

PREVISION LEGAL CONTENIDA EN REGIMEN JURIDICO DE ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS QUE PROHIBE CELEBRACION DE CONTRATOS DE APP EN ULTIMO AÑO DE GOBIERNO DEL MANDATARIO LOCAL-No vulnera las normas constitucionales que establecen la autonomía de las entidades territoriales para gobernarse por sus autoridades propias, ejercer las competencias y gestionar sus propios asuntos/AUTORIZACION A LAS ENTIDADES DEL “ORDEN NACIONAL” PARA TRANSFERIR EL DERECHO REAL DE DOMINIO SOBRE RECURSOS PROPIOS COMO RETRIBUCION AL CONTRATISTA-Excluye sin justificación válida a las entidades territoriales de la posibilidad de decidir sobre la enajenación de bienes que les son propios, para efectos de la retribución a favor del inversionista privado en las APP

La Corte considera que conforme a la demanda, las intervenciones y el concepto del Ministerio Público, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos: ¿La previsión legal que prohíbe la celebración de contratos de APP en el último año de gobierno del mandatario local, vulnera las normas constitucionales que establecen la autonomía de las entidades territoriales para gobernarse por sus autoridades propias, ejercer las competencias que le correspondan y gestionar sus propios asuntos? ¿Desconoce el derecho que tienen las entidades territoriales de administrar sus recursos, previsto en el artículo 287-3 de la Constitución, el precepto normativo que determina que los gobiernos locales que suscriban contratos de APP no pueden retribuir al inversionista privado, con derechos reales sobre inmuebles de propiedad de la entidad territorial, que no se requieran para la prestación del servicio para el cual se desarrolló el proyecto? Para dar solución a las cuestiones planteadas, la Sala: (i) reitera el precedente sobre la autonomía de las entidades territoriales, en particular los elementos de gestión de los asuntos de su competencia y administración de sus propios recursos; (ii) estudia el marco normativo de las Asociaciones Público Privadas; y (iii) realiza el análisis de constitucionalidad de las normas acusadas. (...) Del análisis realizado, se derivan las siguientes conclusiones: (i) La previsión legal que prohíbe la celebración de contratos de APP en el último año de gobierno del mandatario local, no vulnera las normas constitucionales que establecen la autonomía de las entidades territoriales para gobernarse por sus autoridades propias, ejercer las competencias que le correspondan y gestionar sus propios asuntos. Contrario a lo que afirma el accionante, la restricción para la suscripción de contratos de APP en el último año del gobierno local respectivo, persigue fines constitucionalmente válidos, que consisten en armonizar la política

macroeconómica con los planes de gobierno locales, y respetar el principio de autogobierno de los mandatarios siguientes. (ii) El precepto normativo que determina que los gobiernos locales que suscriban contratos de APP no pueden retribuir al inversionista privado con derechos reales sobre inmuebles de propiedad de la entidad territorial, que no se requieran para la prestación del servicio para el cual se desarrolló el proyecto, desconoce el derecho que tienen las entidades territoriales de administrar sus recursos, previsto en el artículo 287-3 de la Constitución. En efecto, la norma que limita la disposición de derechos reales para la retribución a inversionistas privados y de ese modo ignora que por regla general el Congreso carece de potestad para definir la destinación de los recursos endógenos de las entidades territoriales, y en este caso no existía ninguna razón que justificara su injerencia en la disposición de los bienes propios de las entidades locales.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos mínimos

PRINCIPIO PRO ACTIONE EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Alcance

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes

INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA-Eventos en que procede

La jurisprudencia ha señalado que la integración de la unidad normativa es procedente, exclusivamente, en uno de tres eventos, a saber: (i) Cuando un ciudadano demanda una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que para entenderla y aplicarla, es imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada. En esos casos es necesario completar la proposición jurídica demandada para evitar proferir un fallo inhibitorio. (ii) En aquellos casos en los que la disposición cuestionada está reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas. Esta hipótesis pretende evitar que un fallo de inexequibilidad resulte inocuo. (iii) Cuando la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que a primera vista, presenta serias dudas sobre su constitucionalidad. Para que proceda la integración normativa en esta última hipótesis es preciso que concurren dos circunstancias: (1) que la norma demandada tenga estrecha relación con las disposiciones que no fueron cuestionadas y que conformarían la unidad normativa; y (2) que las disposiciones no acusadas parezcan inconstitucionales.

AUTONOMIA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES-Contenido y alcance

AUTONOMIA TERRITORIAL-Límites del legislador/AUTONOMIA TERRITORIAL-Facultad legislativa para fijar alcance dentro de los límites mínimos y máximos que señala la Constitución Política

AUTONOMIA TERRITORIAL EN MATERIA DE DISPOSICION DE RECURSOS-Alcance/AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES-Manejo de recursos

FUENTES EXOGENAS Y ENDOGENAS DE FINANCIACION-Distinción

La Corte ha diferenciado los recursos que provienen de fuentes exógenas y endógenas de financiación. Los primeros, son los recursos que se originan en fuentes exógenas de financiación, tales como las transferencias de recursos a los departamentos y municipios, las rentas cedidas, los derechos de participación en las regalías y compensaciones, y los recursos transferidos a título de cofinanciación. Sobre este tipo de recursos el Legislador tiene mayor injerencia, pues puede definir su destinación. Los segundos hacen referencia a los recursos propios de las entidades territoriales, los cuales “deben someterse en principio a la plena disposición de las autoridades locales o departamentales correspondientes, sin injerencias indebidas del legislador”. Se trata de los rendimientos que provienen de la explotación de los bienes que son de propiedad exclusiva de las entidades territoriales o las rentas tributarias que se obtienen en virtud de fuentes tributarias propias.

RECURSOS ENDOGENOS DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES-Excepción a la prohibición de intervención del legislador

AUTONOMIA TERRITORIAL EN MATERIA DE PLANEACION-Contenido y alcance

ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS-Definición

FACULTAD LEGISLATIVA PARA PROHIBIR LA CELEBRACION DE CONTRATOS DE ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS EN ULTIMO AÑO DE GOBIERNO DE ENTIDADES TERRITORIALES-Alcance

De acuerdo con los principios constitucionales señalados y la jurisprudencia de esta Corporación, el Legislador está facultado para prohibir la celebración de contratos de asociaciones público privadas en el último año de gobierno de las autoridades territoriales.

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

INTERVENCION LEGISLATIVA EN LA DESTINACION DE RECURSOS ENDOGENOS DE ENTIDADES TERRITORIALES-Hipótesis en las que resulta legítima

Referencia: Expediente D-11673

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 27 (parcial) de la Ley 1508 de 2012 “por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones” y el artículo 37 (parcial) de la Ley 1753 de 2015 “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 ‘Todos por un nuevo país’.”

Demandante: Carlos Andrés Téllez Ramírez

Magistrada ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Carlos Andrés Téllez Ramírez presentó ante esta Corporación demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 27 (parcial) de la Ley 1508 de 2012 “por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”, y el artículo 37 (parcial) de la Ley 1753 de 2015 “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 ‘Todos por un nuevo país’.”

Mediante auto del 1º de noviembre de 2016, la Magistrada sustanciadora decidió admitir la demanda, exclusivamente por el cargo fundado en el presunto desconocimiento de la autonomía territorial, y rechazó la censura basada en la alegada violación del derecho de igualdad. Lo anterior, debido a que el escrito de corrección no había solucionado las falencias identificadas a ese respecto. En consecuencia, se comunicó el inicio del proceso al Congreso de la República, a los Ministros del Interior y de Hacienda y Crédito Público, y al Departamento Nacional de Planeación (DNP) para que, si lo consideraban oportuno, intervinieran directamente o por intermedio de apoderado escogido para el efecto, en el término señalado. Del mismo modo se invitó a la Federación Nacional de Departamentos, a la Federación Colombiana de Municipios, y a las facultades de Derecho de las Universidades Pontificia Universidad Javeriana, del Rosario, Externado de Colombia, de los Andes, Nacional de Colombia, Libre y de Antioquia.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de juicios y previo concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir de fondo la demanda en referencia.

I. TEXTO DE LAS NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcribe el texto de las normas acusadas, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 48.308 del 10 de enero de 2012, para el caso de la Ley 1508 de 2012, y en el Diario Oficial No. 49.538 del 9 de junio de 2015, respecto de la Ley 1753 de 2015. En ambos casos se subrayan los apartes demandados:

“LEY 1508 DE 2012

(enero 10)

por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

(...)

Artículo 27. Requisitos para proyectos de Asociación Público Privada que requieren desembolsos de recursos públicos en entidades territoriales. En las entidades territoriales el desarrollo de este tipo de proyectos se regirá, además, por las siguientes reglas:

1. Para la suscripción de los contratos a que se refiere la presente ley, la entidad territorial deberá acreditar el cumplimiento de los límites de gasto y deuda establecidos en la Ley 358 de 1997, 617 de 2000 y 819 de 2003 y, los requisitos definidos en la Ley 448 de 1998 sobre aprobación de riesgos y pasivos contingentes. En aquellos casos en que los contratos sean cofinanciados por la Nación se requerirá, además, el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.

2. Para todos los efectos, los ingresos futuros comprometidos en este tipo de contratos afectarán la capacidad de pago definida en la Ley 358 de 1997 y las normas que la modifiquen y complementen.

3. La entidad territorial deberá identificar la fuente de financiación del contrato de tal manera que los ingresos corrientes comprometidos en la financiación del mismo serán descontados de los ingresos corrientes empleados para calcular los indicadores de capacidad de pago, establecidos en la Ley 358 de 1997. Los recursos de crédito que puedan ser necesarios para financiar las vigencias futuras comprometidas se sumaran [sic] al saldo de la deuda que

determinen los indicadores de capacidad de pago, fijados en la Ley 358 de 1997.

4. Cuando el proyecto se financie con cargo a ingresos corrientes de libre destinación, los mismos, no podrán ser considerados como de libre disposición en los términos de la Ley 617 de 2000.

5. Solo se podrán desarrollar proyectos de asociación público privada consistentes con los objetivos de los planes de desarrollo territorial.

6. No se podrá celebrar este tipo de contratos durante el último año de gobierno.

Las vigencias futuras que se expidan deberán cumplir las normas vigentes que regulan la materia y los parámetros previstos en el presente artículo.

Parágrafo 1°. Los contratos que se celebren en virtud de la presente ley deberán registrarse ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y reportarse en el Formulario Único Territorial, FUT, y en el Registro Único de Asociación Público Privada, RUAPP.

Parágrafo 2°. Para la presentación de estos proyectos al Ministerio de Hacienda y Crédito Público se deberá contar con la validación financiera de alguna de las entidades financieras públicas de segundo piso o estructuradoras públicas.”

(junio 9)

por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

(...)

Artículo 37. Derecho a retribuciones en proyectos de APP. Modifíquese el artículo 5° de la Ley 1508 de 2012, el cual quedará así:

“Artículo 5°. Derecho a retribuciones. El derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público-privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento.

Parágrafo 1°. En los esquemas de asociación público-privada podrán efectuarse aportes en especie por parte de las entidades estatales. En todo caso, tales aportes no computarán para el límite previsto en los artículos 13, 17 y 18 de la presente ley.

Los gobiernos locales y regionales podrán aplicar la plusvalía por las obras que resulten de proyectos de asociación público-privada.

Parágrafo 2°. En los contratos para ejecutar proyectos de asociación público-privada podrá pactarse el derecho a retribución por unidades funcionales, previa aprobación del Ministerio u órgano cabeza del sector o quien haga sus veces a nivel territorial, siempre y cuando:

a) El proyecto se encuentre totalmente estructurado.

b) El proyecto haya sido estructurado, contemplando unidades funcionales de infraestructura, cuya ejecución podría haberse realizado y contratado en forma independiente y autónoma, y

la remuneración estará condicionada a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad previstos para las respectivas unidades funcionales.

c) Las demás condiciones que defina el Gobierno nacional, entre estas el correspondiente monto mínimo de cada unidad funcional.

Parágrafo 3°. Complementario a lo previsto en el parágrafo anterior, en los contratos para ejecutar proyectos de asociación público-privada podrá pactarse el derecho a retribución por etapas, entendiéndose por etapa, cada una de las fases sucesivas en el tiempo, definidas en el contrato, en las que se desarrollan o mejoran unidades funcionales específicas, previa aprobación del Ministerio u órgano cabeza del sector o quien haga sus veces a nivel territorial, siempre y cuando:

a) El proyecto se encuentre totalmente estructurado.

b) Durante el plazo inicial del contrato se ejecuten todas las etapas previstas.

c) El proyecto haya sido estructurado en etapas sucesivas en el tiempo, de acuerdo con las necesidades del servicio respecto de las cuales se define un alcance específico en el contrato y sus correspondientes niveles de servicio y estándares de calidad.

d) La retribución al inversionista privado estará condicionada a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio estándares de calidad.

e) Las demás condiciones que defina el Gobierno nacional, entre estas el correspondiente monto mínimo de cada etapa.

Parágrafo 4°. En proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública del orden nacional, la entidad estatal competente podrá reconocer derechos reales sobre inmuebles que no se requieran para la prestación del servicio para el cual se desarrolló el proyecto, como componente de la retribución al inversionista privado.

El Gobierno reglamentará las condiciones bajo las cuales se realizará el reconocimiento de los derechos reales y de explotación sobre inmuebles, garantizando que su tasación sea acorde con su valor en el mercado y a las posibilidades de explotación económica del activo. Adicionalmente, se incluirán en dicha reglamentación las condiciones que permitan que el inversionista privado reciba los ingresos de dicha explotación económica o enajenación, condicionados a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de los estándares de calidad y niveles de servicio pactados.

Parágrafo 5°. En caso de que en el proyecto de asociación público-privada la entidad estatal entregue al inversionista privado una infraestructura existente en condiciones de operación, la entidad estatal podrá pactar el derecho a la retribución de los costos de operación y mantenimiento de esta infraestructura existente condicionado a su disponibilidad, al cumplimiento de los niveles de servicio y estándares de calidad.

Parágrafo 6°. En proyectos de asociación público-privada, podrán establecerse, unidades funcionales de tramos de túneles o de vías férreas, en virtud de las cuales se predicará únicamente disponibilidad parcial y estándar de calidad para efectos de la retribución. El Gobierno nacional reglamentará la materia”.

I. LA DEMANDA

1. La demanda inicia con la explicación general acerca de los antecedentes de las Asociaciones Público Privadas (en adelante APP). Destaca que ante la ausencia de incentivos suficientes para la participación del capital privado dentro del modelo original de contratación pública, en particular bajo el contrato de concesión, desde el Gobierno se promovieron reformas legales que dieron origen a las APP, como instrumento para el logro de objetivos estatales. Esto a través de la participación de fondos privados en proyectos de importancia, en especial aquellos vinculados a la infraestructura para el país. En ese sentido, para el actor existe una estrecha relación entre la ejecución de las APP, el desarrollo económico y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

1. En ese orden de ideas, señala que dados los objetivos de las APP, no habría razón para predicar su procedencia exclusivamente en el ámbito nacional, puesto que es evidente que a nivel local y regional, esa forma de contratación se muestra necesaria. En efecto, los territorios también están llamados a cumplir con los fines de promoción del desarrollo y la garantía de los derechos de sus habitantes, lo cual haría necesario extender la procedencia de suscripción de APP a ese escenario.

1. El demandante destaca que el artículo 287 Superior confiere a las entidades territoriales, entre otros, los derechos a ejercer las competencias que les correspondan, y a administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. De manera concomitante, el artículo 298 de la Carta Política confiere a los departamentos autonomía para la administración de los asuntos seccionales y la planificación y promoción del desarrollo económico y social dentro de su territorio. Asimismo, el artículo 311 de la Constitución asigna a los municipios las competencias de, entre otros asuntos, construir las obras que demande el progreso local y ordenar el desarrollo de su territorio.

A juicio del actor, la prohibición que plantea el parágrafo 4º del artículo 37 de la Ley 1753 de 2015, en el sentido de que sólo las entidades del orden nacional pueden reconocer derechos reales sobre inmuebles que no se requieran para la prestación del servicio para el cual se desarrolló el proyecto, como componente de la retribución al inversionista privado, desconoce la autonomía que tienen las entidades territoriales para administrar sus recursos fiscales, y en particular para servirse de las APP como instrumento para el cumplimiento de sus fines constitucionales.

Para el demandante “la capacidad de auto gestión política se ve seriamente ligada al manejo de los recursos públicos que administran las entidades territoriales, ya que con el desarrollo de los mismos se generan objetivos programáticos alineados con sus propios planes de desarrollo territorial, es decir, cegar la auto gestión presupuestal termina afectando gravemente la autonomía territorial en tanto es a través del manejo de recursos que al fin y al cabo la autonomía se manifiesta enteramente.”¹

En ese orden de ideas, el actor indica que la restricción prevista en la norma acusada no tiene fundamento constitucional válido, en tanto el desarrollo de las regiones se fundamenta en la posibilidad de que los departamentos y municipios desarrollen obras locales que incrementen el nivel de vida de sus conciudadanos. Específicamente, afirma que la autonomía territorial se enmarca dentro de los límites de la Constitución (en particular el artículo 287) y la Ley, según las cuales la Nación y los territorios deben colaborar armónicamente para el desarrollo integral de ésta, por lo que no es posible restringir la función de concesionar o desarrollar obras de carácter local.

1. De otra parte, con fundamento en una argumentación similar, el demandante explica que la prohibición prevista en el numeral 6º del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012, la cual impide a los mandatarios locales celebrar contratos de APP durante el último año de gobierno, también atenta contra la autonomía que la Constitución reconoce a las entidades territoriales.

En criterio del actor, las normas constitucionales que establecen el periodo de cuatro años para los alcaldes y gobernadores, reconocen la autonomía de las entidades territoriales, en particular la capacidad de autogestión de sus intereses y necesidades. Así pues, la previsión

que impide que se ejecuten contratos de APP en el último año del gobierno local afecta tal capacidad, la cual es plena a lo largo del periodo para el cual fue elegido el respectivo mandatario. Esto incide también en la competencia de las entidades territoriales para administrar sus recursos, en la medida en que resulta injustificadamente recortada, en relación con la suscripción de contratos de APP durante el último año de gobierno.

En ese sentido, el demandante indica que la capacidad de autogestión política está ligada al manejo de los recursos públicos que administran las entidades territoriales, pues éste obedece a objetivos programáticos alineados con sus propios planes de desarrollo territorial. En ese sentido, considera que las normas acusadas vulneran la autonomía territorial, pues restringen el uso de los recursos de las entidades territoriales, al impedir que los contratos de APP que utilicen recursos públicos sean adjudicados en el último año de gobierno.

Para sustentar este último argumento, la demanda ofrece algunos datos tendientes a demostrar que el proceso de estructuración, contratación y adjudicación de proyectos en APP puede tener una duración superior a la del periodo del alcalde o gobernador, lo que haría que la restricción en comento careciera de sentido.

I. INTERVENCIONES

1. Universidad Externado de Colombia

El Grupo de Investigación en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia interviene en este proceso con el fin de que se declare la inexecutable de las normas demandadas.

Advierte que, tal y como lo plantea el actor, los preceptos acusados afectan de manera irrazonable y desproporcionada los derechos constitucionales de las entidades territoriales. En efecto, para el interviniente, la prohibición para la celebración de contratos de APP en el último año de gobierno de las autoridades territoriales es excesiva y carece de justificación válida.

Además, indica que la norma que limita la disposición de derechos reales para la retribución al inversionista privado prevé un trato discriminatorio en contra de las entidades territoriales. Esto debido a que, aunque las instancias nacionales y locales tienen análogas competencias en materia contractual (incluida la posibilidad de suscribir contratos de APP), se distingue entre unas y otras en relación con el mencionado asunto, sin que medie ninguna razón identificable para ello. Por ende, se trata de una distinción incompatible con la Constitución.

1. Federación Colombiana de Municipios

El Director Ejecutivo de la Federación Colombiana de Municipios solicita a la Corte que declare la inexecutable de las normas acusadas. Luego de citar algunas decisiones de la Corte en relación con la autonomía fiscal de las entidades territoriales y la distinción entre recursos endógenos y exógenos a las mismas, concluye que la limitación para contratar durante el último año de gobierno contradice dicha autonomía. En su criterio, “la prohibición a los Gobernadores y Alcaldes de celebrar determinados contratos en el último año de su mandato es una inmiscusión [sic] indebida del legislador en los asuntos propios de los municipios, la cual por sí misma es por tanto una violación a la Constitución.” Expresa que si el objeto de esa prohibición es evitar que el mandato del gobernante local se extienda de manera “ultractiva”, ese objetivo se logra a través de las regulaciones orgánicas de índole presupuestal, las cuales confieren a los concejos municipales la competencia para la aprobación de vigencias futuras.

Por último, señala que los derechos reales a los que refiere el artículo 5º de la Ley 1508 de 2012 se predicen sobre recursos endógenos de las entidades territoriales, de manera que el Congreso carece de potestad para definir su destinación. Por lo tanto, estima que la restricción allí prevista es inconstitucional, más aún si se tiene en cuenta que la importancia de los contratos de APP para el desarrollo de los municipios demuestra la necesidad de eliminar requisitos irrazonables para su celebración.

1. Universidad del Rosario

La Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario², interviene en el proceso con el fin de defender la constitucionalidad de las disposiciones acusadas.

En primer lugar, considera que la previsión constitucional de autonomía a favor de las entidades territoriales no es incompatible con la posibilidad de que el Legislador la delimite. Así, en el caso de las restricciones para la suscripción de contratos de APP en el último año del gobierno local respectivo, lo que se pretende es un fin constitucionalmente válido, que consiste en “garantizar que los recursos públicos de las entidades territoriales no sean arriesgados sin cumplir unos parámetros mínimos, como que estén ligados a los planes de desarrollo territorial o que tengan en cuenta su capacidad de endeudamiento.” Asimismo, indica que tal limitación se dirige a evitar que se empleen inadecuadamente los recursos públicos y que se comprometa el presupuesto de las entidades territoriales para los siguientes periodos, es decir, tiene por objeto proteger el interés general.

En segundo lugar, en lo que respecta a la restricción para la disposición de derechos reales a favor del inversionista, el interviniente sostiene que la distinción que propone la norma acusada es razonable, en tanto existen evidentes diferencias en los regímenes aplicables a las entidades territoriales y a la Nación. Es por esta razón que la Ley 1508 de 2012, en su conjunto, establece una normatividad diferenciada para la suscripción de contratos de APP a nivel nacional y local, lo que justifica la distinción prevista en la norma acusada.

1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

A través de escrito suscrito por la apoderada judicial de la entidad, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se pronuncia únicamente sobre el cargo formulado por el demandante contra el numeral 6º del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012. En particular, solicita a la Corte que adopte un fallo inhibitorio ante la ineptitud sustantiva de la demanda o, en su lugar, declare la exequibilidad de la norma acusada.

En relación con la solicitud de inhibición, la apoderada indica que el actor no estructura adecuadamente el cargo de inconstitucionalidad contra el artículo 27 de la Ley 1508 de 2012, en tanto afirma que las disposiciones demandadas desconocen la autonomía territorial de que trata el artículo 287 Superior, pero construye su argumentación con base en los

artículos 298 y 311 de la Constitución. Así pues, afirma la apoderada que el actor no identifica con claridad las normas constitucionales que, a su juicio, resultan vulneradas por la disposición acusada, por lo que estima que se incumplen los presupuestos de suficiencia y claridad. Adicionalmente, señala que la censura planteada por el demandante es inepta, en tanto no acusa la disposición respectiva, sino que se basa en una comprensión abstracta y global de la misma, fundada en los presuntos efectos inconstitucionales de su aplicación. En ese orden de ideas, a juicio de la apoderada tampoco se cumple con los requisitos de especificidad y pertinencia.

De otro lado, en lo que respecta al análisis material de la norma demandada, el Ministerio advierte su constitucionalidad, puesto que la limitación para suscribir contratos de APP responde a la restricción para el compromiso de vigencias futuras en el último año de gobierno de las autoridades locales, prevista en los artículos 12 de la Ley 819 de 2003 – Orgánica de Presupuesto y 1º de la Ley 1483 de 2011. A partir de los artículos mencionados, argumenta que para la suscripción de un contrato que se va a ejecutar en vigencias fiscales diferentes a aquella en la que se realizó la suscripción, las entidades territoriales deben realizar autorizaciones de vigencias futuras presupuestales por el tiempo que dure la ejecución.

Por lo tanto, para la ejecución y perfeccionamiento de los contratos se debe tener la disponibilidad presupuestal correspondiente, salvo que se trate de recursos de vigencias fiscales futuras. Al respecto, las leyes orgánicas presupuestales anteriormente citadas establecen la prohibición a las entidades territoriales de aprobar vigencias futuras en el último año de gobierno. En ese sentido, en razón a que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que las normas orgánicas son jerárquicamente superiores a las leyes ordinarias, la entidad afirma que la previsión acusada es exequible, pues no tiene un propósito diferente que armonizar la legislación con los preceptos que le sirven de parámetro.

Agrega el interviniente que la jurisprudencia constitucional también ha reconocido que la autonomía de las entidades territoriales debe ejercerse conforme a los límites que prevea la ley. Por ende, resulta razonable que el Legislador imponga restricciones como la que es objeto de demanda, en tanto tienen un contenido financiero y presupuestal, en el que se reconoce un margen de configuración más amplio, según se explica en la sentencia C-579 de 2001. En ese orden de ideas, las reglas de coherencia y disciplina fiscal no contradicen la

Constitución, sino que son necesarias para evitar “ciclos económicos perjudiciales y la necesidad de ajustes financieros exagerados”. Por consiguiente, afirma que en este caso debe darse prevalencia al principio de unidad presupuestal sobre el de autonomía territorial.

Cabe señalar que se recibió intervención extemporánea por parte de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, la cual concluye la inexecutable de las normas acusadas.

I. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

La Procuradora General de la Nación (E), en concepto No. 624, recibido el 16 de enero de 2017, solicita a la Corte que declare inexecutable el numeral 6º del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012 y que, a través del mecanismo de integración normativa, también se decida la constitucionalidad condicionada del párrafo 1º del artículo 1º de la Ley 1438 de 2001 y el artículo 12 de la Ley 819 de 2003, en el entendido de que “la prohibición de autorización de vigencias futuras en el último año de gobierno de las entidades territoriales no opere para los proyectos de Asociación Pública Privada (APP) que requieran desembolsos de recursos públicos de las entidades territoriales y solamente para los contratos surgidos con motivo de la Ley 1508 de 2012 y no a las demás tipologías contractuales.” Adicionalmente, solicita declarar inexecutable el párrafo 4º del artículo 37 de la Ley 1753 de 2015, que a su vez modifica el artículo 5º de la Ley 1508 de 2012, con fundamento en los siguientes argumentos:

1. En primer lugar, el Ministerio Público advierte que el análisis de constitucionalidad del numeral 6º del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012 debe estar antecedido de la integración normativa con las disposiciones orgánicas de presupuesto, las cuales establecen restricciones para las vigencias futuras en el último año de gobierno de las entidades territoriales. Lo anterior, con el fin de no hacer ineficaz un fallo de inexecutable contra el precepto acusado, que prohíbe la suscripción de contratos de APP en el mismo periodo, pues, en la práctica, las normas mencionadas impondrían la misma restricción prevista en la norma

acusada. En ese sentido, indica que es claro que dichos contratos usualmente exigen comprometer recursos presupuestales en más de una vigencia fiscal, por lo que podría estarse ante una futura contradicción entre la hipótesis de suscripción de APP en el último año de gobierno y la aplicación de las normas orgánicas mencionadas.

De otro lado, para demostrar la necesidad de que se lleve a cabo la integración mencionada, señala que el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 supedita la ejecución de contratos con recursos de vigencias fiscales futuras al cumplimiento de las normas presupuestales, y el artículo 27-7 de la Ley 1508 de 2012 impone una restricción similar.

Además, aclara que la integración normativa propuesta es aceptable, pues aunque se trata de normas legales ordinarias y de naturaleza orgánica, ésta versará exclusivamente sobre la limitación de contratación de APP.

1. En segundo lugar, estima que la norma que establece la limitación para suscribir contratos APP en el último año de gobierno es inexecutable, en tanto las entidades territoriales tienen autonomía para utilizar sus recursos endógenos, sobre los cuales, por regla general, el Legislador tiene prohibido intervenir. Además, señala que en este caso no concurren los presupuestos que la jurisprudencia constitucional ha fijado para la validez de normas legales que, de manera excepcional, intervienen en la destinación de dichos recursos. En efecto, no existe una norma constitucional que habilite expresamente al Legislador para adoptar esta medida, ni tampoco resulta precisa para proteger el patrimonio de la Nación o la estabilidad macroeconómica.

De otro lado, la Procuraduría General considera que la prohibición demandada puede afectar el desarrollo de este tipo de proyectos, pues su planeación y estructuración es compleja y por esa razón requiere de largos periodos de tiempo, “exactamente entre dos a cuatro años dependiendo la complejidad del proyecto, sin incluir los procesos de selección del contratista que pueden durar como mínimo ocho (8) meses”. Así pues, la implementación de las diferentes etapas de las APP, tiene como consecuencia que el alcalde que suscriba el contrato no será necesariamente el mismo que lo ejecute, de manera que la prohibición contenida en la norma acusada conlleva la demora injustificada en el proceso contractual, el cual no es fruto de la improvisación o el afán electoral al final del periodo del gobernante,

sino que requiere una extensa planeación previa.

De otro lado, la Vista Fiscal concuerda con el argumento del demandante, referido a que la restricción analizada es desproporcionada, debido a que interfiere injustificadamente en proyectos vitales para el desarrollo de las entidades territoriales, que utilizan los contratos de APP para su concreción. Al respecto señala que “como está concebida la norma ésta implica que hasta el tercer año de gobierno las autoridades territoriales puedan solicitar vigencias futuras y celebrar este tipo de contratos, pero limitando los procesos de planeación y estructuración hasta dos años, teniendo en cuenta que el tercer año será para la implementación de las modalidades de selección del contratista dependiendo de la tipología de APP que se utilice.”

1. En tercer lugar, en cuanto al límite impuesto por el parágrafo 4º de la Ley 1753 de 2015, la Procuraduría General advierte que el precepto acusado también constituye una intromisión indebida del Legislador en el ámbito propio de las entidades territoriales y, en particular, en la capacidad de disponer de sus propios recursos. En efecto, considera que la limitación al uso de los recursos endógenos afecta el núcleo esencial de la autonomía territorial, más aún si se tiene en cuenta que no se evidencia una justificación válida para tal restricción, pues no existe habilitación constitucional para ello, ni se ha comprobado (i) la afectación del patrimonio de la Nación, o la estabilidad macroeconómica; o (ii) que las condiciones sociales o la naturaleza de la medida la hagan trascender del ámbito territorial. En consecuencia, estima que dicha disposición es inexecutable.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4º de la Carta Política, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad de los artículos 27 (parcial) de la Ley 1508 de 2012 y 37 (parcial) de la Ley 1753 de 2015, pues se trata de una demanda de

inconstitucionalidad en contra de textos normativos que hacen parte de leyes de la República.

Consideraciones previas

Aptitud sustantiva de la demanda en relación con los cargos propuestos

1. El actor considera que los artículos 27 (parcial) de la Ley 1508 de 2012 y 37 (parcial) de la Ley 1753 de 2015, son inconstitucionales por la supuesta vulneración de los artículos 287, 298, 303, 305-2, 314 y 315 de la Constitución, referidos a diferentes garantías constitucionales que integran la autonomía de las entidades territoriales.

El cargo formulado contra la expresión “del orden nacional”, contenida en el párrafo 4º del artículo 37 de la Ley 1753 de 2015, se sustenta en que al establecer que sólo las entidades del orden nacional pueden reconocer derechos reales sobre inmuebles que no se requieran para la prestación del servicio para el cual se desarrolló el proyecto, como componente de la retribución al inversionista privado, se desconoce la autonomía que tienen las entidades territoriales para administrar sus recursos fiscales y, en particular, para servirse de las APP como instrumento para el cumplimiento de sus fines constitucionales.

La censura contra el numeral 6º del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012, consiste en que la prohibición a los mandatarios locales para celebrar contratos de APP durante el último año de gobierno desconoce la autonomía territorial, y específicamente atenta contra la capacidad de autogestión de la que son titulares los alcaldes y gobernadores, la cual es plena durante el periodo para el cual fue elegido el respectivo mandatario. Así pues, el demandante estima que, al impedir que los contratos de APP sean adjudicados en el último año de gobierno, se afecta la efectividad del mandato de los gobernantes locales de las entidades territoriales.

1. A su turno, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, solicitó la declaratoria de inhibición en relación con el cargo formulado en contra del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012, por considerar que no concurren los presupuestos de claridad, especificidad, pertinencia y suficiencia.

Por consiguiente, la Sala debe analizar si los cargos formulados por el demandante cumplen con los requisitos de aptitud previstos por la jurisprudencia para generar un debate constitucional y, en consecuencia, si la Sala puede efectuar el estudio de fondo correspondiente.

1. Al respecto, recuerda la Sala que la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido reiteradamente³, que la acción pública de inconstitucionalidad es una manifestación del derecho fundamental a la participación ciudadana. Específicamente, esta acción constituye un instrumento jurídico valioso, que permite a los ciudadanos defender el poder normativo de la Constitución y manifestarse democráticamente en relación con la facultad de configuración del derecho que ostenta el Legislador (artículos 150 y 114 Superiores)⁴. En efecto, la acción pública de inconstitucionalidad permite que se dé un diálogo efectivo entre el Congreso -foro central de la democracia representativa-; los ciudadanos en ejercicio -de la democracia participativa-, y el Tribunal Constitucional -a quien se encomienda la guarda e interpretación de la Constitución-⁵. Así pues, esta acción desarrolla los principios previstos en los artículos 1º, 2º y 3º de la Carta, que definen a Colombia como un Estado Social de Derecho, democrático y participativo⁶.

Ahora bien, aunque la acción de inconstitucionalidad es pública, popular⁷, no requiere de abogado⁸, ni exige un especial conocimiento para su presentación, el derecho político a interponer acciones públicas como la de inconstitucionalidad, no releva a los ciudadanos de observar unas cargas procesales mínimas que justifiquen debidamente sus pretensiones (artículo 40-6 Superior).

Estos requisitos buscan, de un lado, promover el balance entre la observancia del principio pro actione, -que impide el establecimiento de exigencias desproporcionadas a los ciudadanos que hagan nugatorio en la práctica el derecho de acceso a la justicia para interponer la acción pública enunciada-, y de otro, asegurar el cumplimiento de los requerimientos formales mínimos exigibles conforme a la ley, en aras de lograr una racionalidad argumentativa que permita el diálogo descrito⁹ y la toma de decisiones de fondo por parte de esta Corporación¹⁰.

Desde esta perspectiva, de conformidad con el principio pro actione, las dudas de la

demanda deben interpretarse en favor del accionante¹¹ y la Corte debe preferir una decisión de fondo antes que una inhibitoria¹². Sin embargo, esta Corporación no puede corregir ni aclarar los aspectos confusos o ambiguos que surjan de las demandas ciudadanas¹³, “so pretexto de aplicar el principio pro actione, pues, se corre el riesgo de transformar una acción eminentemente rogada, en un mecanismo oficioso”¹⁴, circunstancia que desborda el sentido del control de constitucionalidad que le compete por vía de acción.

En ese sentido, los presupuestos mínimos a los que se hace referencia buscan¹⁵: (i) evitar que la presunción de constitucionalidad que protege al ordenamiento jurídico se desvirtúe a priori, en detrimento de la labor del Legislador, mediante acusaciones infundadas, débiles o insuficientes; (ii) asegurar que este Tribunal no produzca fallos inhibitorios de manera recurrente, ante la imposibilidad de pronunciarse realmente sobre la constitucionalidad de las normas acusadas, comprometiendo así la eficiencia y efectividad de su gestión; y (iii) delimitar el ámbito de competencias del juez constitucional, de manera que no adelante, de oficio, el control concreto y efectivo de las normas acusadas.

1. El artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, fija los requisitos mínimos de procedibilidad de las demandas de inconstitucionalidad, y exige que los ciudadanos: (i) señalen las disposiciones legales contra las que dirigen la acusación; (ii) delimiten las preceptivas constitucionales que consideran violadas; y (iii) expliquen las razones por las cuales estiman que tales normas superiores han sido desconocidas.

Esta Corporación ha precisado que las razones presentadas por el demandante en el concepto de la violación deben ser conducentes para hacer posible el diálogo constitucional que se ha mencionado. Ello supone el deber para los ciudadanos de “formular por lo menos un cargo concreto, específico y directo de inconstitucionalidad contra la norma acusada, que le permita al juez establecer si en realidad existe un verdadero problema de índole constitucional y, por tanto, una oposición objetiva y verificable entre el contenido literal de la ley y la Carta Política”.¹⁶

1. En particular, la jurisprudencia de la Corte¹⁷ ha determinado que el concepto de la violación requiere que los argumentos de inconstitucionalidad contra las normas acusadas sean: i) claros, esto es, que exista un hilo conductor en la argumentación que permita

comprender el contenido de la demanda y las justificaciones que la sustentan; ii) ciertos, es decir, que recaigan sobre una proposición jurídica real y existente; iii) específicos, en la medida en que se precise la manera como la norma acusada vulnera un precepto o preceptos de la Constitución, con argumentos de oposición objetivos y verificables entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política; iv) pertinentes, lo cual implica que sean de naturaleza constitucional, y no legales y/o doctrinarios; y v) suficientes, al exponer todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio, que despierten una duda mínima sobre la constitucionalidad de la disposición acusada.

1. Expuesto lo anterior, procede la Corte a verificar si en el asunto sometido a su estudio, se cumplen los requisitos de aptitud de la demanda relacionados con el concepto de violación.

El demandante afirma que las normas acusadas desconocen la autonomía de las entidades territoriales debido a que (i) la restricción para contratar en el último año, afecta la efectividad del mandato de los gobernantes locales; y (ii) la previsión que impide el uso de bienes de propiedad de la entidad territorial para pagar las acreencias con el contratista, impone una restricción excesiva e injustificada al derecho que, de acuerdo con el artículo 287 Constitucional, tienen estos entes para administrar sus propios recursos.

La Sala observa que la demanda es clara puesto que la argumentación presenta un hilo conductor lógico y coherente que permite su comprensión; los cargos son ciertos, dado que recaen sobre dos proposiciones jurídicas reales y existentes, como son el numeral 6º del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012 y la expresión “del orden nacional” contenida en el párrafo 4º del artículo 37 de la Ley 1753 de 2015, que disponen que las entidades territoriales no podrán concesionar proyectos de asociación público-privada en el último año de gobierno, ni aportar bienes de su propiedad para el desarrollo de tales proyectos; la demanda también es específica, pues el ciudadano precisó la forma en que las normas demandadas desconocen los artículos 287, 298, 303, 305-2, 314 y 315 de la Carta y estructuró cargos por violación de la autonomía de las entidades territoriales, al restringir la facultad de autogestión de los gobiernos locales; los cargos son pertinentes, por cuanto de

ellos surge la oposición objetiva entre las disposiciones acusadas y el contenido del artículo 287 Superior, que establece los principios de autonomía y descentralización de los que gozan las entidades territoriales para la gestión de sus intereses, es decir, propone un juicio abstracto de constitucionalidad; y (v) son suficientes, porque generan duda sobre la constitucionalidad de las disposiciones censuradas.

1. De conformidad con el análisis anterior, la Sala comprueba que el actor edificó el concepto de violación de la Carta con fundamento en reproches de naturaleza constitucional, serios, objetivos y verificables, con la suficiente entidad para producir una duda mínima y razonable sobre la constitucionalidad de las normas acusadas.

En consecuencia, no le asiste razón al interviniente, puesto que los cargos formulados por el actor en la demanda de la referencia son aptos para generar un pronunciamiento de fondo por parte de esta Corporación.

Solicitud de integración de la unidad normativa

1. En su intervención, el Ministerio Público se refiere al cargo contra el numeral 6º del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012 y propone que se aplique la integración normativa con las disposiciones orgánicas de presupuesto, que establecen restricciones para las vigencias futuras en el último año de gobierno de las entidades territoriales (parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 1438 de 2001 y artículo 12 de la Ley 819 de 2003).

Considera la Vista Fiscal que la integración solicitada es necesaria, pues de no llevarse a cabo, se haría ineficaz la decisión de declarar inexecutable el precepto acusado, que prohíbe la suscripción de contratos de APP en el último año de periodo, debido a que, en la práctica, las normas mencionadas impondrían la misma restricción prevista en la norma acusada. En ese sentido, indica que a través del mecanismo de integración normativa es preciso declarar la constitucionalidad condicionada del parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 1438 de 2001 y el artículo 12 de la Ley 819 de 2003, en el entendido de que “la prohibición de autorización de vigencias futuras en el último año de gobierno de las entidades territoriales no opere para

los proyectos de Asociación Pública Privada (APP) que requieran desembolsos de recursos públicos de las entidades territoriales y solamente para los contratos surgidos con motivo de la Ley 1508 de 2012 y no a las demás tipologías contractuales.”

1. De conformidad con el artículo 241 Superior, a la Corte se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, “en los estrictos y precisos términos de este artículo”. Según el numeral 4º de la norma en cita, corresponde a esta Corporación decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, es decir que, por regla general, la evaluación constitucional de una ley debe ejercerse sólo por vía de acción, esto es, sólo si se presenta una demanda de inconstitucionalidad.

Ahora bien, aunque en principio esta Corporación no es competente para conocer de oficio las disposiciones legales, el inciso 3º del artículo 6º del Decreto 2067 de 1991, dispone que la Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales. En efecto, excepcionalmente este Tribunal puede conocer sobre la constitucionalidad de leyes ordinarias que no son objeto de control previo u oficioso, pese a que contra las mismas no se hubiere dirigido demanda alguna.

La jurisprudencia¹⁸ ha señalado que la integración de la unidad normativa es procedente, exclusivamente, en uno de tres eventos, a saber:

i. Cuando un ciudadano demanda una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que para entenderla y aplicarla, es imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada. En esos casos es necesario completar la proposición jurídica demandada para evitar proferir un fallo inhibitorio.

i. En aquellos casos en los que la disposición cuestionada está reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas. Esta hipótesis pretende evitar que un fallo de

inexequibilidad resulte inocuo.

i. Cuando la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que a primera vista, presenta serias dudas sobre su constitucionalidad. Para que proceda la integración normativa en esta última hipótesis es preciso que concurren dos circunstancias: (1) que la norma demandada tenga estrecha relación con las disposiciones que no fueron cuestionadas y que conformarían la unidad normativa; y (2) que las disposiciones no acusadas parezcan inconstitucionales.¹⁹

1. El Ministerio Público manifestó que la disposición cuestionada está reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas y, en esa medida, procedía la integración de la unidad normativa. Sin embargo, la Sala observa que la solicitud planteada por la entidad interviniente no procede, por dos razones:

En primer lugar, es evidente que la integración no es necesaria para evitar que se adopte un fallo inocuo, de conformidad con la segunda hipótesis prevista por la jurisprudencia para que ésta proceda. En efecto, se trata de dos asuntos que, aunque están relacionados, regulan materias diferentes. El precepto acusado se relaciona con los requisitos para que los entes territoriales suscriban contratos de APP y las normas cuya integración se propone, refieren a temas generales en materia presupuestal, en particular, prevén la posibilidad de que las asambleas o concejos de las entidades territoriales, autoricen la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras.

En ese orden de ideas, los preceptos normativos que trae a colación la Vista Fiscal contienen una limitación general en materia presupuestal y la norma acusada consagra una prohibición particular, referente a la suscripción de contratos de APP en el último año de gobierno. Así pues, es evidente que la disposición acusada no reproduce el contenido de las normas orgánicas del presupuesto, citadas por la entidad interviniente, sino que consagra una prohibición que es coherente con las leyes que fijan las políticas macroeconómicas de la Nación.

En consecuencia, a pesar de que el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 1438 de 2001 y artículo 12 de la Ley 819 de 2003, tienen como finalidad que las entidades territoriales no comprometan vigencias futuras en su último año de gobierno, y el numeral 6º del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012 comparte este mismo objetivo, se trata de normas que regulan materias diferentes, y por lo tanto no tienen una relación que haga imprescindible su integración.

En segundo lugar, el juicio de constitucionalidad formulado por el demandante no cuestiona la validez de la materia presupuestal, ni la posibilidad de comprometer vigencias futuras. En ese sentido, el razonamiento que hace la Procuraduría General de la Nación para concluir la necesidad de la integración solicitada, no se basa en el contenido en la demanda, sino en una nueva acusación, que no puede ser conocida por la Corte porque eso equivaldría a adelantar un control automático sobre las disposiciones que se pretende sean integradas, lo cual atentaría contra el derecho de acceso a la administración de justicia de los ciudadanos, quienes no podrían controvertir la constitucionalidad de tales normas.

Así pues, la Sala considera que en este caso no es procedente la solicitud de integración de la unidad normativa presentada por el Ministerio Público, pues no se presenta alguna de las hipótesis previstas por la jurisprudencia constitucional para el efecto.

Asunto objeto de revisión y problemas jurídicos

1. La demanda que conoce la Corte en esta oportunidad cuestiona la constitucionalidad de los artículos 27 (parcial) de la Ley 1508 de 2012 y 37 (parcial) de la Ley 1753 de 2015, por la supuesta vulneración de los artículos 287, 298, 303, 305-2, 314 y 315 de la Constitución, específicamente de la autonomía de las entidades territoriales.

La Universidad Externado de Colombia y la Federación Colombiana de Municipios, solicitan que se declare la inexequibilidad de las normas demandadas, por considerar que éstas prevén limitaciones que afectan de manera irrazonable y desproporcionada la autonomía de las entidades territoriales. Específicamente indican que: (i) la prohibición a las autoridades

locales para celebrar contratos de APP en el último año de gobierno es excesiva, carece de justificación válida y desconoce la autonomía fiscal de las entidades territoriales, y (ii) la norma que limita la disposición de derechos reales para la retribución al inversionista privado, ignora que el Congreso carece de potestad para definir la destinación los recursos endógenos de las entidades territoriales.

Por su parte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Universidad del Rosario, defienden la constitucionalidad de las disposiciones acusadas. Consideran que la previsión constitucional de autonomía a favor de las entidades territoriales no es incompatible con la posibilidad de que el Legislador la delimite. En cuanto a la restricción para la suscripción de contratos de APP en el último año del gobierno local respectivo, indican que ésta persigue un fin constitucionalmente válido, que consiste en evitar que se empleen inadecuadamente los recursos públicos y que se comprometa el presupuesto de las entidades territoriales para los siguientes periodos, es decir, tiene por objeto proteger el interés general.

En lo que respecta a la restricción para la disposición de derechos reales a favor del inversionista, sostienen que la distinción dispuesta en la norma acusada es razonable, en tanto existen evidentes diferencias en los regímenes aplicables a las entidades territoriales y a la Nación.

Finalmente, el Ministerio Público solicita que se declaren inexecutable las disposiciones acusadas, por considerar que ambas desconocen la autonomía de la que gozan las entidades territoriales para utilizar sus recursos endógenos, sobre los cuales, por regla general, el Legislador tiene prohibido intervenir. Asimismo, indica que no se presentan los presupuestos fijados por la jurisprudencia para que excepcionalmente, la intervención en la destinación de tales recursos sea válida.

1. La Corte considera que conforme a la demanda, las intervenciones y el concepto del Ministerio Público, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿La previsión legal que prohíbe la celebración de contratos de APP en el último año de gobierno del mandatario local, vulnera las normas constitucionales que establecen la autonomía de las entidades territoriales para gobernarse por sus autoridades propias, ejercer

las competencias que le correspondan y gestionar sus propios asuntos?

¿Desconoce el derecho que tienen las entidades territoriales de administrar sus recursos, previsto en el artículo 287-3 de la Constitución, el precepto normativo que determina que los gobiernos locales que suscriban contratos de APP no pueden retribuir al inversionista privado, con derechos reales sobre inmuebles de propiedad de la entidad territorial, que no se requieran para la prestación del servicio para el cual se desarrolló el proyecto?

Para dar solución a las cuestiones planteadas, la Sala: (i) reiterará el precedente sobre la autonomía de las entidades territoriales, en particular los elementos de gestión de los asuntos de su competencia y administración de sus propios recursos; (ii) estudiará el marco normativo de las Asociaciones Público Privadas; y (iii) realizará el análisis de constitucionalidad de las normas acusadas.

La autonomía de las entidades territoriales

1. De conformidad con el artículo 1º de la Constitución, Colombia es un Estado organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales. Lo anterior implica que las entidades descentralizadas territorialmente gozan de autonomía para gestionar sus propios intereses.

Específicamente, el artículo 287 de la Carta se refiere al contenido básico de la autonomía territorial, el cual ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional como su núcleo esencial. Según el artículo en cita, las entidades territoriales son titulares de los siguientes derechos: (i) gobernarse por autoridades propias; (ii) ejercer las competencias que les correspondan; (iii) administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; y (iv) participar en las rentas nacionales.

Las prerrogativas que se derivan de la autonomía que se confiere a las entidades territoriales, se ejercen en los términos establecidos en la Constitución y la ley, y en este sentido, no son de carácter absoluto. En efecto, el Legislador puede limitarlas, condicionarlas o restringirlas, cuando esté autorizado por otra disposición constitucional, siempre que tal limitación no afecte el núcleo esencial de la autonomía, y resulte necesaria, útil, y

proporcionada al fin constitucional que se busca alcanzar.²⁰

1. En este sentido, la Corte ha establecido que corresponde al Legislador diseñar el modelo institucional del ejercicio del poder público en el territorio, y le está proscrito instituir reglas que limiten la autonomía de las entidades territoriales a tal punto que sólo desde una perspectiva formal o meramente nominal, pueda afirmarse que tienen capacidad para la gestión de sus propios intereses.²¹

Así pues, es preciso buscar un equilibrio entre la unidad y la autonomía, el cual se logra mediante un sistema de limitaciones recíprocas: de una parte, la autonomía está limitada por el principio de unidad, en virtud del cual, debe existir “uniformidad legislativa en lo que tenga que ver con el interés general nacional, puesto que la naturaleza del Estado unitario presume la centralización política, que exige unidad en todos los ramos de la legislación y en las decisiones de política que tengan vigencia para todo el territorio nacional, así como una administración de justicia común”²²; y de otra, la unidad encuentra un límite en el núcleo esencial de la autonomía territorial, que consiste en el margen de gestión que el Constituyente y el Legislador garantizan a las entidades territoriales para que planeen, programen, dirijan, organicen, ejecuten, coordinen y controlen sus actividades, en aras del cumplimiento de las funciones y fines del Estado. ²³

Entonces, el Legislador está autorizado para fijar el alcance de la autonomía territorial, dentro de los límites mínimos y máximos que señala la Constitución, esto es, el núcleo esencial y el carácter unitario del Estado.²⁴ Concretamente, corresponde a la ley definir los intereses nacionales, y para ello puede intervenir en los asuntos locales siempre que no se trate de materias de competencia exclusiva de las entidades territoriales. En ese orden de ideas, deberá armonizar los intereses de las autoridades en los distintos niveles, los cuales, según el artículo 288 Superior, ejercen sus competencias dentro de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

En particular, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, en materia presupuestal, el Legislador cuenta con una mayor potestad para intervenir sobre los asuntos atinentes a la administración territorial. En efecto, por mandato del artículo 334 Superior, la dirección general de la economía corresponde al Estado y, en particular, al Congreso como titular de la

función legislativa nacional, al gobierno y al Banco de la República. En ese sentido, es a través de las leyes que se fijan las políticas macroeconómicas de la Nación, por lo que la autonomía de las entidades territoriales no puede imposibilitar el adecuado diseño de tales políticas²⁵.

Autonomía territorial en materia de disposición de recursos

No obstante, como ya se dijo, la facultad de la que gozan las entidades territoriales para definir autónomamente el presupuesto de gastos e inversiones, está limitada. Así, el Legislador tiene injerencia en el ejercicio del derecho de las entidades territoriales para administrar sus propios recursos y, en esa medida, en la selección de los objetivos económicos, sociales o políticos a los cuales deban estar destinados los recursos públicos de su propiedad.

En relación con este tema, la Corte ha diferenciado los recursos que provienen de fuentes exógenas y endógenas de financiación.

Los primeros, son los recursos que se originan en fuentes exógenas de financiación, tales como las transferencias de recursos a los departamentos y municipios, las rentas cedidas, los derechos de participación en las regalías y compensaciones, y los recursos transferidos a título de cofinanciación. Sobre este tipo de recursos el Legislador tiene mayor injerencia, pues puede definir su destinación.²⁶

Los segundos hacen referencia a los recursos propios de las entidades territoriales, los cuales “deben someterse en principio a la plena disposición de las autoridades locales o departamentales correspondientes, sin injerencias indebidas del legislador”²⁷. Se trata de los rendimientos que provienen de la explotación de los bienes que son de propiedad exclusiva de las entidades territoriales o las rentas tributarias que se obtienen en virtud de fuentes tributarias propias.

En este sentido, el artículo 362 de la Carta Política determina que los bienes y rentas tributarias o provenientes de la explotación de monopolios de las entidades territoriales, son de su propiedad exclusiva y gozan de las mismas garantías que la propiedad y renta de los

particulares.

Así pues, la intervención del Legislador respecto de la destinación de los recursos provenientes de fuentes endógenas es limitada, pues sólo excepcionalmente el Legislador puede intervenir en el manejo de los recursos propios de los entes territoriales, cuando existan ciertas condiciones que así lo justifiquen.

En ese sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha identificado eventos concretos en los que resulta legítima, desde una perspectiva constitucional, la intervención del legislativo en la destinación de los recursos propios de las entidades territoriales. Esta posibilidad concurre cuando (i) la intervención es señalada expresadamente por la Constitución; (ii) la medida es necesaria para proteger el patrimonio de la Nación, es decir, para conjurar amenazas sobre los recursos del presupuesto nacional; (iii) la intervención resulta conveniente para mantener la estabilidad económica interna y externa; y (iv) las condiciones sociales y la naturaleza de la medida así lo exijan, por trascender el ámbito simplemente local o regional.²⁸

En todo caso, la intervención legislativa deberá someterse a los criterios de necesidad, utilidad y proporcionalidad en relación con el fin constitucional buscado por el Legislador. Si una norma desconoce los requisitos mencionados, viola la Constitución.²⁹

Autonomía territorial en materia de planeación

1. La planeación es el instrumento mediante el cual se definen las políticas que se implementarán para cumplir los fines estatales, al señalar los elementos indispensables para la ordenada ejecución de las obras y la prestación de los servicios en un período determinado. De esa manera se evita la improvisación y se proyecta el aprovechamiento máximo de los recursos disponibles³⁰.

La Constitución otorga autonomía a los departamentos y municipios para la planificación y promoción del desarrollo económico y social de sus economías y territorios. En efecto, en atención al reconocimiento de la diversidad y al hecho de que las autoridades locales son quienes mejor conocen las necesidades de los administrados, la Constitución faculta a las

entidades territoriales para elaborar sus planes de desarrollo.

Así, las entidades territoriales elaboran sus planes de desarrollo (los cuales deben concordar con el Plan Nacional, en virtud del principio de unidad), de acuerdo con el programa de gobierno del gobernador o del alcalde. Al respecto la Corte ha determinado que “los candidatos se tornan planificadores y consolidan propuestas que contienen los programas y proyectos que a su entender responden a las expectativas y necesidades de la comunidad, y ésta, a través del voto, manifiesta cuál de ellas es la que efectivamente corresponde a sus aspiraciones.”³¹

1. Ahora bien, la planificación de la que son titulares las entidades territoriales no es absoluta, pues tanto los planes de desarrollo económico expedidos por las asambleas departamentales (artículos 300-2, 330-33, 305-4 Superiores), como el proyecto de presupuesto anual presentado por el alcalde al concejo y aprobado por este último (artículos 315-5 y 313-2 de la Carta Política), deben corresponder a lo que disponga la ley.

En esa medida, las entidades territoriales gozan de autonomía para planificar y ésta se expresa en el hecho de que todo el procedimiento es de competencia local y seccional. Sin embargo, la planeación a la que se hace referencia obedece a parámetros fijados por la ley, de manera que se presenta la injerencia ex-ante del nivel central, que consiste en la fijación de las pautas generales.³²

Sobre la injerencia del nivel central en la planeación que hacen las entidades territoriales, en la sentencia C-192 de 1997 la Corte determinó que “[e]l principio de la autonomía presupuestal, en el lado opuesto, ofrece a las entidades territoriales la separación financiera así sea nominal, que es el inicio del proceso autonómico. Esta libertad relativa se verá menguada en aras de conseguir una hacienda pública coherente, coordinada, en la cual la contabilidad, los procedimientos de elaboración del presupuesto, de aprobación, ejecución y control del mismo respondan a patrones comunes”.

Las Asociaciones Público Privadas en la Ley 1508 de 2012

1. La Ley 1508 de 2012³³ instituye las asociaciones público privadas y las define como un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializa en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado. El negocio jurídico que se celebra se caracteriza porque tiene por objeto proveer bienes públicos y servicios relacionados, involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes, y prevé mecanismos de pago relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio del objeto del contrato (artículo 1º).

De conformidad con la exposición de motivos del proyecto de ley que dio origen a la normativa en cita³⁴, ésta tiene como finalidad generar las “(...) condiciones adecuadas y los incentivos correctos a los inversionistas, para desarrollar proyectos que vinculen capital privado en diferentes sectores de la economía nacional y que potencien el uso del mercado de capitales como fuente de financiamiento.”

En este orden de ideas, el Legislador tuvo como finalidad contar con la financiación del sector privado para posibilitar el desarrollo de infraestructura por medio de una relación contractual que: (i) evitara que se generara un impacto a la deuda pública; (ii) transfiriera los riesgos de forma eficiente, y de ese modo posibilitara el ahorro de recursos públicos a largo plazo; (iii) respondiera a las necesidades de orden nacional y territorial, de contar con financiación alternativa para la construcción, modernización, operación y mantenimiento de la infraestructura, así como de la prestación de servicios complementarios; (iv) contribuyera al desarrollo del mercado de capitales colombiano; y (v) dinamizara los procesos de innovación, tanto en la construcción, como en la operación y mantenimiento de la infraestructura y sus servicios relacionados.

De conformidad con el artículo 3º de la Ley 1508 de 2012, ésta es aplicable a aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y edificación de infraestructura y sus servicios asociados, su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, o la prestación de servicios públicos. Sólo se podrán realizar proyectos bajo esquemas de Asociación Público Privada cuando el monto de inversión sea superior a 6.000 SMLMV.

La ley establece dos formas de asociación público privada: de iniciativa pública y de iniciativa privada. Las APP de iniciativa privada se diferencian de las de iniciativa pública, en tanto en

las primeras los particulares estructuran el proyecto por su propia cuenta y riesgo, asumen la totalidad de los costos de la estructuración, y los presentan de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes. En las APP de iniciativa pública, la entidad que invita a participar cuenta con los estudios requeridos para la celebración del contrato.

1. Las normas acusadas en esta oportunidad hacen parte de la Ley 1508 de 2012. El párrafo 4º del artículo 5º, se aplica a los proyectos de APP de iniciativa pública y el artículo 27 es una disposición común a los proyectos de APP de iniciativa pública y privada. A continuación se definirá el alcance y contenido de ambas disposiciones.

Alcance de los contenidos normativos acusados

1. El artículo 5º de la Ley 1508 de 2012, modificado por el artículo 37 de la Ley 1753 de 201535, se titula “Derecho a retribuciones” y establece que “[e]l derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público-privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento. (...)”.

Además, la disposición en cita tiene 6 párrafos, que prevén una serie de autorizaciones a las autoridades para pactar ciertas formas de retribución con el contratista. Dentro de tales autorizaciones se encuentra el párrafo 4º acusado, el cual establece lo siguiente:

El Gobierno reglamentará las condiciones bajo las cuales se realizará el reconocimiento de los derechos reales y de explotación sobre inmuebles, garantizando que su tasación sea acorde con su valor en el mercado y a las posibilidades de explotación económica del activo. Adicionalmente, se incluirán en dicha reglamentación las condiciones que permitan que el inversionista privado reciba los ingresos de dicha explotación económica o enajenación, condicionados a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de los estándares de

calidad y niveles de servicio pactados.” (Negritillas fuera del texto original)

Del texto transcrito se evidencia que la norma prevé una autorización para que, como forma de retribución al inversionista privado, las entidades del orden nacional reconozcan derechos reales sobre inmuebles distintos de los requeridos para la prestación del servicio para el cual se desarrolló el proyecto.

En ese orden de ideas, la expresión “del orden nacional” evidencia que las entidades territoriales están excluidas de la autorización legal prevista en el párrafo 4º del artículo 5º y, en esa medida, existe una prohibición para que éstas retribuyan al inversionista privado con el reconocimiento de derechos reales sobre inmuebles de su propiedad, en los términos de la norma.

Además, apoya la interpretación descrita el hecho de que los demás párrafos de la norma acusada prevén otras formas de retribución (tales como aportes en especie, la retribución por unidades funcionales, la retribución por etapas, la entrega de infraestructura, y las unidades funcionales de tramos de túneles o de vías férreas), y todos ellos hacen referencia a las “entidades estatales”, esto es, autorizan tanto a las entidades del orden nacional, como a las del orden territorial. En consecuencia, se evidencia que la expresión “del orden nacional” es exclusiva del párrafo 4º de la norma acusada, de tal manera que el Legislador efectivamente excluyó a las entidades territoriales de la autorización consagrada en tal párrafo.

Así pues, tal y como lo afirma el demandante, la exclusión que subyace a la expresión acusada comporta una prohibición para las entidades territoriales de transferir el derecho de dominio de los bienes de su propiedad que no tengan relación con la prestación del servicio contratado, como retribución para el contratista.

1. De otra parte, el artículo 27 de la Ley 1508 de 2012, establece una serie de “requisitos para proyectos de asociación público privada que requieren desembolsos de recursos públicos en entidades territoriales”. La norma establece lo siguiente:

“En las entidades territoriales el desarrollo de este tipo de proyectos se registrá, además, por

las siguientes reglas: (...)

6. No se podrá celebrar este tipo de contratos durante el último año de gobierno.

(...)” (Negrillas fuera del texto original)

El texto resaltado consagra la prohibición expresa para las autoridades territoriales de celebrar contratos en el último año de gobierno. Cabe aclarar que algunos intervinientes, e incluso el demandante en algunos apartes, equivocadamente afirmaban que la proscripción objeto de reproche impedía la ejecución de contrato en ese lapso.

Es preciso aclarar que esa interpretación no puede ser derivada del tenor literal de la norma acusada, en la medida en que ésta hace referencia expresa a un acto jurídico concreto que corresponde a la celebración del contrato. En consecuencia, dado que el sentido de la ley es claro, la Sala Plena atenderá su tenor literal y analizará el cargo propuesto por el demandante de conformidad con la interpretación en mención.

1. Una vez definido el contenido y alcance de las normas acusadas, pasa la Sala a analizar los cargos formulados.

Análisis de los cargos formulados

El numeral 6º del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012 no desconoce la Constitución

1. El actor demanda el numeral 6º del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012, por estimar que la prohibición a los mandatarios locales para celebrar contratos de APP durante el último año de gobierno, desconoce la autonomía territorial y, específicamente, atenta contra la capacidad de autogestión de la que son titulares los alcaldes y gobernadores, la cual es plena durante el periodo para el cual fue elegido el respectivo mandatario. En ese sentido, el demandante estima que, al impedir que los contratos de APP sean adjudicados en el último año de gobierno, se afecta la efectividad del mandato de los gobernantes locales.

Es preciso aclarar que, tal y como se indicó en el fundamento jurídico 21, del tenor literal de la norma se deriva que la prohibición dirigida a las autoridades locales, se refiere específicamente a la celebración de contratos de APP y no a otro tipo de actos jurídicos como es la ejecución. Así pues, la norma no anula la posibilidad de ejecutar los contratos de APP, sino que prohíbe su suscripción en el último año de gobierno.

Ahora bien, la Sala disiente de la posición del demandante, pues la restricción contenida en la disposición acusada se fundamenta en dos razones que la justifican desde una perspectiva constitucional.

1. Primero, la prohibición consagrada en la norma corresponde al régimen constitucional del presupuesto. En efecto, uno de los principios básicos del sistema presupuestal es el de planeación y, tal y como lo resaltó el Ministerio de Hacienda en su intervención, la legislación orgánica sobre la materia impone restricciones similares, que tienen como fundamento la necesidad de que el gasto público se ajuste a la vigencia de los planes de gobierno.

En ese orden de ideas, la limitación para suscribir contratos de APP responde a la restricción para el compromiso de vigencias futuras en el último año de gobierno de las autoridades locales, prevista en los artículos 12 de la Ley 819 de 200336 “por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones” y 1º de la Ley 1483 de 201137 “por medio de la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal para las entidades territoriales”.

En efecto, según la jurisprudencia de esta Corporación, reiterada en el fundamento jurídico 18 de esta sentencia, a pesar de que las entidades territoriales cuentan con autonomía para elaborar sus planes de desarrollo y ejecutar sus programas de gobierno, ésta no es absoluta. Específicamente, el derecho a la planeación del cual son titulares las entidades territoriales, debe ceñirse a parámetros fijados por la ley, de manera que la autonomía presupuestal admite la injerencia ex-ante del nivel central, que consiste en la fijación de pautas generales.

En efecto, la libertad en mención es relativa, pues debe responder a normas generales que tienen por objeto una política macroeconómica coherente, coordinada, en la cual la contabilidad, los procedimientos de elaboración del presupuesto, de aprobación, ejecución y

control del mismo respondan a patrones comunes (sentencia C-192 de 1997). En este sentido, la norma objeto de reproche se adecúa a la política presupuestal adoptada a nivel central y corresponde a una prohibición recurrente en las leyes de esta naturaleza, que tiene como finalidad que las entidades territoriales no comprometan vigencias futuras en su último año de gobierno.

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

1. Segundo, la prohibición responde a la necesidad de evitar que la autonomía de los gobiernos subsiguientes se vea afectada desproporcionadamente a partir del compromiso excesivo de vigencias futuras. En efecto, para la Sala resulta razonable que cuando reste la cuarta parte del periodo del alcalde o gobernador, se prohíba suscribir nuevos contratos de APP, pues de esa forma se realiza el principio de planeación que rige, tanto los planes de desarrollo locales, como la planeación a nivel central.

Lo anterior demuestra, además, que lo que en apariencia comporta la restricción a la autonomía territorial, constituye una garantía para proteger la ejecución presupuestal del próximo gobierno local. Así, de conformidad con los fundamentos jurídicos 17 y 18 de esta sentencia, las autoridades locales cuentan con autonomía para definir su propio sistema de ingresos y gastos, el cual es necesario para ejecutar su programa de gobierno. En ese orden de ideas, la norma no sólo pretende que se acompase la planeación a nivel local con el sistema central, sino que también protege la facultad de autogobierno del mandatario siguiente.

En efecto, el artículo 259 Superior establece que el voto por los gobernadores o alcaldes es programático, es decir, el elector impone al elegido por mandato el programa que presentó. Así pues, las entidades territoriales elaboran su propio plan de desarrollo de conformidad con el programa de gobierno de los mandatarios locales, por lo que, al proteger la autonomía del próximo gobierno, la norma acusada garantiza la efectividad del sistema democrático

participativo, pues permite que se ejecute el programa impuesto por los electores a los alcaldes y gobernadores.

1. De acuerdo con los principios constitucionales señalados y la jurisprudencia de esta Corporación, el Legislador está facultado para prohibir la celebración de contratos de asociaciones público privadas en el último año de gobierno de las autoridades territoriales.

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

La expresión contenida en el párrafo 4º del artículo 37 de la Ley 1753 de 2015 transgrede el artículo 287 Superior

1. El ciudadano demanda la expresión “del orden nacional”, contenida en el párrafo 4º del artículo 37 de la Ley 1753 de 2015, por considerar que al establecer que sólo las entidades del orden nacional pueden reconocer derechos reales sobre inmuebles que no se requieran para la prestación del servicio para el cual se desarrolló el proyecto, como componente de la retribución al inversionista privado, se desconoce la autonomía que tienen las entidades territoriales para administrar sus recursos fiscales y, en particular, para servirse de las APP como instrumento para el cumplimiento de sus fines constitucionales.

La Sala comparte la tesis del accionante, pues la autorización a las entidades del orden nacional para transferir el derecho real de dominio sobre bienes de su propiedad (es decir,

recursos propios) como retribución al contratista, comporta la prohibición a las entidades territoriales para que hagan uso de este tipo de remuneración.

Así pues, la expresión acusada excluye, sin ninguna justificación válida, a las entidades territoriales de la posibilidad de decidir sobre la enajenación de bienes que les son propios, para efectos de la retribución a favor del inversionista privado en las APP. En ese orden de ideas, la prohibición que acarrea la expresión acusada comporta una restricción al uso de los recursos endógenos de las entidades territoriales, sin que se evidencie ninguna de las causales que ha identificado la jurisprudencia constitucional para que excepcionalmente el sector central interfiera en las decisiones sobre el uso de los recursos de propiedad de aquellas entidades.

En efecto, la proscripción que acarrea la expresión acusada no responde a las hipótesis en las cuales resulta legítima la intervención del legislativo en la destinación de los recursos endógenos de las entidades territoriales, pues:

i. La intervención no está autorizada expresamente por la Constitución, debido a que no existe una disposición constitucional que ordene al Legislador restringir la disposición de los derechos reales que las entidades territoriales detentan sobre los inmuebles de su propiedad;

i. La medida no es necesaria para proteger el patrimonio de la Nación. En efecto, de la exposición de motivos y los debates en el Congreso no se evidencia que el propósito de la restricción de la norma acusada sea proteger el patrimonio de la Nación. Particularmente, la Ley 1508 de 2012 tiene como finalidad regular un tipo de asociación para el desarrollo de obras públicas y la prestación de servicios de manera eficiente, y específicamente prever una relación contractual que respondiera a las necesidades de orden nacional y territorial, de contar con financiación alternativa.

i. La injerencia no tiene relación con la estabilidad económica interna ni externa, en la medida en que ésta recae sobre los derechos reales de bienes inmuebles de los cuales es titular la entidad territorial, y prima facie, su disposición no tendría la entidad suficiente para afectar la estabilidad económica; y

i. Las condiciones sociales y la naturaleza de la medida no trascienden el ámbito simplemente local o regional, por la razón expuesta en el punto anterior.

En concordancia con lo anterior, la Sala advierte que no concurre ninguna de las circunstancias en las cuales, excepcionalmente, resulta válida la intervención del Legislador en la disposición de recursos endógenos de las entidades territoriales. Por consiguiente, no hay lugar a analizar si la intervención legislativa corresponde a los criterios de necesidad, utilidad y proporcionalidad en relación con el fin constitucional buscado por el Legislador, comoquiera que no se probó la existencia de dicha finalidad.

En conclusión, la norma acusada es inconstitucional, en tanto establece una limitación a la facultad de disponer de los derechos reales de los bienes propios de las entidades territoriales para la retribución al inversionista privado, a pesar de que en este caso no existía ninguna razón que justificara la injerencia del Congreso en la destinación de sus recursos endógenos. Así pues, la disposición viola los artículos 287-3 y 362 de la Constitución, que establecen el derecho que tienen tales entidades para administrar sus propios recursos y la garantía sobre la propiedad de los bienes de las entidades territoriales.

Conclusiones

1. Del análisis realizado, se derivan las siguientes conclusiones:

i. La previsión legal que prohíbe la celebración de contratos de APP en el último año de gobierno del mandatario local, no vulnera las normas constitucionales que establecen la autonomía de las entidades territoriales para gobernarse por sus autoridades propias, ejercer

las competencias que le correspondan y gestionar sus propios asuntos.

Contrario a lo que afirma el accionante, la restricción para la suscripción de contratos de APP en el último año del gobierno local respectivo, persigue fines constitucionalmente válidos, que consisten en armonizar la política macroeconómica con los planes de gobierno locales, y respetar el principio de autogobierno de los mandatarios siguientes.

i. El precepto normativo que determina que los gobiernos locales que suscriban contratos de APP no pueden retribuir al inversionista privado con derechos reales sobre inmuebles de propiedad de la entidad territorial, que no se requieran para la prestación del servicio para el cual se desarrolló el proyecto, desconoce el derecho que tienen las entidades territoriales de administrar sus recursos, previsto en el artículo 287-3 de la Constitución.

En efecto, la norma que limita la disposición de derechos reales para la retribución a inversionistas privados y de ese modo ignora que por regla general el Congreso carece de potestad para definir la destinación de los recursos endógenos de las entidades territoriales, y en este caso no existía ninguna razón que justificara su injerencia en la disposición de los bienes propios de las entidades locales.

1. Conforme a lo expuesto, la Corte declarará (i) exequible el numeral 6º del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012 “por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”; e (ii) inexecutable la expresión “del orden nacional”, contenida en el párrafo 4º del artículo 37 de la Ley 1753 de 2015 “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 ‘Todos por un nuevo país’”.

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLE, por el cargo analizado en esta sentencia, el numeral 6º del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012 “por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”.

SEGUNDO.- Declarar INEXEQUIBLE la expresión “del orden nacional”, contenida en el párrafo 4º del artículo 37 de la Ley 1753 de 2015 “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 ‘Todos por un nuevo país’”.

Cópiese, notifíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Presidente

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Magistrado (e.)

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con impedimento aceptado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS

Magistrado (e.)

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e.)

1 Folio 9.

2 La intervención es suscrita por el profesor Hugo Andrés Arenas Mendoza.

3 Ver entre otras las sentencias C-1095 de 2001, C-1143 de 2001, C-041 de 2002, A. 178 de 2003, A. 114 de 2004, C-405 de 2009, C-761 de 2009 y C-914 de 2010.

4 Corte Constitucional. Sentencia C-330 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

5 Ibídem.

6 Corte Constitucional. Sentencia C-128 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

7 Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.

8 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C -978 de 2010. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

9 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-1052 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

10 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-405 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

11 Cfr. Sentencia C-533 de 2012. M.P. Nilson Pinilla Pinilla, C-100 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa y C-978 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

12 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C -978 de 2010. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Ver también la sentencia C-533 de 2012. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

13 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.

14 Corte Constitucional. Sentencia C-304 de 2013, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

15 Corte Constitucional. Sentencia C-856 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas

17 Ver, entre otros, auto 288 de 2001 y sentencias C-1052 de 2001 y C-568 de 2004, todas las providencias con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, y C-980 de 2005, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

18 Ver sentencia C-539 de 1999; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Reiterada en las sentencias C-043 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-603 de 2016 (M.P. María Victoria Calle Correa).

19 Ver sentencia C-539 de 1999; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

20 Ver sentencias C-219 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y C-447 de 1998 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

21 Sobre el particular, se pueden consultar las sentencias C-720 de 1999 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y C-579 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

22 Ver sentencia C-579 de 2001; M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

23 Sentencia C-1258 de 2001; M.P. Jaime Córdoba Triviño.

24 Ibídem.

25 Sentencia C-579 de 2001; M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

26 Sentencia C-447 de 1998; M.P. Carlos Gaviria Díaz.

27 Sentencia C-219 de 1997; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

28 Ver sentencia C-089 de 2001 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), reiterada en la sentencia C-925 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

29Ibídem.

30 Sentencia C-089 de 2001; M.P. Alejandro Martínez Caballero.

31 Sentencia C-538 de 1995; M.P. Fabio Morón Díaz.

32 Sentencia C-478 de 1992; M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

33“[P]or la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”.

34 Proyecto de ley 160 de 2011 – Senado y 144 de 2011 – Cámara. Gaceta del Congreso 823 del 3 de noviembre de 2011.

35“[P]or la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 ‘Todos por un nuevo país’.”

36ARTÍCULO 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:

(...)

c) Cuando se trate de proyectos que conlleven inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.

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

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

PARÁGRAFO transitorio. La prohibición establecida en el inciso anterior no aplicará para el presente período de Gobernadores y Alcaldes, siempre que ello sea necesario para la ejecución de proyectos de desarrollo regional aprobados en el Plan Nacional de Desarrollo.”
(Negrillas fuera del texto)

37ARTÍCULO 1o. “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:

(...)

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

PARÁGRAFO 2o. El plazo de ejecución de cualquier vigencia futura aprobada debe ser igual al plazo de ejecución del proyecto o gasto objeto de la misma.” (Negrillas fuera del texto)