



Concepto Sala de Consulta C.E. 1371 de 2001 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CELEBRACIÓN DE CONTRATOS - Alcalde requiere autorización del concejo para celebrarlos / CONCEJO MUNICIPAL - Autorización al alcalde para contratar / ALCALDE MUNICIPAL - Requiere autorización del concejo para contratar / CONTRATACIÓN MUNICIPAL - Competencia del concejo municipal / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO - Generada en la omisión de requisitos o formalidad exigido por la ley / PLAN DE DESARROLLO - Trámite para obtener autorización del concejo para celebrar contratos

El concejo municipal de Santiago de Cali, mediante Acuerdo No. 074 del 28 de diciembre de 2000, aprobó el presupuesto del Municipio para la vigencia fiscal de 2001. El Acuerdo mencionado fija el presupuesto de rentas y gastos del municipio de Santiago de Cali para esa vigencia fiscal y, por tanto, contiene una primera parte en la cual se especifican los rubros correspondientes a los ingresos del municipio y a los de los establecimientos públicos y, en la segunda parte, se especifican en grandes rubros las apropiaciones para atender los gastos de la correspondiente vigencia fiscal, la cual se distribuye en funcionamiento, inversión y deuda pública y saneamiento fiscal y financiero. La autorización de que trata el artículo 313, numeral 3, de la Carta, como ya se dijo, debe ser expresa, así sea general o para un determinado tipo de contratos, temporal o indefinida, y ella no consta ni se deduce del articulado de la normatividad presupuestal analizada. El Plan de Desarrollo vigente, debido a su no aprobación por el concejo dentro del mes siguiente a su presentación no contiene autorización alguna para contratar, toda vez que fue adoptado por el alcalde mediante decreto 354 de 2001. A su vez el anterior Plan, contenido en el acuerdo 05 de 1998, que preveía en el artículo 22 expresas autorizaciones para celebrar contratos tendientes a su ejecución, ante la adopción del nuevo, quedó sin efecto en todas sus partes. Por lo anterior, la Sala reitera que ante la inexistencia de facultades para adelantar el Plan de Desarrollo, corresponde al alcalde ejercer su facultad privativa de presentar el respectivo proyecto de acuerdo y obtener las autorizaciones que estime necesarias, según lo dispone el parágrafo 1º. del artículo 71 de la ley 136 de 1994. Pero no podrá el alcalde celebrar contratos sin la autorización correspondiente de la corporación, puesto que ello da lugar a la nulidad absoluta de los contratos, según el artículo 44 de la ley 80 de 1993, que remite en su primer inciso a los casos previstos en el derecho común. Así, serían aplicables los artículos 1.740 y, en particular, el 1.741 del Código Civil. De este modo, la ausencia de autorización genera nulidad absoluta de manera bifronte: por una parte, por la omisión de un requisito que, como el señalado, la ley prescribe para reconocer validez a los contratos celebrados por los alcaldes; de lo cual se sigue, por la otra, la incompetencia del funcionario en mención para suscribir contratos sin la aquiescencia formal, previa y expresa del concejo municipal.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación con oficio 3218 de 18 de diciembre de 2001.

CELEBRACIÓN DE CONTRATO - Responsabilidad penal contractual / INDEBIDA CELEBRACIÓN DE CONTRATO - Se tipifica frente a alcalde que contrata sin autorización del concejo / CONCEJO MUNICIPAL - Responsabilidad penal del alcalde que contrata sin autorización del concejo / RESPONSABILIDAD PENAL - Frente al contratista, interventor, consultor y asesor derivada de la celebración indebida de contratos / PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Responsabilidad de quienes intervienen en la actuación contractual

La ley 80 de 1993 destina un capítulo especial a la responsabilidad contractual, y, dentro de ella, dispone la responsabilidad a cargo de las entidades por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y causen perjuicios a los contratistas (art. 50); pero también establece para los servidores públicos responsabilidad disciplinaria, civil y penal, por sus acciones y omisiones en la actuación contractual. El principio de legalidad que rige la actividad de la contratación, comprende el de la responsabilidad de quienes intervienen en la actuación contractual -art.4º., num. 7º. de la ley 80 de 1993. además el artículo 26 del mismo estatuto determina el alcance específico del principio de responsabilidad, tanto respecto de los servidores públicos como de los contratistas, que también está previsto, de manera general, en la ley 136 de 1994, artículo 5º., ordinal e. para efectos de la consulta la Sala se limita a la responsabilidad penal. El Código Penal establece dentro de las conductas delictivas de indebida celebración de contratos, la del contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, que tipifica en el artículo 410. Dicha responsabilidad penal también es aplicable al contratista, interventor, consultor y asesor, en virtud de lo dispuesto por el artículo 56 de la ley 80, que para dicho efecto los considera particulares que cumplen funciones públicas en cuanto hace relación con la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales. De lo anterior resulta que, en principio, celebrar un contrato sin la debida autorización del concejo municipal constituye una violación al principio de legalidad y, de conformidad con la norma transcrita, se incurre en la celebración indebida de contratos; sin embargo, en cada caso la jurisdicción competente analizará el elemento de antijuridicidad y dolo, como elementos de la conducta sancionable de conformidad con el ordenamiento penal.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada su publicación con oficio 3218 de 18 de diciembre de 2001.

[Ver el Concepto del Consejo de Estado 1889 de 2008](#)

CONSEJO DE ESTADO

Consejero ponente: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO

Bogotá, D.C., quince (15) de noviembre de dos mil uno (2001)

Radicación número: 1371

Actor: MINISTERIO DEL INTERIOR

Referencia: Autorización del concejo municipal al alcalde para contratar.

El Señor Ministro del Interior, por solicitud del Alcalde de Santiago de Cali, requiere concepto de la Sala sobre aspectos relacionados con la exigencia de autorización del concejo municipal, en virtud de que en el presupuesto aprobado para la actual vigencia no se incluyó autorización expresa para celebrar los contratos necesarios para su ejecución, pero sí reglas claras de contratación.

En consecuencia formula los siguientes interrogantes:

1. "Las normas contenidas en el Acuerdo No. 74 de diciembre 28 de 2000 mediante el cual se aprobó el presupuesto del Municipio para la vigencia fiscal de 2001, pueden considerarse normas de contratación, tales como los artículos 8, 10, 46, 47 y 52 y serán suficientes para que el Alcalde pueda celebrar contratos válidamente, pudiendo entender que tiene incluida la autorización del Concejo para contratar?"
2. "Si el Concejo Municipal se niega a conceder las autorizaciones para contratar, cómo podrá el Alcalde cumplir las funciones del Municipio, ejecutar su presupuesto y cumplir el Plan de Desarrollo?"
3. "Las autorizaciones de que trata el artículo 313 numeral 3º de la Constitución Política, se pueden interpretar para todo tipo de contrato o solamente se requieren cuando la Ley expresamente lo exija dependiendo del contrato, verbigracia el de Concesión?"
4. La falta de autorización del concejo municipal para contratar por parte del alcalde, puede dar lugar a incurrir en el delito de celebración indebida de contrato?"

CONSIDERACIONES

1. Contratación Estatal

La Constitución Política otorgó al Congreso la facultad de expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional (art. 150, último inciso), con lo cual se unificó la actividad contractual para todos los niveles, tanto central y descentralizada territorialmente y por servicios, que se encuentra desarrollada en la ley 80 de 1993 -Estatuto General de Contratación de la Administración Pública-. Pero también la propia Carta, dentro de las competencias de dicha Corporación, determinó en el numeral 9 ibídem, la función específica de conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales.

La Corte Constitucional expresó respecto del tratamiento de la contratación en la Carta Política:

"Haciendo una interpretación sistemática de la Carta se advierte que en tres apartes diferentes de un mismo artículo (el 150) se trazan los lineamientos del régimen normativo de contratación de la Nación.

8. Primero, el estatuto contractual está previsto en el inciso final del artículo 150 de la Carta.

Allí se dice: Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.

Se observa que esta norma tiene dos partes: de un lado debe haber un estatuto general de contratación -1ª parte- y de otro lado debe existir un estatuto especial de contratación para la Nación -2ª parte-.

La primera parte estaría entonces destinada a todo el Estado, esto es, a todas las entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, mientras que la segunda sólo se dirige al nivel nacional.

El marco territorial de la nueva Constitución, establecido en el artículo primero de la Carta, dice que Colombia es una república unitaria pero con autonomía de sus entidades territoriales. Así, en tanto que unitaria, el Congreso legisla centralizadamente sobre los principios generales en materia de planeación, presupuesto, tributos, crédito, contratación y control fiscal para adecuar la normación de todos los niveles de gobierno de la República. Y en tanto que autónomas, las entidades territoriales gozan de facultades constitucionales para estatuir sin injerencia sobre el cumplimiento de los mismos fines del Estado, pero sin desconocer el marco normativo general establecido por el Congreso.

...

Como se podrá observar, el artículo 150 inciso final contiene una autorización general, impersonal, no individualizada para la celebración de un contrato cuyo objeto sea la satisfacción de las necesidades del funcionamiento del servicio bajo ciertas condiciones.

...

La autorización especial de que trata el artículo 150.9 es excepcional y debe contener los elementos de generalidad e impersonalidad, como

Concepto Sala de Consulta C.E. 1371 de 2001 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

toda ley, salvo que se señale al contratista en el caso en que éste sea la única persona natural o jurídica que pueda desarrollar el objeto propio del contrato...

En conclusión, el constituyente distinguió las nociones de autorización previa general (artículo 150 inciso final), autorización previa especial (artículo 150.9), y aprobación posterior (artículo 150.14) de los contratos, a la luz de la Carta de 1991".¹

2. Contratación Municipal

2.1. Competencia de los Concejos Municipales en materia de contratación

La Constitución Política, en la distribución de funciones a las entidades territoriales, asignó a los Concejos, entre otras:

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

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

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

...

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

..." (art. 313).

La ley 136 de 1994, que regula la organización y funcionamiento de los municipios, dispone entre las atribuciones de los concejos "Reglamentar la autorización al alcalde para contratar, señalando los casos en que requiere autorización previa del Concejo" (art. 32, num. 3º.), y en reciente fallo la Corte Constitucional, al declarar exequible esta norma, reiteró la facultad de los Concejos de autorizar al alcalde para contratar. Dijo:

"Pues bien, si una de las funciones propias de los Concejos es la de autorizar al alcalde para contratar, tal y como lo dispone el artículo 313-3 Superior, es claro que la facultad de reglamentar lo relacionado con tal autorización también forma parte de sus competencias constitucionales, por virtud del numeral 1 del mismo canon constitucional. Es decir, si los Concejos pueden reglamentar el ejercicio de sus propias funciones, y una de sus funciones es la de autorizar al alcalde para contratar, se concluye lógicamente que tales corporaciones cuentan con la competencia constitucional para reglamentar el ejercicio de tal atribución, y que no es necesario que el legislador haya trazado, con anterioridad, una regulación detallada del tema. Así, en criterio de esta Corporación, este último precepto constitucional es un fundamento suficiente para que el Legislador haya *confirmado* que las Corporaciones municipales de elección popular tienen la posibilidad de reglamentar una de sus funciones constitucionales propias, cual es la de otorgar al correspondiente jefe de la administración municipal autorizaciones para contratar.

Esta función reglamentaria que, se reitera, cuenta con un fundamento constitucional propio, habrá de ejercerse mediante el trazado de una serie de normas puntuales y específicas sobre una determinada materia, a saber: el procedimiento interno que se deberá seguir ante los Concejos para obtener la autorización respectiva, los criterios que debe seguir para otorgarla, así como los casos en los cuales tal autorización es necesaria. ...

...

"Sin embargo, debe advertir esta Corporación que la atribución otorgada en la norma bajo estudio, siendo como es una función administrativa, sólo podrá ser ejercida por los Concejos con el alcance y las limitaciones propias de su naturaleza. Así, cualquier reglamentación efectuada por dichas Corporaciones, debe ser respetuosa del ámbito reservado constitucionalmente al Legislador, por lo cual no puede entrar a establecer procedimientos de selección, normas generales aplicables a los contratos, etc., puesto que ello forma parte del núcleo propio del Estatuto de Contratación..."².

De otra parte, el decreto 111 de 1996, que compiló todas las normas del Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional, contenidas en la ley 38 de 1989, ley 179 de 1994 y la ley 225 de 1995, dispone en el artículo 110: "Los órganos que son una sección del Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refiere la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano, quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, ...

En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, las Entidades Territoriales, Asambleas y Concejos, las Contralorías y Personerías Territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica".

De conformidad con los artículos 313.3 y 314 de la C.P. y 110 del decreto 111 de 1996, el alcalde, en representación del municipio, tiene la facultad para ordenar los gastos y celebrar los contratos y convenios municipales, de acuerdo con el Plan de Desarrollo Económico y Social y con el Presupuesto (arts. 91 ordinal D, numeral 5º de la ley 136 de 1994 y 44 de la 152 del mismo año).

La ley 152 de 1994, consagra el procedimiento y trámite de los planes de desarrollo, establece en el artículo 40 la obligación para los alcaldes de someter dichos planes, dentro de los cuatro primeros meses del respectivo período, a consideración del concejo para su aprobación, que deberá

proceder dentro del mes siguiente a la presentación. En caso de no ser aprobado dentro de dicho término, la ley faculta al alcalde para adoptarlo mediante decreto, para lo cual convocará a sesiones extraordinarias a la Corporación, si a ello hubiere lugar. Además, la ley prevé la armonización del plan plurianual de inversiones con los presupuestos anuales de las entidades territoriales.

3. Autorización para contratar en los municipios

La ley 80 de 1993 en el artículo 2o. ordinal a) incluyó a los municipios dentro de las entidades estatales, objeto de aplicación de dicho estatuto de contratación y asignó la competencia para la celebración de contratos en este nivel a los alcaldes en calidad de representantes de los municipios (art. 11 ord. b)). Además, en el artículo 25 numeral 11, al desarrollar el principio de economía en la contratación, reitera que los concejos municipales autorizarán a los alcaldes para la celebración de contratos.

Señala la Corte Constitucional sobre este aspecto de contratación:

"Para efectos de esta providencia, conviene señalar que esta Corte ha establecido que el inciso final del artículo 150 superior "contiene una autorización general, impersonal, no individualizada para la celebración de un contrato cuyo objeto sea la satisfacción del funcionamiento del servicio bajo ciertas condiciones"³. En otras palabras, la autorización general para contratar por parte de las entidades públicas estatales, que se encuentra en la Ley 80 de 1993, permite que no sea necesario contar con una norma especial expedida por una corporación pública cada vez que se pretenda celebrar un contrato por parte de alguna de las entidades u organismos a que hace referencia la citada ley.

No obstante lo expuesto, debe esta Corporación recalcar que la autorización que el órgano legislativo concede para que entidades del estado puedan contratar, no se agota únicamente con la expedición del Estatuto General de Contratación Administrativa. Así, puede establecer ese Estatuto que determinados contratos se sometan a una legislación especial -como es el caso de exploración y explotación de recursos naturales (Art. 76)-, o puede guardar silencio respecto del procedimiento y autorización necesaria para la celebración de un determinado tipo de contrato que no se encuentre enmarcado dentro de los que hace referencia el artículo 32 de la citada ley. En uno u otro evento, será necesario contar, pues, con una legislación especial que se ocupe de dichas materias. De igual forma, la Corte tampoco puede desconocer la facultad que le asiste al legislador para expedir toda una reglamentación relacionada con un contrato en particular, como es el caso de la Ley 37 de 1993, posteriormente complementada por la misma Ley 80 de ese mismo año"⁴.

De este pronunciamiento debe rescatarse, para efectos del presente estudio, la conclusión de que el Estatuto General de Contratación expedido con base en la facultad que la Constitución le otorgó al legislador en el inciso final del artículo 150, es general, ya que el razonamiento paralelo en cuanto a la legislación o norma especial para determinados contratos, la Corte lo analiza desde el punto de vista del Gobierno Nacional, que no es materia objeto de consulta.

Tales términos fueron adoptados por esta Sala, en pronunciamiento posterior, en el que se concluyó:

"Cuando la autorización para contratar no está dispuesta de manera general en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública -ley 80 de 1993-, el órgano representativo de elección popular, llámese Congreso, Asamblea, o Concejo, deberá conceder la autorización previa especial. Este tipo de autorización no necesariamente tiene que ser para cada contrato - aunque a veces la respectiva corporación se reserva el proceder de este modo, por razón de la naturaleza e importancia del contrato, como ocurre con los de empréstito -, pues es viable que la respectiva corporación proceda a autorizar la celebración de contratos con alcance general, como han solido hacer las asambleas y los concejos al expedir los respectivos códigos fiscales"⁵.

Entonces, si bien es cierto que la ley les reconoce a los alcaldes la facultad de representar a los municipios, entre otras actividades, para celebrar en nombre de ellos los contratos, no puede desconocerse que por virtud de la propia Constitución y de los desarrollos legales, tal como antes se dejó descrito, para la suscripción de los mismos deberá contar con autorización del concejo municipal, según lo establece el artículo 313, numeral 3, de la Carta Política.

La facultad del alcalde para la celebración de contratos es inherente a su calidad de representante legal del municipio, pero para ejecutarla es requisito la previa autorización de la corporación pública como órgano superior de la administración municipal, que decidirá los términos en que otorga la autorización, esto es si la concede en forma genérica o específica, temporal o por un término concreto, por cuantía determinada o sin límite de cuantía. Y a las directrices de la autorización deberá ajustarse el alcalde al celebrar los respectivos contratos, actuación que está sometida a la revisión por parte del gobernador, para objetarlo por inconstitucionalidad o ilegalidad y remitirlo al Tribunal competente, que decidirá sobre su validez, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 305, numeral 10 de la Constitución.

Juan Angel Palacio Hincapié expresa a este respecto:

"No puede entenderse que con la Ley 80 desapareció la obligación de la autorización a que se ha hecho referencia con base en la atribución al representante o jefe de la Entidad de la facultad para dirigir las contrataciones, para adjudicar y contratar. Una cosa es la autorización, y otra la efectiva realización del contrato que obedece a criterios de oportunidad y conveniencia, que como es obvio corresponde a decisiones que debe adoptar el ejecutivo y que llevan a que una autorización para contratar, finalmente sólo quede en eso.

En el Derecho Administrativo, los órganos colegiados han sido dotados de la facultad de autorizar al Presidente, al Gobernador o Alcalde para la celebración válida de los contratos. En el régimen colombiano se mantiene dicha disposición, por lo cual aunque la competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos y para escoger los contratistas es del representante legal de la entidad, el alcalde debe ser autorizado por el respectivo concejo municipal, al tenor del artículo 313, numeral 3 de la Constitución Nacional, para celebrar un contrato"⁶.

Puede sintetizarse lo expuesto hasta aquí, de la siguiente forma:

La Constitución Nacional otorga al Congreso la facultad de adoptar el régimen general de contratación estatal.

Dentro de dicho régimen están comprendidas las entidades territoriales, como lo es el municipio.

Compete al alcalde, como jefe de la administración local y representante legal del municipio, ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos, escoger contratistas y celebrar contratos.

Al alcalde le está asignada la función de cumplir con los planes y programas de desarrollo de su municipalidad.

El concejo municipal es la autoridad competente para autorizar la contratación en el municipio de su jurisdicción.

El alcalde debe sujetarse a las autorizaciones que en materia de contratación otorgue el concejo municipal correspondiente, ya se trate de autorización genérica para todo tipo de contratos, o de autorización específica para alguno o algunos de ellos.

Ahora bien, los acuerdos relacionados con la adopción de planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas, y con las autorizaciones de los concejos para celebrar contratos, entre otros, corresponden a proyectos que de conformidad con la ley 136 de 1994 - artículo 71, parágrafo 1º.-, sólo pueden ser dictados a iniciativa del alcalde, y en caso de no ser aprobados, y si fueren archivados, pueden ser nuevamente presentados ante el concejo para que éste se pronuncie sobre ellos. Si el concejo aprueba el presupuesto y los planes de desarrollo, debe dotar al ejecutivo, esto es al alcalde, de herramientas suficientes para que la administración pueda ejecutarlo en la forma allí estipulada. Y por ello, la propia Carta establece la responsabilidad de los servidores públicos, también por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

3. El caso concreto

El concejo municipal de Santiago de Cali, mediante Acuerdo No. 074 del 28 de diciembre de 2000, aprobó el presupuesto del Municipio para la vigencia fiscal de 2001.

El Acuerdo mencionado fija el presupuesto de rentas y gastos del municipio de Santiago de Cali para esa vigencia fiscal y, por tanto, contiene una primera parte en la cual se especifican los rubros correspondientes a los ingresos del municipio y a los de los establecimientos públicos y, en la segunda parte, se especifican en grandes rubros las apropiaciones para atender los gastos de la correspondiente vigencia fiscal, la cual se distribuye en funcionamiento, inversión y deuda pública y saneamiento fiscal y financiero.

En efecto: el artículo 8o. contiene reglas sobre el límite de apropiaciones y la forma de efectuar el registro y de asumir las apropiaciones según la vigencia fiscal afectada; el 10o. reitera el principio general de uso adecuado y eficiente de los recursos del municipio por los ordenadores del gasto, determina además los elementos anexos que se integran con la obligación principal; el 46 establece la forma de efectuar las apropiaciones para cubrir las posibles pérdidas de las obligaciones contingentes a cargo de las entidades estatales (ley 448/98), e impone el requisito de solicitar autorización al Confis para pactar dichas obligaciones; a su turno, el artículo 47 señala al Confis Municipal como competente para fijar todos los aspectos relativos a la contratación de las Empresas Sociales del Estado y el 52 autoriza al Alcalde para pignorar y despignorar rentas y para celebrar operaciones o contratos de crédito público, que sean necesarios para los eventos descritos en la misma.

Para la Sala, en cada una de las normas mencionadas se observan claras disposiciones generales o específicas relacionadas con el manejo del presupuesto, esto es la forma en que debe ejecutarse, lo cual no significa que de dichas normas procedimentales pueda inferirse la autorización del concejo para la celebración de contratos de acuerdo con el plan de desarrollo. Es así como, de esta desagregación de las normas cuestionadas por el alcalde, resulta que éste sólo está autorizado para celebrar, de conformidad con el artículo 52, contratos de crédito público, cuyo propósito sea el ajuste fiscal del municipio, el pago de indemnizaciones, obligaciones, liquidaciones de contratos de prestación de servicios personales y de los pasivos de personal de la Administración Central, el Concejo, la Contraloría y la Personería.

La autorización de que trata el artículo 313, numeral 3, de la Carta, como ya se dijo, debe ser expresa, así sea general o para un determinado tipo de contratos, temporal o indefinida, y ella no consta ni se deduce del articulado de la normatividad presupuestal analizada.

El Plan de Desarrollo vigente, debido a su no aprobación por el concejo dentro del mes siguiente a su presentación (ley 152 de 1994, artículo 40) no contiene autorización alguna para contratar, toda vez que fue adoptado por el alcalde mediante decreto 354 de 2001. A su vez el anterior Plan, contenido en el acuerdo 05 de 1998, que preveía en el artículo 22 expresas autorizaciones para celebrar contratos tendientes a su ejecución, ante la adopción del nuevo, quedó sin efecto en todas sus partes.

Por lo anterior, la Sala reitera que ante la inexistencia de facultades para adelantar el Plan de Desarrollo, corresponde al alcalde ejercer su facultad privativa de presentar el respectivo proyecto de acuerdo y obtener las autorizaciones que estime necesarias, según lo dispone el parágrafo 1º. del artículo 71 de la ley 136 de 1994.

Pero no podrá el alcalde celebrar contratos sin la autorización correspondiente de la corporación, puesto que ello da lugar a la nulidad absoluta

de los contratos, según el artículo 44 de la ley 80 de 1993, que remite en su primer inciso a los casos previstos en el derecho común.

Así, serían aplicables los artículos 1.740 y, en particular, el 1.741 del Código Civil. Este último dispone: "La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas". (Se resalta).

De este modo, la ausencia de autorización genera nulidad absoluta de manera bifronte: por una parte, por la omisión de un requisito que, como el señalado, la ley prescribe para reconocer validez a los contratos celebrados por los alcaldes; de lo cual se sigue, por la otra, la incompetencia del funcionario en mención para suscribir contratos sin la aquiescencia formal, previa y expresa del concejo municipal.

4. Responsabilidad penal contractual: celebración indebida de contratos

La ley 80 de 1993 destina un capítulo especial a la responsabilidad contractual, y, dentro de ella, dispone la responsabilidad a cargo de las entidades por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y causen perjuicios a los contratistas (art. 50); pero también establece para los servidores públicos responsabilidad disciplinaria, civil y penal, por sus acciones y omisiones en la actuación contractual.

La actividad contractual se rige esencialmente por el principio de legalidad, que significa la sujeción de la conducta de la administración a la normatividad en materia de contratación estatal, y bajo dicho postulado se estudia la aplicación de la responsabilidad, de tal manera que si por culpa de la acción u omisión de la administración se frustra la celebración y normal desarrollo del contrato, y se causa un daño antijurídico a los licitantes o al adjudicatario de la licitación, la entidad respectiva deberá responder.

El principio de legalidad que rige la actividad de la contratación, comprende el de la responsabilidad de quienes intervienen en la actuación contractual -art.4º., num. 7º. de la ley 80 de 1993-, en desarrollo del cual la administración, sin perjuicio del llamamiento en garantía, debe repetir contra los servidores públicos, contra el contratista o los terceros responsables, según el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de dicha actividad; además el artículo 26 del mismo estatuto determina el alcance específico del principio de responsabilidad, tanto respecto de los servidores públicos como de los contratistas, que también está previsto, de manera general, en la ley 136 de 1994, artículo 5º., ordinal e.

Para efectos de la consulta la Sala se limita a la responsabilidad penal. El Código Penal establece dentro de las conductas delictivas de indebida celebración de contratos, la del contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, que tipifica en el artículo 410, así: "El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años"⁷.

Dicha responsabilidad penal también es aplicable al contratista, interventor, consultor y asesor, en virtud de lo dispuesto por el artículo 56 de la ley 80, que para dicho efecto los considera particulares que cumplen funciones públicas en cuanto hace relación con la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales⁸.

El concejo municipal debe cumplir las funciones asignadas en la Constitución y en la ley y, por tanto, habrá de expedir el acuerdo respectivo que reglamente las autorizaciones al alcalde para contratar, señalando los casos en que tal funcionario requiere de autorizaciones previas de la corporación, tal como lo dispone el artículo 32.3 de la ley 136 de 1994.

Así lo entendió la Corte Constitucional -Sentencia C-738/01- al declarar la exequibilidad de este artículo:

"La regulación de dicho procedimiento interno habrá de estar referida, así, a las hipótesis en que tal autorización es necesaria, a los criterios que se deberán aplicar al momento de decidir sobre si se otorga o no dicha autorización, y a las etapas del trámite a seguir en cada caso. Estas normas no serán de tipo legal, sino de tipo administrativo, sin que sea necesario contar con una regulación previa del tema por parte del legislador".

De lo anterior resulta que, en principio, celebrar un contrato sin la debida autorización del concejo municipal constituye una violación al principio de legalidad y, de conformidad con la norma transcrita, se incurre en la celebración indebida de contratos; sin embargo, en cada caso la jurisdicción competente analizará el elemento de antijuridicidad y dolo, como elementos de la conducta sancionable de conformidad con el ordenamiento penal.

LA SALA RESPONDE:

1. Los artículos 8, 10, 46, 47 del Acuerdo 74 de 2000, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali no constituyen autorización al alcalde para contratar y, por tanto, éste no podrá celebrar contratos fundamentado en tales normas. El 52 del mismo acuerdo autoriza al alcalde solamente para pignorar y despignorar rentas y para celebrar operaciones o contratos de crédito público, siempre que sean necesarios para los eventos descritos en el mismo.

2. Al alcalde corresponde en forma privativa la iniciativa para presentar los proyectos de acuerdo sobre planes y programas de desarrollo, así como la autorización para la celebración de contratos. Si presentados los proyectos no fueren aprobados, tiene la facultad de insistir; para ello deberá presentarlos de nuevo.

El concejo municipal tiene funciones asignadas en la Constitución y la ley, por lo cual debe cumplirlas. De no hacerlo, resultarán aplicable a los concejales, como a cualquier otro servidor público, las normas de responsabilidad por omisión de funciones.

3. La celebración de contratos por parte del alcalde, requiere siempre de autorización del respectivo concejo municipal. Dicha corporación puede otorgarla en forma genérica, específica, temporal o indeterminada.

4. La celebración de contratos sin la debida autorización del concejo municipal, puede dar lugar al delito de celebración indebida de contratos por falta de requisitos legales para hacerlo, tipificado en el artículo 410 del Código Penal vigente.

Transcríbese al señor Ministro del Interior. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

AUGUSTO TREJOS JARAMILLO
Presidente de la Sala
RICARDO H. MONROY CHURCH

CESAR HOYOS SALAZAR
FLAVIO A. RODRIGUEZ ARCE
ELIZABETH CASTRO REYES

Secretaria de la Sala

CELEBRACIÓN DE CONTRATO - Alcalde no requiere autorización del concejo para celebrarlo

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Concepto Radicación No. 1.371

SALVAMENTO DE VOTO

César Hoyos Salazar

Con todo respeto me aparto de la tesis mayoritaria de la Sala que aprobó la ponencia presentada en el concepto de la referencia. Mi tesis es : *no se necesita autorización previa del Concejo Municipal al Alcalde para celebrar los contratos indispensables en orden a ejecutar las partidas consignadas en el Acuerdo de presupuesto de rentas y gastos de una vigencia fiscal determinada*. Las razones que sustentan esta tesis, son :

1. Considero que el régimen contractual de los municipios se somete actualmente a los siguientes criterios :

El artículo 313 numeral 3 de la Constitución Política no puede interpretarse y aplicarse sin armonizarlo con el artículo 352 de la misma. Este último artículo defiere a la ley orgánica del presupuesto la regulación de "la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar".

El artículo 110 del decreto 111 de 1996, que compila las leyes orgánicas de presupuesto, estatuye : "Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes".

La norma citada anteriormente contempla tres dimensiones : a) "contratar" b) "... comprometer a nombre de la persona jurídica ...", c) "... ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección". Por tanto, quien contrata tiene capacidad para ordenar el gasto incluido en las apropiaciones presupuestales, en orden a cumplir el compromiso adquirido por la entidad u organismo estatal de pagar el precio pactado en el contrato respectivo.

Tal como señala el artículo 110 del decreto 111 de 1996 las facultades indicadas en dicha norma serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales".

La ley 80 de 1993, por medio de la cual se adoptó el estatuto general de contratación, prevé en su artículo 25 numeral 11 "Las corporaciones de elección popular y los organismos de control y vigilancia no intervendrán en los procesos de contratación, salvo en lo relacionado con la solicitud de audiencia para la adjudicación en caso de licitación.

De conformidad con lo previsto en los artículos 300, numeral 9, y 313, numeral 3, de la Constitución Política, las asambleas departamentales y los concejos municipales autorizarán a los gobernadores y alcaldes, respectivamente, para la celebración de contratos".

Pero la norma anterior debe entenderse en armonía con lo dispuesto en el artículo 32 numeral 3 de la ley 136 de 1994, declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-738 de 2001. Este artículo prevé que el Concejo reglamentará la autorización al alcalde para contratar, "señalando los casos en que requiere autorización previa del concejo".

El artículo 32 de la ley 136 de 1994 es precisamente una de las disposiciones legales vigentes a las cuales se refiere la ley orgánica de presupuesto, como también lo son la ley 226 de 1995, en materia de enajenación de la participación (acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones) de que sean titulares las entidades territoriales, la ley 358 de 1997, en materia de endeudamiento, entre otras.

Si no existe una ley que imponga la autorización previa de los concejos municipales para contratar, la aplicable será la ley 136 de 1994 cuyo artículo 32 numeral 3 prevé que un Acuerdo señale los casos en que el alcalde requiere autorización previa.

El Acuerdo del Concejo Municipal, por medio del cual se expide el presupuesto de rentas y gastos, el cual deberá corresponder al Plan Municipal o Distrital de desarrollo, de conformidad con las normas orgánicas de planeación (artículo 32 num. 10 ley 136/94), constituye una autorización para contratar, comprometer al municipio y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas.

Si bien ha existido una práctica de los concejos municipales de incluir, en el Acuerdo de presupuesto de rentas y gastos de cada vigencia, un artículo por medio del cual se autoriza al Alcalde para celebrar todos los contratos necesarios para ejecutar el presupuesto, estimo que el artículo 110 del decreto 111 de 1996, que compila los artículos 91 de la ley 38 de 1989 y 51 de la ley 179 de 1994 - orgánicas de presupuesto - prescribe de manera general que el presupuesto otorga esa facultad, la cual se ejercerá teniendo en cuentas las disposiciones legales vigentes.

Por tanto, salvo que una ley especial disponga la necesidad de autorización especial, como sería el caso de la ley 226 de 1995 para rentas presupuestadas como provenientes de la enajenación de la participación del municipio (acciones o bonos convertibles en acciones), o para celebrar contratos de empréstito, el Acuerdo de presupuesto de rentas y gastos faculta para celebrar los contratos que implique la ejecución de las respectivas partidas presupuestales. Es pertinente señalar que con esto no se quiere significar que no se requiera, autorización previa para la enajenación de inmuebles de propiedad del municipio, asunto que normalmente está previsto en los códigos fiscales municipales con esa exigencia.

2. Considero que la prevalencia del interés general no se afecta con la interpretación antes expuesta; por el contrario, se reafirma. En efecto, el artículo 209 de la Constitución Política establece : "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad",... Por consiguiente, pretender que a pesar de estar aprobados dos Acuerdos : uno de plan de desarrollo e inversiones y otro de presupuesto de rentas y gastos, se requiera uno o más Acuerdos de autorización al Alcalde para celebrar los contratos que implique la ejecución del presupuesto de gastos es ir en contravía de los principios de eficacia, economía y celeridad que exige la función pública en orden a cumplir los fines del Estado, que son de interés general.

3. Los Concejos Municipales no sufren ningún cercenamiento de sus potestades, porque en ejercicio de su funciones de control a la administración municipal (art. 38 ley 136/94) podrán adelantar las investigaciones pertinentes a la celebración de los contratos requeridos para la debida ejecución de las partidas presupuestales.

4. Las anteriores razones puramente jurídicas me bastan para discrepar, sin necesidad de hacer eco a las pragmáticas que son fáciles de encontrar en las numerosas informaciones de prensa sobre los conflictos entre Concejos y Alcaldes municipales, en torno a la contratación. Creo que los derechos de la comunidad a obtener la pronta satisfacción de sus intereses generales debe prevalecer sobre la redundancia de las autorizaciones formales.

Con todo respeto,

CESAR HOYOS SALAZAR

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1 Sentencia C-449/92.

2 Sentencia No. C-738 del 11 de julio de 2001.

3 Sentencia No. C-449 del 9 de julio de 1992.

4 Sentencia No. C-086 del 10. de marzo de 1995.

5 Radicación No. 1.077 del 26 de marzo de 1998.

6 "La Contratación de las Entidades Estatales". Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.. Bogotá, 2001, 3ª Edición, Pág. 89.

7 Exequible. Corte Constitucional. Sentencia No. C-917 del 29 de agosto de 2001.

8 La Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal- al estudiar este delito, que anteriormente se encontraba incorporado en el artículo 146 del Código Penal, dijo:

" La conclusión, entonces, es obvia: dentro de la definición del artículo 146 del Código Penal, están materialmente incorporados también como componentes suyos y por encima de los demás, los principios constitucionales y legales de la contratación, en el entendido que las exigencias esenciales de los trámites, las celebraciones y las liquidaciones de los contratos de la administración devienen y se impregnan en todo momento

en esos axiomas. ...

Como el delito de la celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales solamente admite esta forma de culpabilidad, es necesario establecer si el doctor (...) celebró los contratos materia de este proceso con el conocimiento de que realizaba una conducta típica y antijurídica y consintió voluntariamente en ello o, dicho en otros términos, si sabía que en la tramitación de los contratos se había omitido cumplir con las exigencias establecidas en la ley y que aquello que suscribía aparecía ante él como una falsificación de la realidad".(Sentencia del 19 de diciembre de 2000).

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 21:30:06