C., once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación:** 08001-23-31-000-2004-02127-02 (44571)

**Actor:** DAVID BARRIOS MIRANDA Y OTRO

**Demandado:** MUNICIPIO DE PUERTO COLOMBIA

**Referencia:** NULIDAD SIMPLE (APELACIÓN SENTENCIA)

Esta Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 9 de febrero de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual se declaró la nulidad del Acuerdo 3 del 13 de marzo de 2003.

**I. A N T E C E D E N T E S**

**1. Lo pretendido**

El 6 de octubre de 2004[[1]](#footnote-1), los señores David Barrios Miranda y Manuel Bohórquez Pérez demandaron –con fundamento en el artículo 84 del C.C.A.–al municipio de Puerto Colombia, para que se declare la nulidad del Acuerdo 3 del 13 de marzo de 2003, expedido por el Concejo de dicho municipio, *“… por medio del cual se autoriza al Alcalde Municipal de Puerto Colombia a celebrar contratos de obras públicas por el sistema de concesión y se dictan otras disposiciones”.*

**1.1 Los hechos en que se fundamentan las pretensiones**

El Concejo del municipio de Puerto Colombia, mediante acta 20 del 13 de marzo de 2003, autorizó a su alcalde para que, en el término de seis meses, celebrara contratos de concesión tendientes a la “… *construcción, rehabilitación, reparación, reconstrucción y mantenimiento de la infraestructura vial del municipio …*”[[2]](#footnote-2), los cuales se debían celebrar hasta por un plazo máximo de 20 años; adicionalmente, lo autorizó para comprometer “vigencias futuras” de las rentas derivadas de la sobretasa de la gasolina y el ACPM, por el mismo lapso –20 años–.

No obstante, dichas autorizaciones no quedaron consignadas de la misma forma en el acuerdo final sancionado por el alcalde, esto es, el Acuerdo 3 del 13 de marzo de 2003, pues se omitieron los plazos de seis meses y 20 años, respectivamente, establecidos para la celebración de los contratos y su duración y en este sentido, según los demandantes, el acuerdo sancionado es completamente diferente al texto aprobado por el concejo.

**1.2 Cargos de violación**

Los demandantes consideran que el Acuerdo 3 del 13 de marzo de 2003 se expidió de manera irregular, toda vez que, según ellos, no guarda correspondencia con el proyecto discutido y aprobado por el Concejo del municipio de Puerto Colombia, según acta 20 de la misma fecha; además, se profirió sin tener en cuenta la autorización del Consejo Superior de Política Fiscal (CONFIS) para comprometer las vigencias futuras derivadas de la sobretasa de la gasolina y del ACPM. Por este primer cargo se consideran vulnerados el numeral 3 del artículo 313 de la Constitución Política y los artículos 23, 24 y 71 del Decreto 111 de 1996.

En segundo lugar, los demandantes señalaron que el Concejo del municipio de Puerto Colombia no tenía competencia para autorizar al alcalde para comprometer vigencias futuras “hasta por 20 años”, pues dicha facultad –*pro tempore–* no podía exceder el período de gobierno del burgomaestre, circunstancia que desconoció el acto acusado. Por este cargo se alega vulnerado el artículo 126 de la Ley 488 de 1998.

**2. Contestación de la demanda**

Admitida la demanda –el 8 de noviembre de 2004[[3]](#footnote-3)– y notificada al municipio de Puerto Colombia, dicho extremo procesal solicitó negar la nulidad deprecada, toda vez que el Acuerdo 3 del 13 de marzo de 2003 no violó disposición alguna del Decreto 111 de 1996, pues, a su juicio, el municipio contaba con autonomía para su organización y funcionamiento.

En cuanto a la supuesta violación de artículo 126 de la Ley 488 de 1998, el demandado señaló que comprometer vigencias futuras es una facultad con la que cuentan todas las entidades territoriales para desarrollar proyectos públicos de importancia, razón por la cual no requiere autorización del CONFIS; en este sentido, indicó, dicha facultad es complemente diferente a la “titularización de activos” que sí requiere tal autorización.

Finalmente, aseguró que la autorización –*pro tempore–* concedida por el Concejo del municipio de Puerto Colombia se encontraba inmersa en las facultades constitucionales de que trata el artículo 313, numeral 3, de la Constitución Política (fls. 41 a 56, C. 1).

**3. Suspensión provisional**

El Tribunal Administrativo del Atlántico, por medio de auto del 8 de noviembre de 2004, suspendió provisionalmente los efectos jurídicos del Acuerdo 3 del 13 de marzo de 2003, toda vez que, en su criterio, fue expedido sin tener en cuenta la autorización que debía otorgar el Consejo Superior de Política Fiscal (CONFIS) para poder comprometer vigencias futuras (fl. 39, c. 1). La suspensión provisional fue confirmada por el Consejo de Estado, mediante auto del 7 de febrero de 2007 (fls. 153 a 158, C. suspensión).

**II. ALEGATOS EN PRIMERA INSTANCIA**

El Tribunal Administrativo del Atlántico corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que rindiera su respectivo concepto (fl. 96, C. 1).

1. La parte demandada reiteró los argumentos expuesto en la contestación de la demanda (fls. 101 a 111, C. 1).

2.La parte actora y el representante del Ministerio Público guardaron silencio.

**III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL**

En sentencia del 9 de febrero de 2009, el Tribunal Administrativo del Atlántico declaró la nulidad del Acuerdo 3 del 13 de marzo de 2003[[4]](#footnote-4). Indicó que, de la confrontación realizada entre el acta 20 del 13 de marzo de 2003 y el Acuerdo 3 de la misma fecha, se evidenciaba que en este último se omitieron los plazos de seis (6) meses y de veinte (20) años, autorizados por el Concejo para celebrar los contratos y para comprometer las vigencias futuras; además, concluyó que el acto enjuiciado no era congruente con lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley 488 de 1998, toda vez que las “vigencias futuras” solo se podían comprometer durante el período de gobierno del alcalde respectivo, lo cual se omitió en el acto administrativo demandado; al respecto, dijo (se transcribe conforme obra, inclusive con errores):

*“El artículo 126 de la Ley 488 de 1998 establece que los recursos provenientes de las sobretasas a la gasolina y al ACPM podrán* ***titularizarse*** *y tener en cuenta como ingreso para efecto de la capacidad de pago de los municipios, distritos y departamentos. Sólo podrán realizarse en moneda nacional, dentro del respectivo período de gobierno y hasta por un ochenta por ciento (80%) del cálculo de los ingresos que se generarán por la sobretasa en dicho período, y sólo podrá ser destinada a los fines establecidos en las leyes que regulan la materia.*

*“Aceptar que por cualquier motivo puedan comprometerse, hacia futuro, las rentas provenientes de las sobretasas a la gasolina y el ACPM, implicaría, en consideración de la Sala de Decisión Alfabética, dejar sin posibilidad a que los mandatorios que siguieran el cargo, dentro de sus correspondientes períodos pudieran hacer uso de la atribución legal de comprometer vigencias futuras, pues, si lo hicieran, frente a un situación como la prevista en el acto acusado, propiciarían la responsabilidad administrativa y patrimonial del ente territorial por incumplimiento de compromisos adquiridos.*

*“En otro sentido, si la ley específicamente le confiere a cada Alcalde dentro de su período de gobierno, la atribución de comprometer vigencias futuras a la renta de la sobretasa a la gasolina y al ACPM, lo lógico es que el ejercicio de esta competencia pueda ser realizada dentro del lapso en que ello es permitido, de manera que esta específica regulación no puede ser desconocida en razón de eventuales compromisos adquiridos por administraciones anteriores, así estos se presenten como mecanismos diferentes, pues, de todas formas, se debe tener en como límite el respectivo período de gobierno”* (se resalta, fl. 133, c. ppal.)[[5]](#footnote-5).

**IV. EL RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandada formuló recurso de apelación contra la sentencia anterior, con el fin de que ésta se revoque y se niegue la nulidad, toda vez que, según aquella, lo dispuesto en el Acuerdo 3 del 13 de marzo de 2003 fue un compromiso de vigencia futura y no, como lo entiende el *a quo*, la “titularización de activos” sobre las rentas derivadas de la sobretasa de la gasolina y del ACPM; además, señaló que el acto administrativo acusado recogía lo aprobado en los debates del Concejo Municipal de Puerto Colombia y que, cualquier omisión de palabras, obedecía a un *“error involuntario”* al momento de su expedición(140 a 151, C. Ppal.).

**V. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Concedido el recurso de apelación por parte del Tribunal Administrativo del Atlántico[[6]](#footnote-6), esta corporación lo admitió mediante auto del 27 de julio de 2012[[7]](#footnote-7) y, posteriormente, mediante auto del 7 de septiembre de 2012[[8]](#footnote-8), ordenó correr traslado a las partes, para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público, para que rindiera su respectivo concepto.

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio (fl. 161, C. Ppal).

**VI. C O N S I D E R A C I O N E S**

**1. Competencia**

El Consejo de Estado es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de sentencias dictadas por los tribunales administrativos, de conformidad con lo establecido en el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo; además, el artículo 13 del Acuerdo 80 del 12 de marzo de 2019, expedido por esta corporación, preceptúa que la Sección Tercera conoce de los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos contractuales[[9]](#footnote-9).

**2. Análisis de la Sala**

2.1 Esta corporación ha sostenido de manera pacífica y reiterada que la acción de nulidad es de naturaleza objetiva, pública y popular. Por medio de ella, cualquier persona (directamente o por intermedio de apoderado) puede solicitar ante la jurisdicción contenciosa administrativa la anulación de un acto administrativo, siempre y cuando se encuentre incurso en alguna de las causales de nulidad establecidas en la ley.

Se califica de objetiva en la medida en que, a través de su ejercicio, sólo se puede obtener la preservación del ordenamiento jurídico; por tanto, implica el desarrollo de una pretensión de carácter general dirigida a restablecer la juridicidad, en aras del interés general y del principio de legalidad. Lo objetivo de la acción implica, así mismo, una especial técnica de impugnación por parte del ciudadano interesado y de análisis jurídico por parte del juzgador, pues se trata de la confrontación entre una norma superior que se argumenta trasgredida –o violentada– y un acto administrativo al cual se le atribuye la infortunada virtud de ser causante de la trasgresión o de la violación. La acción de nulidad no conlleva pretensión diferente a la legalidad y, por ello, no le corresponde al juez hacer ningún pronunciamiento respecto de la situación de las personas sobre las cuales el acto declarado nulo produjo efectos.

Históricamente se ha considerado que el mantenimiento del ordenamiento jurídico es una responsabilidad pública, por lo cual cualquier persona que advierta posibles rupturas al mismo, ocasionadas con la entrada en vigencia de un acto administrativo, se encuentra legitimada para defenderlo con los mecanismos legales, entre estos, con la acción de nulidad y de ahí que se predique su carácter de pública y popular, en la medida en que la preservación del sistema jurídico no puede ser exclusivamente de interés de unos pocos o una carga funcional privativa de las autoridades.

Referirse a la acción de nulidad en materia contenciosa administrativa es acercarse, sin lugar a dudas, a un importante juicio de constitucionalidad y de legalidad sobre los actos de quienes ejercen funciones administrativas, con el fin de que sea revisada –por parte de la autoridad contenciosa correspondiente– su conformidad o no con el ordenamiento jurídico[[10]](#footnote-10). De manera específica, el Código Contencioso Administrativo (vigente para el momento en que se expidió el acto acusado) indica para esto cuáles son los casos frente a los cuales puede decirse que un acto administrativo está afectado de nulidad (art. 84), a saber:

1. Cuando el acto haya sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse (vicio de contenido).
2. Cuando quien expida el acto no tenga competencia para hacerlo (vicio de competencia).
3. **Cuando el acto se expida de forma irregular** (vicio de forma).
4. Cuando en la expedición del acto se desconocen los derechos de audiencia y de defensa del interesado (causal relacionada con la expedición irregular).
5. Cuando el acto se expida con falsa motivación (vicio de motivo).
6. Cuando se expida con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió (vicio de finalidad).

En cuanto al vicio de forma, esto es, la expedición irregular, es de anotar que se presenta cuando la administración no se ajusta a los procedimientos establecidos para manifestar su voluntad, así como cuando la decisión de la administración viola las normas de orden adjetivo que establecen el procedimiento para la formación del acto o la manera como éste debe presentarse; en efecto, cuando el acto es expedido con vicios en su trámite debe verificarse si éstos tienen la vocación de incidir en el sentido de la decisión, de tal manera que si la irregularidad en el proceso logra afectarlo –por ser sustancial o trascendente– el acto administrativo es anulable. En el caso contrario, es decir, cuando el defecto es intrascendente, pues no se altera la decisión ni la voluntad de quien lo expide, no hay lugar a decretar su anulación[[11]](#footnote-11).

Las irregularidades que se presenten en el proceso de formación de un acto se estudian a través de lo que la doctrina ha denominado *causal de expedición irregular*, la cual se materializa cuando se vulnera el debido proceso en la formación del acto administrativo, es decir, cuando la actuación administrativa se realiza con anomalías sustanciales[[12]](#footnote-12). Sobre el particular, esta Corporación señaló:

*“Dicho vicio [expedición irregular] corresponde a aquel referido a las irregularidades sustanciales que tengan lugar en la expedición del acto, vale decir, el que se presenta cuando el acto se expide omitiendo las formalidades y trámites del caso que resulten determinantes en la decisión definitiva”*[[13]](#footnote-13)*.*

Así las cosas, el vicio en la formación del acto debe ser de tal magnitud que afecte su esencia misma, pues no todas las irregularidades tienen la potencialidad de desvirtuar la presunción de legalidad; en otras palabras, la anomalía que se presente debe ser sustancial, trascendental y con incidencia directa en la formación del acto administrativo.

2.2 Pues bien, con fundamento en el material que obra en el expediente se tiene por acreditado que, el 13 de marzo de 2003, la plenaria del Concejo del municipio de Puerto Colombia discutió y aprobó un proyecto de acuerdo, por medio del cual se autorizó al alcalde del mismo municipio para *celebrar contratos de obras públicas por el sistema de concesión y se dictaron otras disposiciones*; al respecto, en el acta 20 de la misma fecha se consignó [se transcribe conforme obra, inclusive con errores]:

*“… 13 de marzo de 2003 …, siendo las 6:25 p.m., se reanuda la sesión con la verificación del quórum reglamentario. Luego es anunciado el 3er punto Entrega de proyectos de Acuerdos a comisión de estudio, es leído el título del proyecto ‘POR MEDIO DEL CUAL SE CONCEDEN AUTORIZACIONES Y FACULTADES AL ALCALDE MUNICIPAL DE PUERTO COLOMBIA’ es nombrada la Comisión Primera o de Plan y bienes a los honorables concejales … Acto seguido es anunciado el 4to punto Proyecto de Acuerdo en segundo debate, es leída la ponencia del proyecto de acuerdo ‘****POR EL CUAL SE AUTORIZA AL ALCALDE DEL MUNICIPIO DE PUERTO COLOMBIA A CELEBRAR CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS POR EL SISTEMA DE CONCESIÓN Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES****’ presentada por los honorables concejales … El honorable concejal … rinde ponencia favorable y solicita a la Presidencia ordene al señor secretario leer el título y articulado del proyecto … Leído el título del proyecto, sometido a consideración, la presidencia sugiere se realice la votación en forma nominal para aprobar o no el título del proyecto, arrojando como resultado un total de 13 votos afirmativos, quedando aprobado el título del proyecto. Leído el artículo primero, sometido a consideración, es aprobado, leído el artículo segundo con la inclusión de un parágrafo, sometido a consideración, es aprobado; leídos los artículos tercero con su parágrafo, cuarto y quinto, sometidos a consideración uno a uno con las modificaciones descritas en la ponencia son aprobados … La presidencia pregunta a la plenaria si quieren que este proyecto de acuerdo se convierta en Acuerdo Municipal, ésta responde afirmativamente”* (fls. 20 y 21 del cuaderno 1).

El texto aprobado en plenaria fue el siguiente [se transcribe conforme obra, inclusive con errores]:

*“Por medio del cual se autoriza al Alcalde Municipal de Puerto Colombia a celebrar contratos de obras públicas por el sistema de concesión y se dictan otras disposiciones.*

*“Artículo 1ero:* ***Autorizar por el término de 6 meses*** *al Alcalde Municipal para que de conformidad con la ley 80 de 1993 y especialmente su artículo 32 numeral 32 Numeral 4° celebre contrato de concesión* ***hasta por el término de veinte (20) años****, para la construcción, rehabilitación, reparación, reconstrucción y mantenimiento de la infraestructura vial del municipio de Puerto Colombia, de conformidad con lo contemplado en el Plan de Desarrollo.*

*“Artículo 2do: Autorícese al Alcalde Municipal con el objeto de financiar el contrato referido en el artículo anterior a comprometer vigencias futuras del presupuesto municipal, mediante la concesión de rentas derivadas de las sobretasa a la gasolina,* ***hasta por veinte (20) años****.*

*El concesionario deberá constituir una fiducia para la captación de los recursos cedidos y administración de los mismos durante el desarrollo de este proyecto.*

*“Artículo 3ero: Cuando en los contratos y sus modificaciones, con o sin formalidades plenas, suscritos por el municipio, cuya cuantía exceda por cien millones de pesos ($100´000.000,oo) y deban cancelarse al contratista anticipo o avances por cualquier concepto del valor de estos se descontarán al contratista las sumas a pagar por el concepto de estampillas, derechos de publicación e impuestos que se causen por razón de la suscripción de tales documentos.*

*“PARÁGRAFO: En tales casos, el plazo para la cancelación de las estampillas, derechos de publicación e impuestos causados, se extenderá hasta la fecha del pago del anticipo o avance respectivo.*

*“Artículo 4to: Corresponde a la Contraloría General de la República Regional Atlántico, en su condición de ente fiscalizador el deber de ejercer el control fiscal y oportuno a la realización de cada una de las etapas establecidas en la ley 80 de 1993.*

*“Artículo 5to: El presente acuerdo rige a partir de su sanción y publicación”* (se subraya, folios 18 y 19 del cuaderno 1).

No obstante, el acuerdo sancionado y publicado fue del siguiente tenor:

*“****ACUERDO No. 003***

*“****(Marzo 13 de 2003)***

*“POR MEDIO DEL CUAL SE AUTORIZA AL ALCALDE MUNICIPAL DE PUERTO COLOMBIA A CELEBRAR CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS POR EL SISTEMA DE CONCESIÓN Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES*

*“Artículo 1°: Autorizar al Alcalde Municipal para que de conformidad con la ley 80 de 1993 y especialmente su artículo 32 Numeral 4° celebre contrato de concesión para la construcción, rehabilitación, reparación, reconstrucción y mantenimiento de la infraestructura vial del municipio de Puerto Colombia, de conformidad con lo contemplado en el Plan de Desarrollo y el Plan de Ordenamiento Territorial.*

*“Artículo 2°: Autorícese al Alcalde Municipal con el objeto de financiar el contrato referido en el artículo anterior a comprometer vigencias futuras del presupuesto municipal, mediante la concesión de rentas derivadas de las sobretasa a la gasolina.*

*“El concesionario deberá constituir una fiducia para la captación de los recursos cedidos y administración de los mismos durante el desarrollo de este proyecto.*

*“Artículo 3°: Cuando en los contratos y sus modificaciones, con o sin formalidades plenas, suscritos por el municipio, cuya cuantía exceda por cien millones de pesos ($100´000.000,oo) y deban cancelarse al contratista anticipo o avances por cualquier concepto del valor de estos se descontarán al contratista las sumas a pagar por el concepto de estampillas, derechos de publicación e impuestos, que se causen por razón de la suscripción de tales documentos.*

*“PARÁGRAFO: En tales casos, el plazo para la cancelación de las estampillas, derechos de publicación e impuestos causados, se extenderá hasta la fecha del pago del anticipo o avance respectivo.*

*“Artículo 4°: Corresponde a la Contraloría General de la República Regional Atlántico, en su condición de ente fiscalizador el deber de ejercer el control fiscal y oportuno a la realización de cada una de las etapas establecidas en la ley 80 de 1993.*

*“Artículo 5°: El presente acuerdo rige a partir de su sanción y publicación”* (publicado el 17 de marzo de 2017, folios 22 y 23 del cuaderno 1)*.*

Pues bien, de la comparación de los dos textos surge inequívocamente que el acto acusado es diferente al texto aprobado por el Concejo del municipio de Puerto Colombia; en efecto, al momento de sancionarse y publicarse el Acuerdo 3, del 13 de marzo de 2003, se omitieron apartes relevantes señalados en la ponencia presentada a la plenaria del concejo, como es el caso del término por el cual se autorizaba al alcalde para celebrar los contratos de concesión (seis meses) y del plazo de vigencia (20 años) por el cual se debían celebrar tales contratos [ver artículo 1º del acto demandado]. En segundo lugar, se omitió incluir el término (“hasta por veinte (20) años”), por el cual el concejo facultaba al alcalde para comprometer las vigencias futuras del presupuesto municipal [ver, artículo 2º del acuerdo demandado].

Así las cosas, el acto demandado es contrario al texto que aprobó el Concejo del municipio de Puerto Colombia, razón suficiente para concluir –de entrada– que resulta viciado de nulidad por no corresponder al proyecto sometido a debate y aprobación por parte de la plenaria del mismo Concejo. Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación expresó:

*“La facultad del alcalde para la celebración de contratos es inherente a su calidad de representante legal del municipio, pero para ejecutarla es requisito la previa autorización de la corporación pública como órgano superior de la administración municipal, que* ***decidirá los términos en que otorga la autorización, esto es, si la concede en forma genérica o específica, temporal o por un término concreto, por cuantía determinada o sin límite de cuantía****.* (sic) *Y* ***a las directrices de la autorización deberá ajustarse el alcalde al celebrar los respectivos contratos*** *…”*[[14]](#footnote-14).

El anterior análisis es suficiente para que esta Corporación concluya que el Acuerdo 3 del 13 de marzo de 2003 fue expedido de manera irregular, razón por la cual se **confirmará** la sentencia apelada en lo atinente a este aspecto.

Ahora, aunque a juicio de la Sala no hay lugar a detenerse en la presunta confusión en que incurrió el tribunal de primera instancia, atinente a la forma de financiación empleada en el acuerdo acusado, lo cierto es que se trata de un “compromiso de vigencias de futuras” y no, como erradamente se dijo en la sentencia apelada, de una “titularización de activos” (artículo 126 de la Ley 488 de 1998)[[15]](#footnote-15).

En efecto, esta última figura –la titularización– se ha entendido como una operación financiera mediante la cual las empresas o entidades obtienen recursos provenientes de su propio balance, a través de la emisión de títulos que ingresan al mercado público de valores, por intermedio de lo que se conoce como “movilización de activos”[[16]](#footnote-16). Es un mecanismo que permite transformar los activos o flujos cuyo ingreso se espera a futuro, con el fin obtener recursos financieros –o activos líquidos– sin necesidad incrementar los pasivos, como quiera que “… *no implica una operación de endeudamiento para la empresa que busca apalancarse por esta vía*”[[17]](#footnote-17); para el efecto, se debe constituir un patrimonio autónomo de carácter fiduciario, “… *al cual se le transfiere la propiedad del flujo futuro o los activos que lo generan, para que con base en esta propiedad se emita* (sic) *y coloque* (sic) *títulos en el mercado de capitales*”[[18]](#footnote-18). Las entidades públicas, entonces, están facultadas para celebrar contratos de fiducia mercantil en desarrollo de los procesos de titularización (parágrafo 2, inciso segundo, del artículo 41 de la Ley 80 de 1993), los cuales se regirán por las normas especiales sobre la materia, esto es, las del derecho privado (artículo 13, Ley 80 de 1993).

Por el contrario, el compromiso de vigencias futuras es una operación presupuestal, por medio de la cual se autoriza a la administración para afectar presupuestos futuros (con apropiaciones autorizadas con antelación a la aprobación de dichos presupuestos) y se tienen como excepciones al principio de anualidad presupuestal, en tanto la autorización de los gastos se formaliza antes de que se aprueben las vigencias en las que se van a ejecutar y la vida jurídica de tales autorizaciones se prolonga a lo largo de varias vigencias[[19]](#footnote-19). Dicho mecanismo, en definitiva, permite la ejecución de proyectos plurianuales, sin que exista la restricción de la disponibilidad de recursos durante una única vigencia fiscal; al respecto, la Corte Constitucional señaló (se transcribe conforme obra, inclusive con errores):

*“… es imposible planear un desarrollo armónico e integral sobre la base de una anualidad absoluta, ya que la labor de planear el desarrollo sugiere la previsión de metas a largo plazo para establecer los propósitos de mediano y corto plazo, como medidas coordinadas para llegar al fin, y que ‘[s]in la plurianualidad, el proceso presupuestal no estaría en armonía con el proceso de planeación, lo cual contraviene el espíritu de la Carta’, concluyó que ‘con el avance técnico de la materia presupuestal, y al incorporarse el principio de planeación -que, por naturaleza implica el cómputo a largo plazo-, la anualidad del presupuesto deja de ser un principio absoluto, para ser simplemente un punto de referencia, mas no de cálculo determinado al rigor de un periodo inmodificable’, recordando que el presupuesto, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 38 de 1989, puede ser plurianual siempre y cuando tenga la aprobación del Consejo Superior de Política Fiscal (CONFIS). Agregó, que lo anterior es razonable ‘[…] por cuanto es un hecho que si la actividad presupuestal debe estar acorde con la planeación, es lógico que el presupuesto al reflejar las pautas de planeación, deba contemplar la plurianualidad, desarrollando así el proceso fiscal, compuesto de sucesivas etapas’”*[[20]](#footnote-20)*.*

La Ley 179 de 1994 [vigente para el momento en que se expidió el acto acusado en el proceso de la referencia], estableció las vigencias futuras[[21]](#footnote-21), en su artículo 9, en los siguientes términos:

 “*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”*[[22]](#footnote-22).

De igual manera, la citada norma facultó a las entidades territoriales para contraer esta clase de compromisos con la autorización previa de los concejos, asambleas departamentales, consejos territoriales indígenas –o quien haga sus veces–, siempre que estuvieren consignados en los **planes de desarrollo** y que, sumados los compromisos que se pretendieran asumir por esta modalidad, no excediera*“…* ***su capacidad de endeudamiento***” (se resalta, art. 9 *ibídem*).

Bajo este escenario, es claro que lo que se presentó fue un compromiso de vigencias futuras y no, como lo entendió el tribunal, una “titularización de activos”, figura de la trata el artículo 126 de la Ley 488 de 1998; en efecto, para la titularización se requería la constitución de un encargo fiduciario, el cual la Sala echa de menos y del que nada se discutió en los debates de la plenaria del Concejo Municipal de Puerto Colombia, ni nada se consignó en el texto definitivo.

En consecuencia y como los argumentos del recurso de alzada no tienen la vocación de desvirtuar las consideraciones plasmadas en el fallo de primera instancia, se impone **confirmar** la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

**F A L L A:**

**PRIMERO: CONFÍRMASE** la sentenciadel 9 de febrero de 2009, dictada por el Tribunal Administrativo del Atlántico, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Ejecutoriado el presente fallo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARÍA ADRIANA MARÍN MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Fls. 1 a 12, C. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Fl. 1, C. 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Fls. 36 a 40 C.1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Fls. 117 a 135, C. Ppal. [↑](#footnote-ref-4)
5. El magistrado Luis Eduardo Cerra Jiménez “*salvó el voto parcialmente*”, toda vez que, según él, la sentencia confundió “… *la figura del compromiso de vigencias futuras* …” con la “*titularización”* de las rentas derivadas de la sobretasa de la gasolina y del ACPM; en su criterio, en el presente asunto se presentó un compromiso de vigencia futura y no, como entendió el tribunal, la titularización de activos (fl. 136, c. ppal.). [↑](#footnote-ref-5)
6. Fl. 153 C. Ppal. [↑](#footnote-ref-6)
7. Fl. 157 C. Ppal. [↑](#footnote-ref-7)
8. Fl. 160 C. Ppal. [↑](#footnote-ref-8)
9. La pretensión principal del presente proceso busca la declaratoria de nulidad del Acuerdo 003 del 13 de marzo de 2003, expedido por el Concejo del municipio de Puerto Colombia, *“… por medio del cual se autoriza al Alcalde Municipal de Puerto Colombia a* (sic) ***celebrar contratos de obras públicas*** *por el sistema de concesión y se dictan otras disposiciones”* (se resalta). [↑](#footnote-ref-9)
10. “... *la acción de nulidad no sólo puede dar lugar a un juicio de legalidad, sino también de constitucionalidad, dado que los actos administrativos no solamente pueden violar la ley sino la Constitución, y para hacer efectivo el control jurisdiccional frente a este último evento la Carta Política lo instituyó en cabeza de esta jurisdicción (arts. 237.2 y 238)*” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 3 de marzo de 1995, exp. 2691). [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 25 de junio de 2012, expediente 17834. [↑](#footnote-ref-11)
12. BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique: “*Manual del acto administrativo”*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2009, p. 502. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 23 de marzo de 2007, expediente 41200. [↑](#footnote-ref-13)
14. Concepto del 15 de noviembre de 2001, expediente 1371. [↑](#footnote-ref-14)
15. Dicha norma dispuso:

*“Los recursos provenientes de las sobretasas a la gasolina y al ACPM podrán titularizarse y tener en cuenta como ingreso para efecto de la capacidad de pago de los municipios, distritos y departamentos. Sólo podrán realizarse en moneda nacional, dentro del respectivo período de gobierno y hasta por un ochenta por ciento (80%) del cálculo de los ingresos que se generarán por la sobretasa en dicho período, y sólo podrá ser destinada a los fines establecidos en las leyes que regulan la materia (...)”* (se resalta)*.* [↑](#footnote-ref-15)
16. BALLESTEROS BELTRAN, María Isabel: “*Marco General de la Titularización”.* En: “Revista *Construcción, Estancamiento, Parálisis o Caída*, Universidad Javeriana”, Bogotá, 1995, tomo 125, número 616, pág. 47. [↑](#footnote-ref-16)
17. RENGIFO GARCÍA, Ernesto: *“La Fiducia Mercantil y Pública en Colombia”*:Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 153. [↑](#footnote-ref-17)
18. Ibídem, pág. 153. [↑](#footnote-ref-18)
19. Restrepo, Juan Camilo: “*Derecho Presupuestal Colombiano”*, 2ª edición, Bogotá, Legis, 2014, p. 186. [↑](#footnote-ref-19)
20. Corte Constitucional, sentencia C-337 de 1993. [↑](#footnote-ref-20)
21. Las vigencias futuras se clasifican en “ordinarias” y “excepcionales”, según se requiera o no apropiación presupuestal en el año en que se comprometan tales vigencias; sin embargo, la Sala no se detendrá sobre el particular y, para el efecto, recomienda consultar la sentencia del 1 de febrero de 2018 (SU), radicado: 08001-23-31-000-2010-00987-01, de la Sección Primera de esta Corporación. [↑](#footnote-ref-21)
22. El texto de esta disposición fue compilado en el artículo 23 del Decreto 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*”. [↑](#footnote-ref-22)