

PRINCIPIO DE ANUALIDAD EN MATERIA PRESUPUESTAL – Alcance / PRINCIPIO DE ANUALIDAD Y PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN MATERIA PRESUPUESTAL / VIGENCIAS FUTURAS

El principio de la anualidad del presupuesto es un punto denominador común entre diferentes ordenamientos jurídicos, en razón del cual la estimación de ingresos y la autorización de gastos debe efectuarse en periodos de un año, de conformidad con el artículo 346 Superior. [...] [P]or regla general, las autoridades públicas no podrán adquirir, luego del 31 de diciembre de cada año, compromisos que afecten las apropiaciones presupuestales de la anualidad que se cierra; de igual forma, ello significa que, en principio, los organismos del Estado deberán abstenerse de comprometer vigencias presupuestales futuras, toda vez que los ingresos y gastos deberán ejecutarse en el año que corresponda. Ahora bien, el principio de anualidad –su alcance– se atenúa luego de que se lo relaciona con aquel de la planeación, pues éste exige el desarrollo de actividades que, en la mayoría de casos, superan el periodo de un año. La conjunción de esos referentes normativos ha implicado la aparición de las vigencias futuras, que permiten afectar presupuestos venideros a fin de materializar proyectos que no resultan ejecutables en ese lapso.

VIGENCIAS FUTURAS – Perspectivas sustancial y subjetiva Concepto / VIGENCIA FUTURAS - Clasificación / VIGENCIAS FUTURAS EXCEPCIONALES – Objeto / VIGENCIAS FUTURAS EXCEPCIONALES – Los entes territoriales no están facultados por el legislador para comprometerlas / VIGENCIAS FUTURAS EXCEPCIONALES – En vigencia de la Ley 819 de 2003 solo le era permitido a la Nación afectarlas

Si bien su proclamación puede ser identificada con la expedición de la Ley 179 de 1994, para lo que respecta el asunto de autos, el análisis recaerá en las disposiciones consagradas en la Ley 819 de 2003, y particularmente en sus artículos 10º, 11 y 12, que regulan ese tipo de vigencias desde dos perspectivas diferentes. En primer lugar, desde una perspectiva de orden sustancial que permite distinguir en el ámbito de las vigencias futuras, aquellas de estirpe ordinaria de las que responden a una naturaleza excepcional, a partir de la existencia de apropiaciones en la vigencia presupuestal en que son autorizadas. [...] En otros términos, las vigencias futuras ordinarias distan de las excepcionales, por cuanto los proyectos que se pretenden financiar a través de esa modalidad cuentan con emolumentos en el periodo fiscal en que se permiten, lo que no ocurre en relación con las últimas. En segundo lugar, la Ley 819 de 2003 trata este tema –vigencias futuras– desde una perspectiva subjetiva, toda vez que faculta, paralelamente, a la Nación y a las entidades territoriales para asumir obligaciones que comprometan vigencias futuras ordinarias, como lo disponen los artículos 10º y 12 de ese cuerpo normativo. Pero a pesar de lo anterior, este tratamiento igualitario no fue concedido en lo que respecta las vigencias futuras excepcionales, por cuanto lo cierto es que el legislador de 2003 no reconoció expresamente esta potestad en favor de las entidades territoriales, como se decanta de una lectura detenida del artículo 11 de la Ley 819 de ese año

VIGENCIAS FUTURAS – Marco normativo histórico / VIGENCIAS FUTURAS EXCEPCIONALES – Propósito / VIGENCIAS FUTURAS EXCEPCIONALES – Marco normativo. Ley 819 de 2003 / VIGENCIAS FUTURAS EXCEPCIONALES – Evolución de la jurisprudencia de la sección primera / CAMBIO DE JURISPRUDENCIA – Efectos hacia el futuro

[S]i la prescripción legal no establecía las vigencias futuras excepcionales en pro de departamentos y municipios, esta facultad no era extensible a través de acuerdos y ordenanzas, posición que será acogida para la resolución del asunto puesto a consideración de esta Sala, muy a pesar de las consideraciones expuestas en la sentencia de 1º de febrero de 2018, proferida por la Sección Primera de esta Corporación según la cual, a la luz de los principios de autonomía presupuestal e igualdad frente a la Nación, los municipios y departamentos disponían de la potestad de adaptar en sus Estatutos Orgánicos del Presupuesto el artículo 11 de la Ley 819 de 2003, relativo a las vigencias futuras excepcionales. Ello, con fundamento en las siguientes consideraciones: (i) La formulación de la acción de nulidad –contenida en el artículo 84 del CCA– conlleva la puesta en marcha de un juicio de legalidad consistente en parangonar el acto administrativo demandado con las prescripciones normativas que conforman el bloque de legalidad aplicable a éste. Se trata así de un juzgamiento que tiende a corroborar la avenencia o no del acto accionado respecto de las normas legales existentes para el momento en que es expedido aquél, lo que supone la identificación de las reglas jurídicas que sustentan su expedición en un periodo específico. De allí que la labor del Juez de lo Contencioso Administrativo deba prescindir de cualquier tipo de consideración argumentativa que pretenda eclipsar el juicio de legalidad que subyace a la acción de nulidad, por lo que sus parámetros de análisis y estudio –en todos los casos– estarán plasmados en la literalidad de la Ley. (ii) Los pretendidos cambios jurisprudenciales tienen efectos hacia el futuro y sus consecuencias no pueden ser de aplicación retroactiva con el propósito de convalidar irregularidades, cuyos orígenes se ciernen de forma previa a su expedición –se hace referencia a la jurisprudencia–. (iii) A pesar de que la sentencia de 1º de febrero de 2018 enuncia una alteración jurisprudencial en lo que concierne las vigencias futuras excepcionales a favor de las entidades territoriales, lo cierto es que dicho fallo estuvo acompañado de una aclaración de voto conjunta suscrita por los Consejeros Roberto Augusto Serrato y María Elizabeth García, en el sentido de expresar que la nulidad del Acuerdo 0002 de 22 de febrero de 2010, expedido por el Concejo Distrital de Barranquilla –acto administrativo enjuiciado en aquella época– debió ser decretada, por cuanto “en vigencia de la Ley 819 de 2003, no procedían vigencias futuras excepcionales en el ámbito territorial.”

VIGENCIAS FUTURAS EXCEPCIONALES – Los entes territoriales no están facultados por el legislador para comprometerlas / VIGENCIAS FUTURAS EXCEPCIONALES – En vigencia de la Ley 819 de 2003 solo le era permitido a la Nación afectarlas

La lectura detenida de la Ley 819 de 2003, por medio de la cual se modificó el Estatuto Orgánico del Presupuesto –compilado en el Decreto 111 de 1996– faculta de manera expresa a la Nación para la asunción de compromisos que afecten vigencias futuras, de conformidad con su artículo 11. No obstante, no ocurrió lo mismo en relación con las entidades territoriales, pues ellas solo fueron habilitadas para adquirir obligaciones con cargo a vigencias futuras ordinarias, al tenor de lo dispuesto en el artículo 12 de ese mismo cuerpo normativo. De allí que la Sala estime que, a la manera como lo consideró el a quo, el Departamento de Antioquia, y en especial su Asamblea Departamental, no estuvieran autorizadas para expedir la Ordenanza 30 de 27 de diciembre de 2010, a través de la cual se le permitió al Gobernador de ese Departamento la suscripción de compromisos que repercutieran en vigencias futuras excepcionales para la financiación del proyecto conexión vial Aburrá Oriente durante los periodos 2011 a 2015. En este punto, huelga advertir que la competencia de las personas de derecho público se sustenta en la identificación de parámetros normativos explícitos, que permitan

establecer, sin hesitación alguna, la habilitación que el ordenamiento les atribuye. De allí que, si con antelación a la Ley 1483 de 2011, las entidades territoriales no disponían expresamente de autorización para asumir compromisos que conllevaran la afectación de vigencias futuras excepcionales, la Ordenanza 30 de 27 de diciembre de 2010, expedida por la Asamblea de Antioquia, deba ser declarada nula.

RECURSO DE APELACIÓN - Improcedencia de plantear nuevos argumentos

[L]os fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan las consideraciones exceptivas propuestas por quien funge en el proceso como parte demandada, deben plasmarse en el memorial contestatorio, de conformidad con el inciso 1º del artículo 164 del CCA. De allí que la apelación no se presente como la oportunidad procesal pertinente para elevar cuestionamientos que, en principio, no fueron propuestos en la contestación de la demanda. Descendiendo al caso concreto, la Sala encuentra que el argumento de la presunta caducidad de la acción se presenta como novedoso si se atienden los fundamentos defensivos planteados por la recurrente en su memorial de contestación de la demanda, en la que lejos de formular la presunta ineptitud sustantiva del escrito petitorio por indebida escogencia de la acción y la consecuente caducidad, la autoridad demandada limitó sus consideraciones a demostrar la existencia de fundamento normativo para la expedición del acto administrativo demandado.

TEORÍA DE LOS MÓVILES Y FINALIDADES – Aplicación / ACCIÓN DE NULIDAD – Procedencia respecto de acto de carácter particular

[E]l medio de fiscalización judicial contenido en el artículo 84 del C.C.A, permite controlar actos administrativos de carácter particular cuando éstos conlleven un interés que rebase la singularidad –v. gr. cuando dispongan de consecuencias económicas, sociales o ecológicas que afecten a la comunidad–, y especialmente luego de que comporten efectos de alcance y contenido nacional. Así las cosas, se descarta el argumento de la recurrente según el cual la teoría de los fines y móviles solo tendría operatividad, luego de que los intereses que supone el acto administrativo de carácter particular disponen de naturaleza nacional, pues es uno de los casos que así lo permiten; no obstante, no es el único, pues otros supuestos, por ejemplo, la afectación de intereses departamentales, podría igualmente conllevar la procedencia de la acción de nulidad. Y es efectivamente lo que sucede en el sub iudice, por cuanto el acto administrativo demandado – Ordenanza 30 de 27 de diciembre de 2010– estructura la cofinanciación del proyecto conexión vial Aburrá Oriente, mediante la autorización para la afectación de vigencias futuras excepcionales. Se trata no solo de un contrato de obra que concierne a la comunidad en general, habida cuenta de sus repercusiones en materia de movilidad, sino igualmente de un acto administrativo que se refiere al manejo de la hacienda pública en dicho departamento, por lo que las determinaciones que allí se adoptan develan una importancia trascendental – o en palabras de la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación “un especial interés”– que hace procedente la acción de simple nulidad. Este argumento se refuerza aún más si se tiene en cuenta que la pretensión elevada por la parte actora se circunscribe a la nulidad de la Ordenanza 30 de 2010, que no conlleva restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 346 / DECRETO 111 DE 1996 / LEY 819 DE 2003 / ORDENANZA 11 DE 2009 DEPARTAMENTO

DE ANTIOQUIA – ARTÍCULO 1 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO –
ARTÍCULO 84 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 164

NORMA DEMANDADA: ORDENANZA 30 DE 2010 (27 de diciembre) ASAMBLEA
DE ANTIOQUIA (Anulada)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 05001-23-31-000-2011-01664-02

Actor: JORGE ALBERTO GÓMEZ GALLEGO

Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

Referencia: Nulidad – Fallo de segunda instancia

La Sala procede a resolver el recurso de apelación¹ oportunamente interpuesto por la autoridad demandada contra la sentencia de 26 de septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que **accedió** a las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

El señor **JORGE ALBERTO GÓMEZ GALLEGO** presentó, en nombre propio, demanda de simple nulidad² ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, con el fin de que se declare la anulación de la Ordenanza 30 de 27 de diciembre de 2010, “*por medio de la cual se estructura la cofinanciación del proyecto conexión vial Aburrá Oriente (Túnel de Oriente) y desarrollo vial complementario.*”³

1.1. Al respecto formuló las siguientes pretensiones:

¹ Folios 261 a 291 cuaderno 1.

² Acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, en adelante C.C.A

³ Folio cuaderno 1.

“Que se declare la nulidad de la Ordenanza N°. 30 del 27 de diciembre de 2010 (...) proferida por la Asamblea departamental y sancionada por el gobernador de Antioquia (...) publicada en la Gaceta Departamental (...) N°. 18.228 del 30 de diciembre de 2010, en las páginas 61 y 62, por infringir normas de orden superior, previstas en la Constitución (...), en la Ley Orgánica del Presupuesto y en otras disposiciones que se enunciarán más adelante.”⁴

1.2. Hechos

En apoyo de sus pretensiones, el demandante señaló, en síntesis, los siguientes:

1.2.1. Entre el 7 y el 12 de diciembre de 2010, se tramitó al interior de la Asamblea Departamental de Antioquia el proyecto de Ordenanza⁵, mediante el cual se buscó estructurar la cofinanciación del proyecto conexión vial Aburrá – Túnel de Oriente.

1.2.2. Surtidas las etapas correspondientes en la Duma Departamental, el Gobernador de Antioquia sancionó la Ordenanza 30, el 27 de diciembre de 2010, acto administrativo demandado en el presente proceso. La publicación del mismo se efectuó en la Gaceta Departamental 18.228 de 30 de diciembre de 2010.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

La parte actora adujo la violación de los artículos 1º, 4º, 29, 346 y 352 de la Constitución Política; y 11 de la Ley 819 de 2003.

Para sustentar su cargo, el accionante explicó:

1.3.1. La Ley 819 de 2003 reguló en sus artículos 10º, 11 y 12 las vigencias futuras ordinarias y excepcionales.

1.3.2. Las vigencias futuras **ordinarias** –artículos 10º y 12 *ejusdem*– permiten a las autoridades públicas asumir obligaciones que afectan presupuestos futuros, **luego de que la ejecución de los proyectos que se pretenden financiar a través de esta modalidad se inicia con partidas presupuestales de la vigencia en curso.**

1.3.3. La Ley 819 de 2003 –artículo 12– permite a las **entidades territoriales** contraer vigencias futuras **ordinarias**.

⁴ Folio 2 cuaderno 1.

⁵ Al que le correspondió el número 33.

1.3.4. Las vigencias futuras excepcionales –artículo 11 de la Ley 819 de 2003– son aquellas que permiten adquirir obligaciones que afecten presupuestos futuros *“sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede su autorización.”*⁶

1.3.5. Las vigencias futuras excepcionales resultan posibles para la Nación **pero no para las entidades territoriales.**

1.3.6. La Ordenanza 30 de 27 de diciembre de 2010, demandada, faculta al Gobernador de Antioquia para efectuar compromisos que afecten el presupuesto de vigencias fiscales excepcionales, desde el año 2011 y hasta el 2015, para la cofinanciación del proyecto conexión vial Aburrá Oriente –Túnel de Oriente–, a pesar de que la Asamblea Departamental carecía de competencia para conceder este tipo de autorizaciones.

1.3.7. En ese sentido, el accionante concluyó: *“Resulta entonces evidente que si la Ordenanza N.º. 30 de 2010, por medio de la cual se aprobó la cofinanciación del proyecto Conexión Vial Aburrá Oriente (...) se fundamentó, como allí se indica, en la Ley 819 de 2003 y en el Decreto 111 de 1996, comprometiendo vigencias futuras extraordinarias por los años 2011 a 2015, infringe o violenta, en forma ostensible y clara, a las normas de presupuesto citadas, pues en ellas (...) no se autoriza a los entes territoriales para comprometer vigencias futuras extraordinarias.”*⁷

2. Admisión de la demanda

A través de providencia de 13 de diciembre de 2011⁸, el Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda y ordenó las notificaciones de rigor.

3. Contestación

Con memorial de 9 de mayo de 2012, la autoridad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

⁶ Art. 11 Ley 819 de 2003.

⁷ Folio 13 cuaderno 1.

⁸ Folios 86-88 cuaderno 1.

3.1. Manifestó que la ejecución del proyecto de construcción del túnel de oriente resulta necesaria para alcanzar el desarrollo y la integración regional del Departamento de Antioquia.

3.2. Dentro de las fuentes de financiación del contrato de concesión para la construcción del túnel de oriente, el Departamento de Antioquia, en su calidad de autoridad concedente, debe aportar recursos de su presupuesto, los que fueron garantizados a través de la autorización que diera la Duma Departamental, mediante la Ordenanza 30 de 2010 –demandada–.

La anulación conlleva graves consecuencias financieras, pues de incumplir con los términos contractuales, ese ente territorial se vería posiblemente sometido a reestablecer la ecuación financiera del contrato.

3.3. La vigencia futura autorizada, a través de la Ordenanza 30 de 27 de diciembre de 2010, cumple con todos los requisitos establecidos en la Ley 819 de 2003, pues no se trata de una operación de crédito público, compromete recursos propios de la entidad concedente, y cuenta con certificado de disponibilidad presupuestal n°. 3600001844 por \$ 1.000.000.000 y certificado de vigencia futura por \$59.000.000.000.

3.4. La literalidad del artículo 11 de la Ley 819 de 2003 no excluye de manera expresa a las entidades territoriales de la aplicación de las vigencias futuras excepcionales, que son necesarias para financiar proyectos de mediano y largo plazo, que superan la limitación natural que presenta la anualidad del presupuesto público.

3.5. Las Circulares Externas 007 de 2007 y 43 de 2008 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sostuvieron que las entidades territoriales podían optar por las vigencias futuras excepcionales siempre y cuando dicha facultad estuviera inscrita en el Estatuto Orgánico del Presupuesto de cada departamento, aunque la Ley 819 de 2003 no lo autorizara.

3.6. El artículo 109 del Decreto 111 de 1996 permite que las entidades territoriales adapten las normas presupuestales del orden nacional a las circunstancias locales, por lo que éstas podían acoger en sus Estatutos Orgánicos del Presupuesto la figura de las vigencias presupuestales excepcionales.

En lo que respecta el Departamento de Antioquia, el artículo 1º de la Ordenanza 11 de 2009⁹ facultaba a ese ente territorial a suscribir compromisos que comprometieran vigencias futuras excepcionales.

3.7. La Ley 1483 de 2011¹⁰ estableció en favor de las entidades territoriales la institución de las vigencias futuras excepcionales, motivo por el que la Ordenanza 30 de 27 de diciembre de 2010 debe tenerse como convalidada al interior del ordenamiento.

4. Alegatos de conclusión en primera instancia

Por auto de 29 de octubre de 2012¹¹, el Despacho sustanciador del proceso al interior del Tribunal Administrativo de Antioquia ordenó correr traslado a las partes con el propósito de que presentaran sus alegatos de conclusión, los que fueron allegados oportunamente en los siguientes términos:

4.1. De la parte actora¹²

El demandante sostuvo que la ordenanza acusada fue aprobada en el contexto de sesiones extraordinarias de la Asamblea Departamental de Antioquia y publicada el 30 de diciembre de 2010, esto es, *“...dos días antes de empezar su último año de Gobierno el señor Gobernador Ramos y donde este año no lo facultaba la ley para aprobar este tipo de normas.”*¹³

Igualmente, adujo que, en todo caso, el certificado presupuestal de la vigencia futura autorizada por la Duma Departamental fue expedido el 17 de marzo de 2011.

4.2. De la parte demandada¹⁴

⁹ “Por medio de la cual se modifica parcialmente el Estatuto Orgánico del Presupuesto Departamental...”

¹⁰ “Por medio de la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal para las entidades territoriales.”

¹¹ Folio 195 cuaderno 1.

¹² Folios 229-235 cuaderno 1.

¹³ Folio 229 cuaderno 1.

¹⁴ Folios 196-228 cuaderno 1.

La autoridad accionada reiteró los argumentos expuestos en su escrito de contestación.

5. Concepto del Ministerio Público¹⁵

A través de memorial de 23 de enero de 2013, la Procuradora 114 Judicial II Administrativa rindió concepto, en el sentido de denegar las pretensiones de la demanda de nulidad invocada en contra de la Ordenanza 30 de 27 de diciembre de 2010. Para sustentar su dicho, manifestó que:

5.1. La envergadura del proyecto conexión vial Aburrá Oriente ha requerido de importantes inversiones, que conllevan comprometer las vigencias futuras de las administraciones departamentales.

5.2. Las vigencias futuras excepcionales no están prohibidas para los entes territoriales, sino restringidas, por lo que su regulación deberá estar contenida en los Estatutos Orgánicos del Presupuesto de municipios y departamentos.

5.3. Las Circulares Externas 007 de 2007 y 43 de 2008 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público establecieron que las entidades territoriales podían comprometer vigencias futuras excepcionales, siempre y cuando sus Estatutos Orgánicos del Presupuesto así lo dispusieran. En tratándose del Departamento de Antioquia, el artículo 1º de la Ordenanza 11 de 2009 lo permitía.

5.4. Para sustentar sus dichos, trajo a colación el concepto rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de 23 de octubre de 2003, C.P. Augusto Trejos Jaramillo, en el que se habría sostenido que a las entidades territoriales les asiste el derecho a comprometer vigencias futuras excepcionales.

6. Fundamentos de la sentencia recurrida¹⁶

Mediante sentencia de 26 de septiembre de 2013, el Tribunal Administrativo de Antioquia accedió a las pretensiones de la demanda con fundamento en los razonamientos que pueden resumirse así:

¹⁵ Folios 236-248 cuaderno 1.

¹⁶ Folios 249 a 259 cuaderno 1.

Formuló como problema jurídico aquel que pasa a transcribirse:

“Deberá determinar esta Sala de Decisión (...) si es procedente acceder a la anulación de la Ordenanza 30 de 2010 (...) por aprobarse en la misma vigencias futuras excepcionales sin tener competencia para ello.”

Erigió algunas ideas en relación con el marco normativo del presupuesto aplicable para el momento de expedición del acto administrativo demandado.

En ese sentido, trajo a colación los artículos 151¹⁷ y 346¹⁸ de la Constitución Política, a las voces de los cuales, el legislador, a través de leyes de naturaleza orgánica, regula la preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones.

Comentó el artículo 71 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, contenido en el Decreto 111 de 1996, y afirmó que, de conformidad con esa prescripción normativa “...*está prohibido contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso de los saldos disponibles, sin la autorización de la entidad competente que deba pronunciarse cuando el compromiso afecte vigencias futuras...*”¹⁹.

Posteriormente, hizo mención a los artículos 10^o, 11 y 12 de la Ley 819 de 2003, que regulan las vigencias futuras ordinarias y excepcionales. De esta manera, el Tribunal Administrativo concluyó que en lo que respecta las vigencias futuras excepcionales, éstas solo resultaban posibles para la Nación y no para las entidades territoriales, al tenor de lo dispuesto en el citado artículo 11.

Al respecto, explicó: “*Los entes territoriales para dicho momento si bien podían afectar vigencias futuras ordinarias, cumpliendo una serie de requisitos contemplados en la normatividad antes citadas [art. 12 Ley 819 de 2003] también lo es que no tenían competencia para*

¹⁷ El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara.

¹⁸ El Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura. El presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo.

¹⁹ Folio 255 cuaderno 1.

afectar vigencias futuras excepcionales, esto es comprometer presupuesto de años fiscales futuros sin iniciar la apropiación en el mismo año en el que se expedía el acto, ya que como se explicó antes el acto [Ordenanza 30] se profirió en el año 2010, pero se dispuso que las apropiaciones serían solo a partir de 2011.”

Finalmente, el Tribunal Administrativo de Antioquia concluyó que la Asamblea departamental de dicho departamento carecía de competencia para autorizar vigencias futuras excepcionales, motivo de ilegalidad que no podía ser subsanado con la expedición de la Ley 1483 de 2011 –que incluyó este instrumento en favor de los entes territoriales²⁰–, por lo que declaró la nulidad del acto administrativo demandado.

7. Fundamentos del recurso de apelación

La parte demandada fundamentó su inconformidad con la sentencia del Tribunal, mediante escrito de 22 de octubre de 2013²¹, a la luz de los siguientes argumentos:

7.1. No existe restricción en las normas del nivel nacional para que las entidades territoriales adopten en sus Estatutos Orgánicos la posibilidad de expedir vigencias futuras excepcionales

El artículo 109²² del Estatuto Orgánico del Presupuesto establece:

“Las entidades territoriales al expedir las normas orgánicas de presupuesto deberán seguir las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto, adaptándolas a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial. Mientras se expiden estas normas, se aplicará la Ley Orgánica del Presupuesto en lo que fuere pertinente.”

Se desprende de la norma trascrita que las entidades territoriales cuentan con la facultad para adaptar las disposiciones del Estatuto Orgánico del Presupuesto –Decreto 111 de 1996– en los cuerpos

²⁰ “Artículo 1°. Vigencias futuras excepcionales para entidades territoriales. En las entidades territoriales, las asambleas o concejos respectivos, a iniciativa del gobierno local, podrán autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:...”

²¹ Folios 261-291.

²² La parte actora hizo referencia al artículo 102 del Decreto 111 de 1996; no obstante, la Sala comprende que, habida cuenta de su alegación, se remite al artículo 109 del EOP.

normativos de naturaleza presupuestal que deben ser expedidos por Concejos²³ y Asambleas²⁴ Departamentales, según corresponda.

Por lo anterior, los municipios y departamentos podían adoptar en sus respectivos Estatutos Orgánicos las vigencias futuras excepcionales en favor de estos entes territoriales, pues habían sido autorizadas a la Nación, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 819 de 2003.

7.2. La competencia para la expedición de las vigencias futuras excepcionales proviene del artículo 300 de la Constitución con base en el cual se expidió la Ordenanza 11 de 2009, cuya legalidad no ha sido discutida ni desvirtuada

Las normas orgánicas del presupuesto en el Departamento de Antioquia se encuentran compiladas en la Ordenanza 11 de 2009. Su artículo 1º otorga a ese ente territorial la potestad de comprometer vigencias futuras excepcionales.

En ese orden, la Ordenanza 30 de 27 de septiembre de 2010 encuentra sustento jurídico en el referido Estatuto Orgánico – Ordenanza 11 de 2009– cuerpo normativo que no ha sido demandado, por lo que su presunción de legalidad resta indemne.

Al respecto, manifestó:

“No puede entenderse entonces la razón por la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia se abstuvo de analizar y de tener en consideración de la ordenanza 11 de 2009, norma que es la fuente de competencia de la Asamblea Departamental, y que fue expedida precisamente para actualizar el estatuto orgánico del presupuesto departamental dado que la ley 819 de 2003 había autorizado la existencia de vigencias futuras excepcionales.”

7.3. De la caducidad de la acción

La Ordenanza 30 de 27 de diciembre de 2010 no es un acto administrativo de carácter general, pues no regula una situación abstracta e impersonal, sino un asunto específico relacionado con la

²³ Artículo 313. Corresponde a los concejos: (...) 5. Dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos.

²⁴ Artículo 300. Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas: (...)5. Expedir las normas orgánicas del presupuesto departamental y el presupuesto anual de rentas y gastos.

asignación de recursos para el proyecto denominado conexión vial Aburrá Oriente.

Se trata entonces de un acto administrativo que debió ser fiscalizado judicialmente a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, motivo por el que debió ser demandado dentro de los 4 meses siguientes a su publicación; sin embargo, en el asunto de autos, la demanda fue interpuesta 10 meses después a ese hecho – publicación–.

Al respecto, manifestó: *“existe entonces una evidente falta de motivación en la sentencia al no exponer cuales son las razones por las cuales se aceptó tramitar una acción pública de nulidad contra un acto subjetivo, lo que le permitió al demandante evadir la limitación derivada de la caducidad de la acción, puesto que la ordenanza fue publicada el 27 de diciembre de 2010 pero la demanda solo fue instaurada en el mes de octubre de 2011, es decir, 10 meses después de expedida la ordenanza y 6 meses después de haber caducado la acción.”*²⁵

Tampoco era procedente aquí la teoría de los fines y móviles, pues de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la acción de nulidad simple solo es procedente contra actos particulares intereses colectivos o comunitarios *“de alcance y contenido **nacional**.”* En efecto la trascendencia que suscita este asunto es *“inter partes pues eventualmente podría afectar la ejecución del contrato celebrado con la Sociedad Concesión Túnel Aburrá Oriente S.A.”*

7.4. Falta de integración del Litis Consorcio

En ese sentido, refirió: *“A pesar entonces, de saber que la ordenanza demandada fue expedida dentro del marco del contrato 97-CO-20-1811 como un mecanismo para la asignación de recursos para la financiación del contrato de concesión celebrado con la sociedad Túnel Aburra Oriente S.A., el Tribunal se abstuvo de vincular a una de las partes afectadas con la eventual declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado, lo que impedía expedir una sentencia válidamente.”*

²⁵ Folio 290 cuaderno 1.

En ese sentido, solicitó revocar la sentencia de primera instancia o, en su lugar, “...declarar la nulidad del proceso desde la admisión de la demanda”.

7.5. Por último, reprodujo los argumentos expuestos en su contestación.

8. Trámite en segunda instancia

El recurso propuesto fue admitido por la Sección Primera, Despacho del Dr. Guillermo Vargas Ayala, mediante auto de 5 de septiembre de 2014²⁶, en el que ordenó correr traslado de este, de conformidad con el inciso 3º del artículo 212 del CCA.

9. Alegatos de conclusión en segunda instancia

La parte²⁷ demandada presentó, oportunamente, memorial de alegatos de conclusión en los que ratificó los argumentos propuestos en las diversas oportunidades procesales.

10. Concepto del agente del Ministerio Público en segunda instancia

En esta etapa procesal la Agencia del Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de esta Sección, conocer el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia dictada el 26 de septiembre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en los términos del artículo 129 del C.C.A., en concordancia con lo decidido en el Acuerdo de Descongestión N°. 357 de 5 de diciembre de 2017, suscrito entre las Secciones Primera y Quinta de esta Corporación.

2. Acto demandado

²⁶ Folio 4 cuaderno 2.

²⁷ Folios 8-22 parte demandante. Folios 23-57 parte demandada. Cuaderno 2.

El accionante solicita la nulidad de la Ordenanza 30 de 27 de diciembre de 2010²⁸, por medio de la cual la Asamblea de Antioquia autorizó al Gobernador de ese departamento para efectuar compromisos que afecten el presupuesto de vigencias fiscales excepcionales, desde el año 2011 y hasta el 2015, para la cofinanciación del proyecto conexión vial Aburrá Oriente – Túnel de Oriente.

3. Problema jurídico

Se contrae a determinar si, a la luz de los argumentos expuestos en el recurso de alzada, el fallo de 26 de septiembre de 2013, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, debe ser revocado.

La Sala advierte, de entrada, que su análisis girará en torno a las consideraciones expuestas en la sentencia de primera instancia y a los cuestionamientos formulados en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, según el cual:

“La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior **no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso**, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla”.
(Negrilla fuera de texto)

Dicho ello, se abordará el análisis del caso en concreto, como sigue:

4. Caso concreto

Como quedó expuesto en los antecedentes de este proveído, la parte demandada formula recurso de apelación en contra de la sentencia de 26 de septiembre de 2013²⁹, a través de la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia **accedió** a las súplicas de la demanda de nulidad propuesta por el señor **JORGE ALBERTO GÓMEZ GALLEGO** contra la Ordenanza 30 de 27 de diciembre de 2010.

²⁸ “Por medio de la cual se estructura la cofinanciación del proyecto conexión vial Aburrá Oriente (Túnel de Oriente) y desarrollo vial complementario.”

²⁹ Folios 249 – 259 cuaderno 1.

Para sustentar su inconformidad respecto del referido fallo, la autoridad administrativa accionada eleva los cuestionamientos que pasan a ser analizados a continuación:

4.1. El Estatuto Orgánico del Departamento de Antioquia se constituye en la norma habilitante del acto administrativo accionado³⁰

El *a quo* consideró, en la providencia censurada, que el Departamento de Antioquia carecía de competencia para suscribir obligaciones que comprometieran vigencias futuras **excepcionales**.

Ello, por cuanto, en su sentir, las entidades territoriales, a la luz de las disposiciones contenidas en la Ley 819 de 2003³¹, y en especial de sus artículos 10º, 11 y 12, no disponían de norma habilitante para ello, pues su competencia se restringía a la asunción de compromisos que repercutieran en vigencias futuras **ordinarias**, esto es, luego de que la ejecución de los proyectos se iniciara con apropiaciones presupuestales de la vigencia en curso.

En contraposición, la recurrente estima que, a pesar de que el texto normativo de la Ley 819 de 2003 no establece de forma expresa la concesión de esa facultad a los entes territoriales –afectación de vigencias futuras excepcionales – lo cierto es que ésta –la potestad– se colige, en el caso del Departamento de Antioquia, del artículo 1º de la Ordenanza 11 de 2009, *“por medio de la cual se modifica parcialmente el Estatuto Orgánico del Presupuesto Departamental”*³², en cuyo tenor literal puede leerse:

“ARTÍCULO PRIMERO: El artículo 4º de la Ordenanza 19 de Agosto (sic) de 1996, compilado en el Artículo (sic) 23 del Decreto 4670 de septiembre de 1996, quedará así:

Vigencias futuras excepcionales. La Asamblea Departamental, a iniciativa del Gobierno Departamental, y con la aprobación del Consejo Departamental de Política Fiscal – CODFIS, en casos excepcionales para las obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad, así como para las garantías a las concesiones, podrá autorizar que se asuman obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras **sin**

³⁰ Bajo este numeral, la Sala emprende el estudio conjunto de los cargos contenidos en los numerales 7.1 y 7.2 del acápite de antecedentes de esta providencia, habida cuenta de su estrecha relación.

³¹ “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.”

³² Folio 145 cuaderno 1.

apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización. El monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas deberán consultar las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo del que trata el artículo 5º de la Ley 819 de 2003.” (Negrilla fuera de texto)

En efecto, los departamentos y municipios, a las voces de los artículos 300 numeral 5º³³ Superior y 109³⁴ del Decreto 111 de 1996³⁵, están habilitados para adaptar las **normas orgánicas del presupuesto nacional** a cada uno de sus territorios, motivo por el que podían autorizar la asunción de obligaciones que comprometieran vigencias futuras excepcionales al interior de sus Estatutos Orgánicos del Presupuesto.

De allí que, contrario a lo referido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, la Asamblea **sí** disponía de fundamento normativo para permitir al Gobernador de ese ente territorial la suscripción de compromisos de gastos con cargo a presupuestos de vigencias futuras excepcionales.

La Sala encuentra que, del contexto litigioso descrito en precedencia, subyace un cuestionamiento jurídico que se traduce en términos de **“competencia”**, lo que conlleva adentrarse, de forma sucinta, en el estado del arte que rodea ese cargo, tal y como sigue:

4.1.1. De la incompetencia de los entes territoriales para suscribir compromisos que afectaran vigencias futuras excepcionales

El principio de la anualidad del presupuesto es un punto denominador común entre diferentes ordenamientos jurídicos³⁶, en razón del cual la estimación de ingresos y la autorización de gastos debe efectuarse en periodos de un año, de conformidad con el artículo 346³⁷ Superior.

³³ “Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas: (...). Expedir las normas orgánicas del presupuesto departamental y el presupuesto anual de rentas y gastos.”

³⁴ “Las entidades territoriales al expedir las normas orgánicas de presupuesto deberán seguir las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto, adaptándolas a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial. Mientras se expiden estas normas, se aplicará la Ley Orgánica del Presupuesto en lo que fuere pertinente.”

³⁵ “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.”

³⁶ En Francia, por ejemplo, el principio de anualidad presupuestal hace parte de los 5 referentes axiológicos que guían la materia, dentro de los cuales figuran los principios de unidad, universalidad, especialidad y sinceridad presupuestaria. Hace referencia al hecho de que las autorizaciones en materia de presupuesto –bien que se trate de gastos o ingresos– son válidas únicamente por un año.

³⁷ “El Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura. El presupuesto de

En punto a este referente axiológico, el artículo 14 del Estatuto Orgánico del Presupuesto –compilado en el Decreto 111 de 1996– consagra:

“ARTICULO 14. ANUALIDAD. El año fiscal comienza el 1º de enero y termina el 31 de diciembre de cada año. Después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción.”

Se colige de lo anterior que, **por regla general**, las autoridades públicas no podrán adquirir, luego del 31 de diciembre de cada año, compromisos que afecten las apropiaciones presupuestales de la anualidad que se cierra; de igual forma, ello significa que, **en principio**, los organismos del Estado deberán abstenerse de comprometer vigencias presupuestales futuras, toda vez que los ingresos y gastos deberán ejecutarse en el año que corresponda.

Ahora bien, el principio de anualidad –su alcance– se atenúa luego de que se lo relaciona con aquel de la planeación, pues éste exige el desarrollo de actividades que, en la mayoría de casos, superan el periodo de un año³⁸. La conjunción de esos referentes normativos ha implicado la aparición de las vigencias futuras, que permiten afectar presupuestos venideros a fin de materializar proyectos que no resultan ejecutables en ese lapso³⁹.

Si bien su proclamación puede ser identificada con la expedición de la Ley 179 de 1994⁴⁰, para lo que respecta el asunto de autos, el análisis recaerá en las disposiciones consagradas en la Ley 819 de 2003, y particularmente en sus artículos 10º, 11 y 12, que regulan ese tipo de vigencias desde **dos perspectivas diferentes**.

rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo.”

³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 08001-2331-000-2010-00987-01. C.P. Oswaldo Giraldo López. Sentencia de 1º de febrero de 2018.

³⁹ Se hace referencia al año.

⁴⁰ Art. 9º "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. (...) **Las entidades territoriales** podrán adquirir esta clase de compromisos con la autorización previa del Concejo Municipal, Asamblea Departamental y los Consejos Territoriales Indígenas, o quien haga sus veces, siempre que estén consignados, en el Plan de Desarrollo respectivo y que sumados todos los compromisos que se pretendan adquirir por esta modalidad, no excedan su capacidad de endeudamiento". (Negrilla y subrayas fuera de texto)

En primer lugar, desde una perspectiva **de orden sustancial** que permite distinguir en el ámbito de las vigencias futuras, aquellas de estirpe ordinaria de las que responden a una naturaleza excepcional, a partir de la existencia de apropiaciones en la vigencia presupuestal en que son autorizadas.

Al respecto, la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado ha sostenido:

“Cabe anotar que la diferencia fundamental entre las vigencias futuras ordinarias y las vigencias futuras excepcionales, radica, esencialmente, en que en las primeras la ejecución se inicia con el presupuesto de la vigencia en curso, mientras que en las excepcionales, se afecta el presupuesto de vigencias futuras, sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización.”⁴¹

En otros términos, las vigencias futuras ordinarias distan de las excepcionales, por cuanto los proyectos que se pretenden financiar a través de esa modalidad cuentan con emolumentos en el periodo fiscal en que se permiten, lo que no ocurre en relación con las últimas.

En segundo lugar, la Ley 819 de 2003 trata este tema –vigencias futuras– **desde una perspectiva subjetiva**, toda vez que faculta, paralelamente, a la Nación y a las entidades territoriales para asumir obligaciones que comprometan vigencias futuras **ordinarias**, como lo disponen los artículos 10⁴² y 12⁴³ de ese cuerpo normativo.

Pero a pesar de lo anterior, este tratamiento igualitario no fue concedido en lo que respecta las **vigencias futuras excepcionales**, por cuanto lo cierto es que el legislador de 2003 no reconoció expresamente esta potestad en favor de las entidades territoriales, como se decanta de una lectura detenida del artículo 11 de la Ley 819 de ese año:

⁴¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. 2009-00032-02 C.P. María Claudia Rojas Lasso. Sentencia de 14 de julio de 2011.

⁴² “Artículo 10. Vigencias futuras ordinarias. El artículo 9º de la Ley 179 de 1994 quedará así: El Confis podrá autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas siempre y cuando se cumpla que:...”

⁴³ “Artículo 12. **Vigencias futuras ordinarias para entidades territoriales**. En las entidades territoriales, las autorizaciones para comprometer vigencias futuras serán impartidas por la asamblea o concejo respectivo, a iniciativa del gobierno local, previa aprobación por el Confis territorial o el órgano que haga sus veces. Se podrá autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas siempre y cuando se cumpla que:...” (Negrilla y subrayas fuera de texto)

“Artículo 11. Vigencias futuras excepcionales. El artículo 3º de la Ley 225 de 1995 quedará así:

El Consejo Superior de Política Fiscal, Confis, en casos excepcionales para las obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad, así como para las garantías a las concesiones, podrá autorizar que se asuman obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras **sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización.** El monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas deberán consultar las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo del que trata el artículo 1º de esta ley.

La secretaría ejecutiva del Confis enviará trimestralmente a las comisiones económicas del Congreso una relación de las autorizaciones aprobadas por el Consejo, para estos casos.

Para asumir obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras, los contratos de empréstito y las contrapartidas que en estos se estipulen no requieren la autorización del Consejo Superior de Política Fiscal, Confis. Estos contratos se regirán por las normas que regulan las operaciones de crédito público.”

Este silencio normativo implicó para la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, la negativa de reconocer esa facultad –la asunción de obligaciones que comprometan vigencias futuras excepcionales– en relación con las entidades territoriales, pues el vacío legal no podía ser interpretado como una autorización tácita en su favor.

Al respecto, esa Sala de Sección, en sentencia de 14 de julio de 2011⁴⁴, explicó:

“La Sala advierte que aun cuando el artículo 11 de la Ley 819 de 2003 no dispone expresamente que su marco de aplicación se restringe al orden nacional, los elementos descritos en su contenido permiten establecer que ello es así.

En efecto, se observa cómo el artículo prevé que el monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas deben consultar las metas plurianuales del Marco Fiscal “del que trata el artículo 1º de esta ley (sic)”; (Ley 809 de 2003) según el cual el Marco debe ser presentado por “el Gobierno Nacional” y, entre otros requisitos, debe contener “una relación de los pasivos contingentes que pudieran afectar la situación financiera de la Nación”.

Es claro que si el legislador hubiera querido que las entidades territoriales apropiaran vigencias futuras excepcionales, habría indicado que el monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas consultarán las metas plurianuales del Marco Fiscal para las Entidades

⁴⁴ Rad. 2009-00032-02. C.P. María Claudia Rojas Lasso.

Territoriales, y habría remitido expresamente al artículo 5° de la misma ley. Además, si la intención del Congreso hubiera sido la de otorgar a los entes territoriales esta facultad, lo habría dispuesto de manera manifiesta, tal como lo hizo con la potestad que les dio para apropiarse de vigencias futuras de carácter ordinario o hubiera hecho referencia al envío a las Comisiones Económicas del Congreso de las autorizaciones dadas por el CONFIS para este caso.

En conclusión, no cabe la menor duda de que ni el Decreto 111 de 1996 – que compila varias normas-, ni la Ley 819 de 2003 prevén la posibilidad de que entes territoriales comprometan vigencias futuras excepcionales; y de que mal puede interpretarse el silencio de la ley en este respecto como una autorización tácita.”

Lo anterior supuso la declaratoria de nulidad de las Ordenanzas y Acuerdos, según fuera el caso, por medio de las cuales las Asambleas y Concejos autorizaban a Gobernadores y Alcaldes –respectivamente– a apropiarse de vigencias futuras excepcionales, sin que la inclusión de esta potestad en los Estatutos Orgánicos de los entes territoriales pudiera sustentarla, habida cuenta de la jerarquía normativa que explica el ordenamiento, en donde las normas legales –y particularmente aquellas de naturaleza orgánica⁴⁵– disponen de una posición privilegiada.

De allí que si la prescripción legal no establecía las vigencias futuras excepcionales en pro de departamentos y municipios, esta facultad no era extensible a través de acuerdos y ordenanzas, posición que será acogida para la resolución del asunto puesto a consideración de esta Sala, muy a pesar de las consideraciones expuestas en la sentencia de 1º de febrero de 2018⁴⁶, proferida por la Sección Primera de esta Corporación según la cual, a la luz de los principios de autonomía presupuestal e igualdad frente a la Nación, los municipios y departamentos disponían de la potestad de adaptar en sus Estatutos Orgánicos del Presupuesto el artículo 11 de la Ley 819 de 2003, relativo a las vigencias futuras excepcionales.

⁴⁵ Ibídem: “Es sabido que, tratándose de una previsión normativa contenida en la Ley Orgánica del Presupuesto, goza de superior jerarquía, de modo que tanto la Ley Anual del Presupuesto de Apropriaciones de Rentas y Gastos, como la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, deben observar estrictamente sus mandatos.”

⁴⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 08001-2331-000-2010-00987-01. C.P. Oswaldo Giraldo. “De acuerdo con los fundamentos señalados a lo largo de esta providencia, encuentra la Sala en efecto que, contrario a lo antes sostenido, a la luz de las normas orgánicas del presupuesto de la Nación vigentes a la fecha de expedición del acto acusado (22 de febrero de 2010), sí es procedente que las entidades territoriales acuerden vigencias futuras excepcionales, en primer lugar, en reconocimiento de la autonomía que la Constitución Política les concede, que les permite adaptar tales normas en sus estatutos orgánicos del presupuesto en tanto que se ajusten a la organización, normas constitucionales y condiciones de las entidades territoriales, lo que ocurre en este evento, y en segundo lugar, como garantía del derecho de igualdad de aquellas frente a la Nación en esta materia, al existir elementos de coincidencia en aspectos relevantes como la planificación, la estructuración del presupuesto y la disciplina fiscal.”

Ello, con fundamento en las siguientes consideraciones:

(i) La formulación de la acción de nulidad –contenida en el artículo 84 del CCA– conlleva la puesta en marcha de un juicio de legalidad consistente en parangonar el acto administrativo demandado con las prescripciones normativas que conforman **el bloque de legalidad** aplicable a éste.

Se trata así de un juzgamiento que tiende a corroborar la avenencia o no del acto accionado respecto de las normas legales **existentes** para el momento en que es expedido aquél, lo que supone la identificación de las reglas jurídicas que sustentan su expedición en un periodo específico.

De allí que la labor del Juez de lo Contencioso Administrativo deba prescindir de cualquier tipo de consideración argumentativa que pretenda eclipsar el juicio de legalidad que subyace a la acción de nulidad, por lo que sus parámetros de análisis y estudio –en todos los casos– estarán plasmados en la literalidad de la Ley.

(ii) Los pretendidos cambios jurisprudenciales tienen efectos hacia el futuro y sus consecuencias no pueden ser de aplicación retroactiva con el propósito de convalidar irregularidades, cuyos orígenes se ciernen de forma previa a su expedición –se hace referencia a la jurisprudencia–.

(iii) A pesar de que la sentencia de 1º de febrero de 2018 enuncia una alteración jurisprudencial en lo que concierne las vigencias futuras excepcionales a favor de las entidades territoriales, lo cierto es que dicho fallo estuvo acompañado de una aclaración de voto conjunta suscrita por los Consejeros Roberto Augusto Serrato y María Elizabeth García, en el sentido de expresar que la nulidad del Acuerdo 0002 de 22 de febrero de 2010, expedido por el Concejo Distrital de Barranquilla –acto administrativo enjuiciado en aquella época– debió ser decretada, por cuanto *“en vigencia de la Ley 819 de 2003, no procedían vigencias futuras excepcionales en el ámbito territorial.”*

Por lo anterior, no puede predicarse un cambio jurisprudencial absoluto en la materia.

Dicho ello, la Sala abordará el estudio del caso en concreto.

4.1.2. Del análisis del cargo en particular

Esta Judicatura anticipa que el cuestionamiento no dispone de entidad jurídica para revocar la sentencia de 26 de septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia por las razones que se siguen:

La lectura detenida de la Ley 819 de 2003, por medio de la cual se modificó el Estatuto Orgánico del Presupuesto –compilado en el Decreto 111 de 1996– faculta de manera expresa a la Nación para la asunción de compromisos que afecten **vigencias futuras**, de conformidad con su artículo 11.

No obstante, no ocurrió lo mismo en relación con las entidades territoriales, pues ellas solo fueron habilitadas para adquirir obligaciones con cargo a **vigencias futuras ordinarias**, al tenor de lo dispuesto en el artículo 12 de ese mismo cuerpo normativo.

De allí que la Sala estime que, a la manera como lo consideró el *a quo*, el Departamento de Antioquia, y en especial su Asamblea Departamental, no estuvieran autorizadas para expedir la Ordenanza 30 de 27 de diciembre de 2010, a través de la cual se le permitió al Gobernador de ese Departamento la suscripción de compromisos que repercutieran en vigencias futuras excepcionales para la financiación del proyecto conexión vial Aburrá Oriente durante los periodos 2011 a 2015.

En este punto, huelga advertir que la competencia de las personas de derecho público se sustenta en la identificación de parámetros normativos explícitos, que permitan establecer, sin hesitación alguna, la habilitación que el ordenamiento les atribuye.

De allí que, si con antelación a la Ley 1483 de 2011⁴⁷, las entidades territoriales no disponían expresamente de autorización para asumir compromisos que conllevaran la afectación de vigencias futuras excepcionales, la Ordenanza 30 de 27 de diciembre de 2010, expedida por la Asamblea de Antioquia, deba ser declarada nula.

⁴⁷ “Por medio de la cual se dicta norma orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad, transparencia fiscal para las entidades territoriales.”

Ahora bien, la autoridad demandada afirma que el fundamento normativo del acto administrativo accionado puede encontrarse en la Ordenanza 11 de 2009, por medio de la cual se modificó el Estatuto Orgánico del Presupuesto del Departamento de Antioquia que, con fundamento en la potestad de adaptación de la normatividad nacional en esta materia –art. 109 del Decreto 111 de 1996–, otorgó a ese ente territorial el derecho a comprometer vigencias futuras excepcionales.

No obstante, la Sala encuentra que el argumento no dispone de entidad jurídica para revocar el fallo de 26 de septiembre de 2013, pues si bien es cierto el artículo 109 del Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional establece la referida capacidad de adaptación normativa, ella recae de manera exclusiva en las reglas jurídicas existentes, motivo por el que no podrían autorizar la asunción de obligaciones que afecten vigencias futuras en beneficio de las entidades territoriales, pues lo cierto es que, como se demostró en el aparte de generalidades, el legislador de 2003 –Ley 819– no atribuyó esta en competencia para ellas.

En este punto, resultan ser elocuentes los términos del artículo 109 del Decreto 111 de 1996:

“Artículo 109. Las entidades territoriales al expedir las normas Orgánicas de presupuesto **deberán seguir las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto**, adaptándolas a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial. Mientras se expiden estas normas, se aplicará la Ley Orgánica del Presupuesto en lo que fuere pertinente.”
(Negrilla fuera de texto)

Se desprende de la prescripción normativa transcrita que la expedición de los Estatutos Orgánicos del nivel departamental *“deberán seguir las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto”*, que no otorgan a los entes territoriales competencia para afectar vigencias futuras excepcionales, pues ello solo resulta permitido a la Nación.

Así las cosas, el cargo no prospera por las razones expuestas de forma precedente.

4.2. De la caducidad de la acción

Dos son los argumentos que sustentan esta inconformidad. Por un lado, la autoridad demandada sostiene que la Ordenanza 30 de 27 de diciembre de 2010 corresponde a un acto administrativo de carácter

particular y concreto –habida cuenta de su relación con el proyecto de conexión vial Aburrá Oriente (Túnel de Oriente) – por lo que la acción pertinente para su fiscalización era aquella de la nulidad y el restablecimiento del derecho.

En ese sentido, la recurrente manifiesta que el demandante disponía de 4 meses –contados a partir de la publicación del acto– para formular la demanda, lo que no ocurrió, pues ésta fue elevada 10 meses después⁴⁸.

Por otro lado, la entidad territorial demandada afirma que en el asunto de autos no resultaba aplicable la teoría de los fines y móviles, por cuanto aquí se debaten aspectos que no disponen de trascendencia nacional.

Pues bien, la Sala anticipa que las consideraciones expuestas no tienen vocación de prosperidad bajo la siguiente línea argumental:

- **Se trata de un cargo nuevo que no fue expuesto en la contestación de la demanda**

La Sala recuerda que, a la manera como ocurre con el binomio demanda y recurso de apelación, los argumentos contenidos en el escrito de contestación del libelo introductorio –a cargo de la parte accionada– deben guardar directa relación con aquellos que posteriormente son expuestos en la alzada.

Lo anterior, por cuanto, los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan **las consideraciones exceptivas** propuestas por quien funge en el proceso como parte demandada, deben plasmarse en el memorial contestatorio, de conformidad con el inciso 1º del artículo 164⁴⁹ del CCA.

De allí que la apelación no se presente como la oportunidad procesal pertinente para elevar cuestionamientos que, en principio, no fueron propuestos en la contestación de la demanda.

⁴⁸ Folio 290 cuaderno 1: “...la ordenanza fue publicada el 27 de diciembre de 2010 pero la demanda sólo fue instaurada en el mes de octubre de 2011, es decir, 10 meses después de expedida la ordenanza y 6 meses después de haber caducado la acción.”

⁴⁹ “En todos los procesos podrán proponerse **las excepciones de fondo en la contestación** de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos.”

Descendiendo al caso concreto, la Sala encuentra que el argumento de la presunta caducidad de la acción se presenta como **novedoso** si se atienden los fundamentos defensivos planteados por la recurrente en su memorial de contestación de la demanda, en la que lejos de formular la presunta ineptitud sustantiva del escrito petitorio por indebida escogencia de la acción y la consecuente caducidad⁵⁰, la autoridad demandada limitó sus consideraciones a demostrar la existencia de fundamento normativo para la expedición del acto administrativo demandado.

Esta sola circunstancia resulta ser un argumento suficiente para despachar en forma negativa este cargo. No obstante, la Sala accederá a analizar el argumento propuesto por la demandada, como sigue:

- **En el asunto de marras resulta aplicable la teoría de los fines y móviles**

Si en gracia de discusión la Sala aceptara la naturaleza particular y concreta de la Ordenanza 30 de 2010, pues se refiere a la cofinanciación del proyecto conexión vial Aburrá Oriente – Túnel de Oriente, lo cierto es que esta circunstancia fáctica no impide la procedencia de la acción de simple nulidad para controlar su legalidad, pues se concreta en la materia uno de los supuestos que hace posible la aplicabilidad de la teoría de los fines y móviles.

En efecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido, de manera pacífica y reiterada, que la nulidad resulta ser la acción pertinente –entre otros motivos– luego de que la situación particular a la que hace referencia el acto administrativo, ***“comporte un especial interés, un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad, en especial cuando se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos.*”**⁵¹

⁵⁰ La acción procedente era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho habida cuenta de la naturaleza particular del acto y no la de nulidad.

⁵¹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 29 de octubre de 1996. C.P Daniel Suárez Hernández.

Se colige del aparte transcrito que el medio de fiscalización judicial contenido en el artículo 84 del C.C.A, permite controlar actos administrativos de carácter particular cuando éstos conlleven un interés que rebase la singularidad –v. gr. cuando dispongan de consecuencias económicas, sociales o ecológicas que afecten a la comunidad–, y especialmente luego de que comporten efectos de alcance y contenido nacional.

Así las cosas, se descarta el argumento de la recurrente según el cual la teoría de los fines y móviles solo tendría operatividad, luego de que los intereses que supone el acto administrativo de carácter particular disponen de naturaleza nacional, pues es uno de los casos que así lo permiten; no obstante, no es el único, pues otros supuestos, por ejemplo, la afectación de intereses departamentales, podría igualmente conllevar la procedencia de la acción de nulidad.

Y es efectivamente lo que sucede en el *sub judice*, por cuanto el acto administrativo demandado –Ordenanza 30 de 27 de diciembre de 2010– estructura la cofinanciación del proyecto conexión vial Aburrá Oriente, mediante la autorización para la afectación de vigencias futuras excepcionales.

Se trata no solo de un contrato de obra que concierne a la comunidad en general, habida cuenta de sus repercusiones en materia de movilidad, sino igualmente de un acto administrativo que se refiere al manejo de la hacienda pública en dicho departamento, por lo que las determinaciones que allí se adoptan develan una importancia trascendental – o en palabras de la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación “un especial interés”– que hace procedente la acción de simple nulidad.

Este argumento se refuerza aún más si se tiene en cuenta que la pretensión elevada por la parte actora se circunscribe a la nulidad de la Ordenanza 30 de 2010, que no conlleva restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.

En efecto, el demandante busca: *“Que se declare la nulidad de la Ordenanza N°. 30 del 27 de diciembre de 2010 (...) proferida por la Asamblea departamental y sancionada por el gobernador de Antioquia (...) publicada en la Gaceta Departamental (...) N°. 18.228 del 30 de*

diciembre de 2010, en las páginas 61 y 62, por infringir normas de orden superior, previstas en la Constitución (...), en la Ley Orgánica del Presupuesto y en otras disposiciones que se enunciarán más adelante.”

De allí que, aceptando la tesis prolijada por la autoridad administrativa recurrente, la acción de nulidad simple hubiese podido ser interpuesta en cualquier momento en contra del acto administrativo demandado – Ordenanza 30 de 27 de diciembre de 2010– habida cuenta de que esta acción no dispone de término oportuno para su interposición y, por consecuencia, no opera, por regla general, la caducidad en su contra.

Ahora bien, la Sala no pasa por alto el hecho de que, en principio, la fiscalización de los actos administrativos que autorizan la afectación de vigencias futuras excepcionales a alcaldes y gobernadores, han sido siempre tramitadas a través de este medio de control –nulidad simple– por lo que su procedencia se valida igualmente de esta forma⁵².

4.3. Falta de integración del litisconsorcio

En sentir de la autoridad recurrente, la sentencia de 26 de septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia debe ser revocada o, en su lugar, declararse la nulidad del presente trámite judicial, pues a pesar de que la Ordenanza 30 de 27 de diciembre de 2010 se refiere a la cofinanciación de un proyecto de obra pública, no se vinculó al contratista concesionario de la misma.

Pues bien, la Sala desestima el cuestionamiento, toda vez que, lejos de constituir una inconformidad en contra del fallo de 26 de septiembre de 2013, se trata de una solicitud de nulidad procesal que resulta abiertamente improcedente, a la luz de lo preceptuado en el inciso 1º del artículo 242–A del C.C.A., que en su tenor literal dispone:

“En la segunda instancia no se podrán proponer hechos constitutivos de nulidad que debieron ser alegados en primera instancia, salvo la falta de competencia funcional y la indebida notificación del auto admisorio de la demanda al demandado o a su representante.” (Negrilla fuera de texto)

⁵² Ver al respecto: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. (i) Rad. 08001-2331-000-2010-00987-01. C.P. Oswaldo Giraldo López. Sentencia de 1º de febrero de 2018. (ii) Rad. . 2009-00032-02. C.P. María Claudia Rojas Lasso. Sentencia de 14 de julio de 2011.

Así las cosas, la presunta indebida integración del contradictorio debió ser alegada por la demandada en el transcurso de la primera instancia, lo que no sucedió, pues ni en su escrito de contestación ni en sus alegatos de conclusión así lo expresó. Por lo anterior, se negará este cargo.

Pero a pesar de lo anterior, la Sala confirmará la sentencia de 26 de septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por cuanto, como lo estimó el *a quo*, las entidades territoriales, no disponían con antelación al año 2011, la potestad que les permitiera comprometer vigencias futuras excepcionales, como se explicó.

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

III. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 26 de septiembre de 2013 del Tribunal Administrativo de Antioquia por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

