

PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Regulación normativa / PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Noción. Definición. Concepto

Para efectos de resolver la controversia que se somete a consideración de la Sala, resulta importante anotar que el sistema jurídico escalonado (sistema piramidal kelseniano), a la luz del cual se encuentra estructurado nuestro ordenamiento jurídico, implica que las normas que no hacen parte del ordenamiento legal no puedan introducir modificaciones o limitaciones a las normas superiores. Lo anterior guarda relación inescindible con el principio de legalidad que se hace radicar en los artículos 4, 6, 121 y 122 de la Constitución Política, en virtud del cual toda actuación de los órganos del Estado se encuentra sometida al imperio del derecho y ello se traduce en que las autoridades públicas sólo pueden hacer aquello que la Constitución y la ley les permite, de manera que son responsables por omisión y por extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 4 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 6 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 121 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 122

CONGRESO DE LA REPUBLICA - Función legislativa. Regulación normativa

La función legislativa la ejerce el Congreso de la República, tal como lo disponen los artículos 114 y 150 (inciso primero) de la Constitución Política y excepcional y temporalmente el Presidente de la República, cuando es revestido de las facultades extraordinarias de que trata el mismo artículo 150 (numeral 10, ibídem).

FUENTE FORMAL: COSTITUCION POLITICA - ARTICULO 114 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 150.10

CONCEJOS MUNICIPALES - Función administrativa. Regulación normativa

Los concejos municipales, por su parte, ejercen únicamente función administrativa, que en algunas ocasiones se ve reflejada en el ejercicio de función reguladora y reglamentaria en los aspectos previstos en los artículos 313 de la Constitución Política, 92 y 93 del Decreto-ley 1333 de 1986 y 31 y 32 de la Ley 136 de 1994 (modificado por la reciente Ley 1551 de 2012); pero, están desprovistos del ejercicio de funciones legislativas y, por ende, no pueden regular materias que son de estricta reserva legal, como las atinentes a la formación, existencia y perfeccionamiento de los contratos estatales e inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, entre otros aspectos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 313 / DECRETO LEY 1333 DE 1986 - ARTICULO 92 / DECRETO LEY 1333 DE 1986 - ARTICULO 93 / LEY 136 DE 1994 - ARTICULO 31 / LEY 136 DE 1994 - ARTICULO 32 / LEY 1551 DE 2012

CONGRESO DE LA REPUBLICA - Competencias. Facultades / ESTATUTO GENERAL DE LA CONTRATACION - Compete únicamente al legislador la regulación de aspectos de la contratación estatal / FORMA Y PERFECCIONAMIENTO DE LOS CONTRATOS ESTATALES - Regulación normativa / PRINCIPIO DE LIBERTAD DE FORMA - Principio de autoregulación de la relación de obligación / PRINCIPIO DE LIBERTAD DE FORMA - Restringido por la Ley

El artículo 150 (inciso final) de la Constitución Política dispone que “Compete al

Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”, de donde se sigue que, por mandato de la misma Constitución, el legislador es el único facultado para regular los aspectos medulares de la contratación estatal; por ende, cualquier regulación no hecha por la ley, que contraríe o pretenda modificar lo dispuesto por ésta, deviene nula. El Congreso de la República ejerció la facultad consagrada por la norma en cita, a través de la Ley 80 de 1993, en cuyos artículos 39 y 41 reguló lo relacionado con la forma que deben revestir los contratos estatales y el perfeccionamiento de los mismos. (...) la misma ley restringió el principio de la libertad de forma (que emana del principio de autorregulación de la relación de obligación), para disponer que la forma escrita es la que deben adoptar los contratos estatales para existir jurídicamente y quedar perfeccionados (elemento constitutivo del contrato - requisito ad solemnitatem o ad substantiam actus). (...) la operación de registro presupuestal no constituye un requisito para el perfeccionamiento de los contratos estatales.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 150 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 39 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 41

PERFECCIONAMIENTO DE LOS CONTRATOS ESTATALES - No es necesaria la operación de registro presupuestal. Cambio jurisprudencial. / OPERACION DE REGISTRO PRESUPUESTAL - Noción. Definición. Concepto / OPERACION DE REGISTRO PRESUPUESTAL - Fundamento / AUSENCIA DE LA OPERACION DE REGISTRO PRESUPUESTAL - Comporta el incumplimiento de una obligación legal, no afectando la existencia, validez o eficacia del negocio jurídico

Por algún período la jurisprudencia de esta Corporación sostuvo que el contrato estatal quedaba perfeccionado cuando, además del cumplimiento de las exigencias previstas por el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, la entidad pública realizaba la operación de registro presupuestal; sin embargo, tal posición jurisprudencial fue modificada poco después, porque la Sección Tercera de esta Corporación consideró que tal concepción era producto de la errada interpretación del artículo 71 del Decreto-ley 111 de 1996. (...) a través de la operación de registro presupuestal la entidad pública afecta definitivamente una apropiación, es decir, perfecciona el compromiso presupuestal, para cumplir unas precisas y determinadas obligaciones pecuniarias, tal como lo disponen los artículos 71 del Decreto-ley 111 de 1995 y 20 del Decreto Reglamentario 568 de 1996; por ende, se trata de un trámite interno de la respectiva entidad pública, cuya realización es de su exclusivo resorte y, por esa misma razón, no puede constituir requisito de perfeccionamiento del contrato estatal, pues, de serlo, la existencia del contrato pendería del querer de una de las partes del mismo, específicamente, de la entidad pública. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencias de: 27 de enero de 2000, exp. 14935; 13 de junio de 2005, exp. 12486 y de 28 de septiembre de 2006, exp. 15307

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 41 / DECRETO LEY 111 DE 1996 - ARTICULO 71 / DECRETO REGLAMENTARIO 568 DE 1996 - ARTICULO 20

CONTRATOS ESTATALES - Requisitos de perfeccionamiento. Posición jurisprudencial actual / CONTRATOS ESTATALES - Requisitos de ejecución

La posición que actualmente sostiene la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación es que los requisitos de perfeccionamiento del contrato estatal

son: a) que exista acuerdo de voluntades en cuanto al objeto del contrato y a la contraprestación del mismo y b) que el acuerdo sea elevado a escrito. Por otra parte, los requisitos de ejecución son: a) aprobación de las garantías, b) realización del registro presupuestal y c) hoy día, acreditación del pago de los aportes parafiscales, de conformidad con los artículos 41 de la Ley 80 de 1993, en armonía con lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la posición que actualmente sostiene la jurisprudencia de la Sección Tercera, en relación con los requisitos de perfeccionamiento del contrato estatal, consultar sentencia de 19 de agosto de 2009, exp. 34738

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 41 / LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 23

ENTIDADES PUBLICAS - Su actuación precontractual y contractual debe estar subordinada y respetuosa del marco legal definido por el Congreso / EXISTENCIA Y PERFECCIONAMIENTO DE LOS CONTRATOS ESTATALES - Solo la ley dispone su regulación / EXPEDICION DEL ACUERDO 017 DE JUNIO DE 2002 PROFERIDO POR EL CONCEJO MUNICIPAL DE DOSQUEBRADAS - Por el cual se expiden normas para el perfeccionamiento y legalización de los contratos del municipio y entes descentralizados / EXPEDICION DEL ACUERDO 017 DE JUNIO DE 2002 PROFERIDO POR EL CONCEJO MUNICIPAL DE DOSQUEBRADAS - Declaratoria de nulidad por vulneración de normas legales y constitucionales

La actuación precontractual y contractual de todas las entidades del Estado a las que se refiere el artículo 2 (numeral 1) de la Ley 80 de 1993 debe estar subordinada y ser respetuosa del marco legal definido por el Congreso de la República, porque en ella se encuentran involucrados el interés general y el ejercicio de una función pública, más precisamente, de una función administrativa que se debe desarrollar con sujeción a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad y que sirve como instrumento para la realización de los fines estatales (prestación de los servicios a su cargo), de suerte que sólo la ley puede regular los aspectos atinentes a la existencia y el perfeccionamiento de los contratos estatales. En conclusión, con la expedición del acto administrativo objeto de control se vulneraron los artículos 6, 121, 122 y 150 (inciso final) de la Constitución Política, 41 de la Ley 80 de 1993 y 71 del Decreto-ley 111 de 1996, porque se excedió el marco regulador propio de este tipo de actos administrativos, al establecer requisitos tendientes a modificar el ordenamiento legal, en cuanto al perfeccionamiento y la ejecución de los contratos estatales. (...) el argumento expuesto por la entidad demandada, al sustentar el recurso de apelación, no puede servir de fundamento para defender la validez del acto administrativo objeto de censura y, por el contrario, lo único que hace es corroborar que las disposiciones en él contenidas son contrarias al ordenamiento jurídico superior, como contrarias son las de la ley que, al decir de la parte demandada, sirvió de sustento a la disposición administrativa demandada.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 6 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 121 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 122 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 150 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 2 / DECRETO LEY 111 DE 1996 - ARTICULO 71

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil trece (2013)

Radicación número: 66001-23-31-000-2002-01171-01(29121)

Actor: DEPARTAMENTO DE RISARALDA

Demandado: MUNICIPIO DE DOSQUEBRADAS

Referencia: ACCION PUBLICA DE NULIDAD

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia proferida el 1 de julio de 2004 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en cuya parte resolutive dispuso (folio 74, C. Consejo):

“1. No prospera la excepción de inviolabilidad de normas constitucionales y legales, propuesta por la entidad demandada.

“2. Se declara la nulidad del Acuerdo 017 del 22 de junio de 2002, expedido por el concejo municipal de Dosquebradas, ‘por el cual se expiden normas para el perfeccionamiento y legalización de contratos en el municipio de Dosquebradas y entes descentralizados’”.

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda.-

Mediante escrito radicado el 13 de noviembre de 2002, el Departamento de Risaralda formuló ante el Tribunal Administrativo de Risaralda acción pública de nulidad contra el Acuerdo 017 del 22 de junio de 2002, proferido por el Concejo Municipal de Dosquebradas.

2.- El texto de la norma demandada.-

(Se transcribe como aparece en la copia auténtica que obra a folio 5 del cuaderno principal):

**“ACUERDO No. 017
(JUNIO 22 de 2002)**

**‘POR EL CUAL SE EXPIDEN NORMAS PARA EL
PERFECCIONAMIENTO Y LEGALIZACIÓN DE CONTRATOS EN EL
MUNICIPIO DE DOSQUEBRADAS Y ENTES DESCENTRALIZADOS’.**

“El Concejo Municipal de Dosquebradas–Risaralda, en uso de sus facultades Constitucionales y legales, especialmente las conferidas por los artículos 311 y 338 de la Constitución Nacional, la Ley 136 de 1994 y 338 de 1997,

“A C U E R D A:

“**ARTICULO 1º:** Toda persona natural o Jurídica que pretenda contratar con el Municipio o entes descentralizados, deberá presentar el Certificado donde conste que se encuentra al día con sus obligaciones de impuestos, Industria, Comercio, Predial y Valorización, hasta el período inclusive, para el perfeccionamiento y legalización del contrato.

“**PARÁGRAFO 1º:** Los certificados de que trata el artículo 1º será expedido por la Secretaría Administrativa y Financiera y el I.D.M, éste Certificado no tendrá valor alguno.

“**ARTICULO 2º:** La Administración Municipal y los entes descentralizados exigirán los Certificados expedido por la Secretaría Administrativa y Financiera y el I.D.M, donde conste que se encuentran al día con sus obligaciones en los Impuestos de Industria, Comercio, Predial y Valorización para el perfeccionamiento y legalización del contrato, de lo contrario no podrá contratar.

“**PARAGRAFO 1º:** Toda persona natural o jurídica que vaya a contratar con el Municipio o Entes Descentralizados y que su objeto social no lo desarrollen en el Municipio y no sean sujeto pasivo del Impuesto Predial, Industria y Comercio, presentará un certificado expedido por la Secretaría Administrativa y Financiera que indique que dichas personas no son contribuyentes del Impuesto Predial e Industria y Comercio y por ende, se les aplicará el Acuerdo No. 007 de Febrero 16 de 2002 (RETEICA).

“**ARTÍCULO 3º:** El presente acuerdo rige a partir de la fecha de su sanción y publicación y deroga todas las disposiciones del Orden Municipal que le sean contrarias.

“PUBLIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE

“Dado en el Salón de Sesiones del Honorable Concejo Municipal de Dosquebradas-Rda, a los Veintidós días (22) días del mes de Junio del Año Dos Mil Dos (2002).

JOSE GUSTAVO ACEVEDO ZULUAGA
MONTAÑEZ BERNAL

Presidente.
(Hay firma)

GLADYS

Secretaria General”.
(Hay Firma)

CECILIA

3.- Los antecedentes del acto administrativo demandado.-

En la exposición de motivos de la iniciativa, proveniente del Concejo Municipal de Dosquebradas (Risaralda), dice que el fundamento para adoptar la medida fue el alto índice de morosidad que presentaban los contribuyentes en el pago de los impuestos predial y de industria y comercio.

Según consta en el citado documento, la cartera morosa para el año 2002 ascendía, en cuanto al impuesto predial, a \$13.202'000.000.oo y, en cuanto al impuesto de industria y comercio, a \$2.340'000.000.oo.

El déficit en el recaudo de impuestos implicaba un atraso en los compromisos de pago existentes con los acreedores del municipio, lo cual se traducía en que el Gobierno Municipal no podía ejecutar el plan de desarrollo propuesto por el período constitucional (copia auténtica de la exposición de motivos del 31 de mayo de 2002, del proyecto de Acuerdo 022, fls. 26 y 27, C. principal).

Mediante Resolución 044 del 1º de junio de 2002, se corrió traslado del proyecto de Acuerdo 022 a la comisión respectiva y se designó ponente del mismo (copia auténtica de la mencionada resolución, fls. 30 y 31, C. principal).

El 17 de junio de 2002, la Comisión Tercera del Concejo Municipal de Dosquebradas aprobó en primer debate el proyecto de Acuerdo 022 (copia auténtica del acta 44 de la sesión de la fecha, fls. 34 y 35, C. principal) y, el 22 de los mismos mes y año, fue discutido y aprobado por la plenaria de la Corporación, en segundo debate. El Alcalde de Dosquebradas sancionó el Acuerdo 017 el 2 de julio de 2002, sin objeción alguna (copia auténtica de la constancia expedida por la Secretaria General del Concejo Municipal de Dosquebradas, fl. 38, C. principal, del acta 080 de la sesión plenaria de la Corporación, fls. 40 a 45, ibídem y de la constancia de sanción del acto, fl. 18, ibídem).

4.- Los cargos formulados contra el acto administrativo demandado.-

En sentir del demandante, el Acuerdo 017 de 2002 viola los artículos 6, 113, 121 y 150 (numerales 1 y 2) de la Constitución Política, 41 de la Ley 80 de 1993 y 71 del Decreto-ley 111 de 1996, en la medida en que, con su expedición, el Concejo de Dosquebradas se arrogó una facultad que corresponde ejercer al Congreso de la

República, a través de la ley, cual es la de fijar requisitos para el perfeccionamiento de los contratos estatales.

En opinión del demandante, los contratos estatales se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, éste se eleva a escrito y la entidad estatal realiza la operación de registro presupuestal.

El Concejo Municipal de Dosquebradas no tenía la facultad de fijar requisitos adicionales a los que la ley prevé para el perfeccionamiento de los contratos del Estado (fls. 9 y 10, C. principal).

5.- La actuación procesal.-

Por auto del 4 de diciembre de 2002, el Tribunal Administrativo de Risaralda admitió la demanda y ordenó la notificación personal de la providencia al Alcalde de Dosquebradas y al agente del Ministerio Público, dispuso la fijación en lista del negocio y reconoció personería al apoderado de la parte demandante (fl. 13, C. Principal).

6.- La impugnación.-

Dentro del término de fijación en lista, la apoderada del municipio de Dosquebradas defendió la legalidad del acto administrativo cuestionado, señalando que con su expedición *“... se buscó que los contratistas que iban a obtener una utilidad del ente territorial simultáneamente colaboraran con el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, lo cual y como es obvio no puede prestarse si la entidad estatal no tiene los medios económicos para hacerlo y es sabido que sus recursos los obtiene principalmente de los impuestos que cobra a sus ciudadanos”* (transcrito como aparece a folios 51 y 52, C. principal).

Sostuvo la demandada que el artículo 1500 del Código Civil, aplicable a los contratos estatales por expresa remisión normativa del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, señala que el contrato es solmene cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil y ello implica, a la luz de la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la

Corte Suprema de Justicia, que las partes pueden establecer ciertas formalidades para que el contrato quede perfeccionado.

El Acuerdo 017 de 2002 estableció un requisito adicional a los contemplados en la Ley 80 de 1993 para el perfeccionamiento de los contratos que celebrara la administración municipal de Dosquebradas, requisito que se hacía necesario para obtener los recursos económicos tendientes a satisfacer los fines sociales.

Solicitó desestimar la pretensión de la demanda (fls. 50 a 54, C. Principal).

7.- Los alegatos de primera instancia.-

7.1.- La parte demandada reiteró los fundamentos expuestos en la contestación de la demanda y añadió que el artículo 4 de la Ley 716 de 2001 establece que cada entidad deben publicar semestralmente un boletín, en medios impresos o magnéticos, que contenga una relación de todos los deudores morosos que no tengan acuerdo de pago vigente, de conformidad con las normas establecidas para el efecto, de modo que las personas que aparezcan relacionadas en dicho boletín no pueden celebrar contratos con el Estado, ni tomar posesión de cargos públicos, mientras no demuestren el pago total de la obligación o la vigencia del acuerdo de pago.

Así, pues, el acto administrativo demandado guarda armonía con la citada disposición legal y, por consiguiente, no vulnera normas superiores (fls. 62 a 65, C. principal).

7.2.- La demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

8.- La sentencia recurrida.-

Mediante fallo del 1º de julio de 2004, el Tribunal Administrativo de Risaralda puso fin a la controversia, en primera instancia, en la forma consignada al inicio de la presente providencia.

Para lo anterior, el Tribunal sostuvo que, analizados los artículos 150 y 313 de la Constitución Política, 32 de la Ley 136 de 1994 y 25 de la Ley 80 de 1993, se deduce que el Congreso de la República es el único órgano facultado para

establecer los requisitos atinentes a la celebración de los contratos estatales y, por ende, los Concejos Municipales carecen de competencia para modificar tales exigencias (fls. 67 a 74, C. Consejo).

9.- El recurso de apelación.-

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada del municipio de Dosquebradas solicitó revocar a sentencia recurrida y, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

Para el efecto, reiteró los fundamentos expuestos en los alegatos de conclusión de primera instancia, en el sentido de que el acto administrativo cuestionado no creó requisitos adicionales para el perfeccionamiento de los contratos estatales; por el contrario, lo único que hizo fue dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley 716 de 2001 (fls. 77 a 80, C. Consejo).

10.- Los alegatos de conclusión.-

Por auto del 8 de abril de 2005 (fl. 89, C. Consejo), se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al delegado del Ministerio Público, para que emitiera su concepto.

Las partes guardaron silencio.

11.- El concepto del Ministerio Público.-

La Procuradora Quinta Delegada ante esta Corporación solicitó confirmar el fallo recurrido, por cuanto los Concejos Municipales no están facultados para fijar requisitos para el perfeccionamiento de los contratos estatales, pues han sido fijados por el legislador.

Por otra parte, sostuvo que si bien la Ley 716 de 2001, modificada por la Ley 863 de 2003 y por la Ley 901 de 2004, establece que quienes pretendan celebrar contratos con el Estado deben presentar un paz y salvo, lo cierto es que la misma disposición facultó a la Contaduría General de la República para que lo expidiera, de modo que tal función no puede ser encomendada a las dependencias de las

entidades territoriales y, al hacerlo, se vulneran normas superiores (fls. 91 a 98, C. Consejo).

CONSIDERACIONES

I. La competencia

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 1 de julio de 2004 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, de conformidad con lo previsto por los artículos 129 y 132 (numeral 1) del C.C.A., por cuanto se cuestiona la legalidad de un acto administrativo de carácter general, proferido por una autoridad del orden municipal.

II.- Análisis del recurso.-

Para efectos de resolver la controversia que se somete a consideración de la Sala, resulta importante anotar que el sistema jurídico escalonado (sistema piramidal kelseniano), a la luz del cual se encuentra estructurado nuestro ordenamiento jurídico, implica que las normas que no hacen parte del ordenamiento legal no puedan introducir modificaciones o limitaciones a las normas superiores.

Lo anterior guarda relación inescindible con el principio de legalidad que se hace radicar en los artículos 4, 6, 121 y 122 de la Constitución Política, en virtud del cual toda actuación de los órganos del Estado se encuentra sometida al imperio del derecho y ello se traduce en que las autoridades públicas sólo pueden hacer aquello que la Constitución y la ley les permite, de manera que son responsables por omisión y por extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Así, pues, la función legislativa la ejerce el Congreso de la República, tal como lo disponen los artículos 114 y 150 (inciso primero) de la Constitución Política y excepcional y temporalmente el Presidente de la República, cuando es revestido de las facultades extraordinarias de que trata el mismo artículo 150 (numeral 10, *ibídem*).

Los concejos municipales, por su parte, ejercen únicamente función administrativa, que en algunas ocasiones se ve reflejada en el ejercicio de función reguladora y

reglamentaria en los aspectos previstos en los artículos 313 de la Constitución Política, 92 y 93 del Decreto-ley 1333 de 1986 y 31 y 32 de la Ley 136 de 1994 (modificado por la reciente Ley 1551 de 2012); pero, están desprovistos del ejercicio de funciones legislativas y, por ende, no pueden regular materias que son de estricta reserva legal, como las atinentes a la formación, existencia y perfeccionamiento de los contratos estatales e inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado, entre otros aspectos.

El artículo 150 (inciso final) de la Constitución Política dispone que *“Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”*, de donde se sigue que, por mandato de la misma Constitución, el legislador es el único facultado para regular los aspectos medulares de la contratación estatal; por ende, cualquier regulación no hecha por la ley, que contraríe o pretenda modificar lo dispuesto por ésta, deviene nula.

El Congreso de la República ejerció la facultad consagrada por la norma en cita, a través de la Ley 80 de 1993, en cuyos artículos 39 y 41 reguló lo relacionado con la forma que deben revestir los contratos estatales y el perfeccionamiento de los mismos.

El mencionado artículo 39 señala que *“Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles, y en general aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad”* y el artículo 41 ibídem prevé que *“Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”*, con lo cual la misma ley restringió el principio de la libertad de forma (que emana del principio de autorregulación de la relación de obligación), para disponer que la forma escrita es la que deben adoptar los contratos estatales para existir jurídicamente y quedar perfeccionados (elemento constitutivo del contrato - requisito *ad solemnitatem* o *ad substantiam actus*).

Ahora, es necesario precisar que, contrario a lo que sostuvo el Tribunal, la operación de registro presupuestal no constituye un requisito para el perfeccionamiento de los contratos estatales.

En efecto, es cierto que por algún período la jurisprudencia de esta Corporación¹ sostuvo que el contrato estatal quedaba perfeccionado cuando, además del cumplimiento de las exigencias previstas por el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, la entidad pública realizaba la operación de registro presupuestal; sin embargo, tal posición jurisprudencial fue modificada poco después², porque la Sección Tercera de esta Corporación consideró que tal concepción era producto de la errada interpretación del artículo 71 del Decreto-ley 111 de 1996.

Sostuvo la Sala de la Sección que “... *el registro presupuestal, que consiste en la certificación de apropiación de presupuesto con destino al cumplimiento de las obligaciones pecuniarias del contrato; (sic) es un instrumento a través del cual se busca prevenir erogaciones que superen el monto autorizado en el correspondiente presupuesto, con el objeto de evitar que los recursos destinados a la financiación de un determinado compromiso se desvíen a otro fin ...*”³.

Así, pues, a través de la operación de registro presupuestal la entidad pública afecta definitivamente una apropiación, es decir, perfecciona el compromiso presupuestal, para cumplir unas precisas y determinadas obligaciones pecuniarias, tal como lo disponen los artículos 71 del Decreto-ley 111 de 1995 y 20 del Decreto Reglamentario 568 de 1996; por ende, se trata de un trámite interno de la respectiva entidad pública, cuya realización es de su exclusivo resorte y, por esa misma razón, no puede constituir requisito de perfeccionamiento del contrato estatal, pues, de serlo, la existencia del contrato pendería del querer de una de las partes del mismo, específicamente, de la entidad pública.

Por lo anterior, la ausencia de la operación de registro presupuestal comporta el incumplimiento de una obligación legal que genera una responsabilidad personal del funcionario que omite realizarla; pero, no tiene la virtualidad de afectar la existencia, la validez o la eficacia del negocio jurídico, sino la regularidad de la ejecución del contrato, con la consecuencia contingente del incumplimiento del mismo por parte de la entidad pública.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de enero de 2000 exp. 14.935 y del 13 de junio de 2005, exp. 12.486.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 28 de septiembre de 2006, exp. 15.307

³ *Ibidem*.

Así, pues, la posición que actualmente sostiene la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación es que los requisitos de perfeccionamiento del contrato estatal son: a) que exista acuerdo de voluntades en cuanto al objeto del contrato y a la contraprestación del mismo y b) que el acuerdo sea elevado a escrito⁴.

Por otra parte, los requisitos de ejecución son: a) aprobación de las garantías, b) realización del registro presupuestal y c) hoy día, acreditación del pago de los aportes parafiscales, de conformidad con los artículos 41 de la Ley 80 de 1993, en armonía con lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley 1150 de 2007⁵.

La actuación precontractual y contractual de todas las entidades del Estado a las que se refiere el artículo 2 (numeral 1) de la Ley 80 de 1993 debe estar subordinada y ser respetuosa del marco legal definido por el Congreso de la República, porque en ella se encuentran involucrados el interés general y el ejercicio de una función pública, más precisamente, de una función administrativa que se debe desarrollar con sujeción a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad y que sirve como instrumento para la realización de los fines estatales (prestación de los servicios a su cargo), de suerte que sólo la ley puede regular los aspectos atinentes a la existencia y el perfeccionamiento de los contratos estatales.

En conclusión, con la expedición del acto administrativo objeto de control se vulneraron los artículos 6, 121, 122 y 150 (inciso final) de la Constitución Política, 41 de la Ley 80 de 1993 y 71 del Decreto-ley 111 de 1996, porque se excedió el marco regulador propio de este tipo de actos administrativos, al establecer requisitos tendientes a modificar el ordenamiento legal, en cuanto al perfeccionamiento y la ejecución de los contratos estatales.

Ahora bien, la demandada aduce en el recurso de apelación que el Acuerdo 017 del 22 de junio de 2002 se encuentra ajustado al ordenamiento superior, porque guarda armonía con lo dispuesto por las Leyes 716 de 2001 y 863 de 2003.

La Ley 716 de 2001, *“Por la cual se expiden normas para el saneamiento de la información contable en el sector público y se dictan disposiciones en materia*

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, exp. 34.738.

⁵ *Ibidem*.

tributaria y otras disposiciones”, reguló, entre otras materias, la relacionada con la depuración de saldos contables de las entidades públicas.

Para el efecto, el parágrafo 3º del artículo 4 de la mencionada ley dispuso:

“Las entidades estatales para relacionar las acreencias a su favor pendientes de pago deberán permanentemente en forma semestral, elaborar un boletín de deudores morosos, cuando el valor de las acreencias supere un plazo de seis (6) meses y una cuantía mayor a cinco (5) salarios mínimos legales vigentes. Este boletín deberá contener la identificación plena del deudor moroso, bien sea persona natural o jurídica, la identificación y monto del acto generador de la obligación, su fecha de vencimiento y el término de extinción de la misma.

“Las personas que aparezcan relacionadas en este boletín no podrán celebrar contratos con el Estado, ni tomar posesión de cargos públicos, hasta tanto demuestren la cancelación de la totalidad de las obligaciones contraídas o acrediten la vigencia de un acuerdo de pago” (subrayas fuera del texto).

La anterior disposición fue modificada y adicionada, inicialmente, por el parágrafo del artículo 66 de la Ley 863 de 2003⁶ y, posteriormente, por el artículo 2 de la Ley 901 de 2004⁷.

⁶ La norma en cita dispuso: “Las entidades estatales para relacionar las acreencias a su favor pendientes de pago, deberán permanentemente en forma semestral, elaborar un boletín de deudores morosos, cuando el valor de las acreencias supere un plazo de seis (6) meses y una cuantía mayor a cinco (5) salarios mínimos legales vigentes. Este boletín deberá contener la identificación plena del deudor moroso, bien sea persona natural o jurídica, la identificación del acto generador de la obligación, el concepto y monto de la obligación, su fecha de vencimiento y el término de extinción de la misma.

“Las personas que aparezcan relacionadas en este boletín no podrán celebrar contratos con el Estado, ni tomar posesión de cargos públicos hasta tanto no se (sic) demuestren (sic) la cancelación de la totalidad de las obligaciones contraídas o acrediten la vigencia de un acuerdo de pago.

“El boletín será remitido al Contador General de la Nación durante (sic) los primeros diez (10) días calendario de los meses de junio y diciembre de cada anualidad fiscal. La Contaduría General de la Nación consolidará y posteriormente publicará en su página Web el boletín de deudores morosos del Estado, los días 30 de julio y 30 de enero del año correspondiente.

“La Contaduría General de la Nación expedirá los certificados de que trata el presente Parágrafo a cualquier persona natural o jurídica que lo requiera. Para la expedición del certificado el interesado deberá pagar un derecho igual al tres por ciento (3%) del salario mínimo legal mensual vigente. Para efectos de celebrar contratos con el Estado o para tomar posesión del cargo será suficiente el pago de derechos del certificado e indicar bajo la gravedad del juramento, no encontrarse en situación de deudor moroso con el erario o haber suscrito acuerdos de pago vigentes.

“Para el cumplimiento de las obligaciones inherentes al proceso del saneamiento contable público se realizará el fortalecimiento de la UAE-Contaduría General de la Nación mediante la apropiación de las partidas presupuestales y la asignación del código de identificación rentística por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

⁷ Dice la norma: “Las entidades estatales para relacionar las acreencias a su favor pendientes de pago deberán permanentemente en forma semestral, elaborar un boletín de deudores morosos, cuando el valor de las acreencias supere un plazo de seis (6) meses y una cuantía mayor a cinco (5) salarios mínimos legales vigentes. Este boletín deberá contener la identificación plena del deudor moroso, bien sea persona natural o

Pero, los incisos segundo y cuarto, del párrafo tercero, del artículo 2 de la Ley 901 de 2004, en virtud de los cuales se prohibía a las entidades públicas celebrar contratos con las personas que aparecieran relacionadas en el boletín de acreencias fiscales, fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-1083 de 2005, con fundamento en que las disposiciones aludidas contemplaban una restricción del derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, sin que existiera una justificación constitucionalmente válida. Dijo la Corte en la referida sentencia (se transcribe como aparece en el texto de la providencia):

“Dicha prohibición es contraria al principio de igualdad establecido en el Art. 13 superior, por desconocer el requisito de proporcionalidad en sentido estricto que han señalado la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta corporación, ya que el beneficio que se obtiene con ella, esto es, la obtención del pago de los créditos a favor de las entidades estatales y el saneamiento de su información contable y de sus finanzas, es muy inferior a la afectación del derecho fundamental de acceso a los cargos públicos consagrado en el Art. 40 de la Constitución, del que son titulares los deudores relacionados en el boletín, de suerte que se genera una ostensible desproporción, de mayor significado si se tiene en cuenta que por los graves problemas económicos y sociales del país son muchos los deudores que resultan convertidos en víctimas de tal medida por circunstancias ajenas a su voluntad.

“En este sentido cabe señalar numerosos ejemplos, entre ellos los casos de las personas a quienes se ha impuesto una multa de tránsito que no pueden cancelar en el plazo de seis (6) meses que prevé el aparte normativo demandado, o de las personas que han obtenido la prestación de servicios de salud para sí mismas o para sus familiares en hospitales públicos y no pueden efectuar su pago en el mismo término, las cuales, por efecto de lo dispuesto en los incisos 2º y 4º de dicho segmento, resultan privadas del ejercicio del citado derecho fundamental sin justificación válida a la luz de la Constitución.

jurídica, la identificación y monto del acto generador de la obligación, su fecha de vencimiento y el término de extinción de la misma.

“Las personas que aparezcan relacionadas en este boletín no podrán celebrar contratos con el Estado, ni tomar posesión de cargos públicos, hasta tanto demuestren la cancelación de la totalidad de las obligaciones contraídas o acrediten la vigencia de un acuerdo de pago.

“El boletín será remitido al Contador General de la Nación durante los primeros diez (10) días calendario de los meses de Junio y Diciembre de cada anualidad fiscal. La Contaduría General de la Nación consolidará y posteriormente publicará en su página Web el boletín de deudores morosos del Estado, los días 30 de julio y 30 de enero del año correspondiente.

“La Contraloría General de la República y demás órganos de control fiscal verificarán el cumplimiento por parte de las entidades estatales de la presente obligación” (Los subrayado corresponde a los apartes declarados inexecutable por la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-1083 de 2005).

“Adicionalmente, la indicada medida prohibitiva no es necesaria para obtener el pago de las obligaciones a favor de las entidades del Estado, puesto que éstas pueden hacer uso del proceso ejecutivo regulado en la ley, tanto por la vía de la llamada jurisdicción coactiva, en las materias en que aquella la contempla, como por la vía jurisdiccional propiamente dicha, sin afectar los derechos fundamentales de los deudores.

“En consecuencia, el trato desigual otorgado por los incisos 2º y 4º del párrafo 3º del Art. 2º de la Ley 901 de 2004 a los deudores morosos del Estado no tiene una justificación objetiva y razonable y configura así una discriminación negativa de los mismos, contraria al principio de igualdad previsto en el Art. 13 de la Constitución, en concordancia con lo dispuesto en el Art. 40 ibídem sobre el derecho fundamental de acceso a los cargos públicos. Por ello, la Corte los declarará inexecutable”⁸.

Por lo anterior, el argumento expuesto por la entidad demandada, al sustentar el recurso de apelación, no puede servir de fundamento para defender la validez del acto administrativo objeto de censura y, por el contrario, lo único que hace es corroborar que las disposiciones en él contenidas son contrarias al ordenamiento jurídico superior, como contrarias son las de la ley que, al decir de la parte demandada, sirvió de sustento a la disposición administrativa demandada.

En consecuencia, se confirmará la decisión recurrida.

III.- Costas.-

Por tratarse del ejercicio de una acción pública, no se impondrá condena en costas.

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

F A L L A:

Primero.- CONFÍRMASE en su integridad la sentencia proferida el 1º de julio de 2004, por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

Segundo.- Sin condena en costas.

⁸ Transcripción extraída del texto de la sentencia que aparece en la página web <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-1083-05.htm>.

Tercero.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA