

DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL - Régimen jurídico / REGISTRO, RESERVA O COMPROMISO PRESUPUESTAL - Régimen jurídico

[V]arias normas regulan la disponibilidad presupuestal y el registro presupuestal – instituciones diferentes, aunque relacionadas-, y por supuesto la autorización para comprometer vigencias futuras, bien de carácter ordinario o bien de carácter excepcional. Esa regulación reposa en dos grandes cuerpos: i) normativa presupuestal prevista en la Ley 80 de 1993 y ii) normativa presupuestal especial contenida en el Estatuto Orgánico de Presupuesto, compuesto, a su vez, por varias normas: a) Decreto 111 de 1996 -que compiló las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995-; b) Decreto 115 de 1996, por el cual se establecieron normas sobre la elaboración, conformación y ejecución de los presupuestos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta sujetas al régimen de aquéllas dedicadas a actividades financieras; c) Ley 819 de 2003, que modificó la Ley 179 de 1994; y d) Ley 1483 de 2011, que autorizó las vigencias futuras excepcionales en las entidades territoriales.

FUENTE FORMAL: LEY 38 DE 1989 / LEY 80 DE 1993 / LEY 179 DE 1994 / LEY 225 DE 1995 / DECRETO 111 DE 1996 // DECRETO 115 DE 1996 / LEY 819 DE 2003 / LEY 1483 DE 2011

REGIMEN PRESUPUESTAL - Previsto en la ley de contratación estatal / REGIMEN DE CONTRATACION ESTATAL Y EL REGIMEN PRESUPUESTAL - Conexión material. Regulación / CONTRATACION ESTATAL - Importancia del presupuesto

Es inocultable la conexión material que existe entre el régimen de contratación estatal y el régimen presupuestal; la relación es tan fuerte que ha sido una constante en los estatutos de contratación que ha tenido el país. Por ende, su regulación no ha sido del resorte exclusivo de la ley de presupuesto, porque todas las leyes de contratación pública han regulado parcialmente el tema. Parte de la importancia consiste en que a través de los contratos se ejecuta la mayor parte del presupuesto público, representando otra suma importante el pago de la deuda pública –que se adquiere por medio de contratos de crédito- y los gastos de funcionamiento –incluye salarios y prestaciones sociales-. Esta simple proporción refleja la importancia que tiene el presupuesto para la contratación estatal y, a la inversa, la contratación estatal para el presupuesto. No obstante reconocerse esta realidad jurídico-administrativa, la relación entre estos grandes regímenes del derecho administrativo –contratación y presupuesto- no siempre es pacífica, aunque sí necesaria, toda vez que en muchos casos entran en conflicto -y muy serios-, porque uno exige para su perfecta funcionalidad posibilidades de acción que al otro le dificultan la suya. Por ejemplo, el manejo anualizado del presupuesto es un gran sistema de administración de los ingresos y los egresos, pero en la contratación el año calendario no está asociado a la ejecución normal de las obras, a la entrega de bienes o a la prestación de servicios. En este sencillo ejemplo se advierte una tensión entre el sistema presupuestal y el sistema contractual, de allí que el legislador, en su labor de configuración del ordenamiento jurídico, tiene el deber de construir cada uno con el mayor refinamiento y precisión posible, para que ambos cumplan la finalidad de interés general que les corresponde proteger. No obstante, si no es posible armonizarlos, no cabe duda que la ley sacrificará, en mucho o en poco, las pretensiones de eficiencia total de un sistema en detrimento del otro, privilegiando la lógica de funcionamiento de alguno. Esto produce, en principio, un resentimiento en el método de proceder del

sistema jurídico afectado, pero mientras no sea inconstitucional le corresponde asumir la carga de subordinarse a la razón de su contradictor.

REGIMEN DE CONTRATACION ESTATAL Y EL REGIMEN PRESUPUESTAL - Disponibilidad presupuestal / DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL - Régimen jurídico / DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL - Finalidad. Fundamento / DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL - Requisito para adelantar cualquier proceso de selección de contratistas / PROCESOS DE CONTRATACION - Es exigible que se involucren gastos en dinero / PROCESO DE CONTRATACION - No es procedente el pago en especie. Negocio gratuito para la entidad y no se necesitaría disponibilidad presupuestal

El artículo 25.6 de la Ley 80 de 1993, que regula el principio de economía -y rige en todos los procedimientos de selección-, establece en el numeral 6: "Las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales." Esta norma creó uno de los tantos requisitos que la Ley 80 exige para adelantar cualquier proceso de selección de contratistas: antes de iniciar el proceso –incluida la contratación directa- es necesario contar con disponibilidad presupuestal. La finalidad es garantizar que las entidades públicas cuentan con los recursos necesarios para asumir las obligaciones pecuniarias, exigencia que sirve a la administración ya que la obliga a actuar con responsabilidad económica, y a los contratistas, porque les garantiza que las entidades tendrán recursos para pagar sus créditos. Esta norma, con más detalle, se explica de la siguiente manera: i) Establece el momento u oportunidad límite para cumplir este requisito: a) cuando se abra una licitación y, en general, b) cuando se inicie cualquier otro proceso de selección de contratistas. La distinción se explica por los diferentes procesos de contratación que establece la ley -hoy en día son (Ley 1150 de 2007): licitación, concurso de méritos, selección abreviada, contratación directa y mínima cuantía; antes eran (Ley 80 de 1993, época en la que se suscribió el contrato sub iudice): licitación, concurso, contratación directa y contrato sin formalidades plenas-.La regla expresada en el párrafo anterior aplica, incluso, a la contratación directa, aunque en la práctica es difícil establecer el momento preciso en que se acredita este requisito, porque formalmente no existe acto de apertura de ese proceso de contratación. No obstante, entiéndase que se exige cuando empieza el proceso de negociación, que corresponde a las conversaciones o tratativas que surgen entre el Estado y el escogido para negociar directamente el contrato. En consecuencia, cualquiera sea el procedimiento de contratación que emplee la administración, para iniciarlo contará con disponibilidad presupuestal suficiente para asumir la futura obligación de pago. Esta idea, expresada en términos negativos, significa que una entidad no puede iniciar un proceso de contratación sin disponibilidad presupuestal que respalde totalmente las obligaciones pecuniarias que adquirirá. Claro está que, conforme a la norma citada, nada impide que la entidad expida la disponibilidad presupuestal antes de iniciar el proceso de selección, caso en el cual con sobradas razones se ajusta a la ley. De este modo, antes de publicar los pre-pliegos, incluso antes de publicar avisos en la página web, se puede satisfacer este requisito; sin embargo, lo determinante es que la fecha o momento límite para cumplir la exigencia es concomitante con la iniciación formal del proceso de selección. Del art. 25.6 también se desprende que es exigible en los procesos de contratación que involucren gasto en dinero –la experiencia enseña que son la mayoría-, es decir, en moneda de curso legal –incluso moneda extranjera-, porque si la contratación supone, por parte del Estado, un pago en especie –como bienes o cosas- o el negocio es gratuito para la entidad, por sustracción de materia no necesita disponibilidad presupuestal,

pues, según la ley, a través del presupuesto anual de ingresos y egresos se administra dinero, no bienes muebles, inmuebles o de otro tipo.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25.6

DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL - Exigibilidad / DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL - La dificultad práctica que se advierte para establecer el monto preciso no es obstáculo ni excusa para no tenerla / DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL - Se debe tener en cuenta el presupuesto oficial del proceso de selección

La disponibilidad presupuestal es exigible, incluso, en contratos que involucran gasto en dinero cuyo precio exacto o preciso es difícil de establecer ab initio. Es el caso en que la entidad se compromete a pagarle a un abogado una comisión de éxito por su gestión en defensa de las pretensiones de una demanda, o pagarle a un vendedor una comisión por las ventas que realice, cantidad exacta que solo se conocerá cuando venza el plazo y/o cese la ejecución. Pese a todo, en casos como estos la ley exige la disponibilidad presupuestal que respalde la obligación que nace, sencillamente porque el contrato causará un gasto, que debe respaldar el presupuesto. Lo cierto es que la dificultad práctica que se advierte para establecer el monto preciso de la disponibilidad presupuestal no es obstáculo ni excusa para no tenerla. Simplemente hay que calcular el valor aproximado que se pagará en caso de que el contratista tenga éxito en la gestión –presupuesto oficial de la contratación-, porque de serlo se necesitarán recursos para pagar. En realidad, lo mismo aplica en un contrato de obra pública a precio unitario, donde nadie discute que hay que calcular el valor –suponiendo razonablemente las cantidades de obra y los precios-, para expedir la disponibilidad presupuestal que lo cubra, pese a que el valor definitivo sólo se conocerá cuando culmine la ejecución, es decir, meses o años después.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25.6

DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL - Presupuesto oficial. Obligación de cubrir el valor total del cálculo del costo de bienes, obras o servicios

La disponibilidad presupuestal debe cubrir el valor total en que se calcula el costo de los bienes, obras o servicios –presupuesto oficial-, de manera que si la entidad sólo cuenta con una parte de los recursos no puede iniciar el proceso de contratación. Y aunque tenga “casi todo” el dinero, y en el inmediato futuro ingresará al presupuesto el faltante, no puede iniciar el proceso hasta contar con el monto total.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25.6

DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL - Noción. Definición. Concepto

[La disponibilidad presupuestal] Suele confundirse con el registro presupuestal, pero en realidad hace referencia a la certificación que expide el funcionario encargado de administrar los recursos de la entidad, donde hace constar que en el presupuesto existen dinero para atender una prestación económica futura y eventual que surgirá de un proceso de contratación que la entidad tiene interés en adelantar

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25.6

DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL - Propósito

El propósito de la disponibilidad presupuestal es garantizar que los recursos del Estado se administren con responsabilidad, en este caso evitando que los administradores públicos -como cualquier persona irresponsable-, asuman obligaciones sin capacidad de pago. De admitir ese comportamiento se abrirían licitaciones sin contar con recursos suficientes, dirigidos por la necesidad política o administrativa de hacer obras, recibir estudios o contar con servicios. Por actuar así, rápidamente se incumplen las obligaciones, y la mora produce financieramente un desastre económico para quien incurre en ella. Por estas razones pragmáticas la ley prohíbe “contratar con las ganas pero sin plata”, es decir, si lo que se quiere comprar se puede pagar la ley autoriza contratarlo; pero si no hay recursos hay que esperar a tenerlos para comprometer económicamente al Estado. No obstante, contar con disponibilidad presupuestal para un contrato no equivale a tener dinero efectivo en caja. La disponibilidad tampoco es un cheque ni un título valor, es un certificado que garantiza que en el presupuesto anual de la entidad existe una partida o rubro, representada en dinero, para comprometerse por medio de un contrato. No obstante -se insiste-, el certificado no asegura que el dinero esté disponible en los bancos donde la entidad maneja sus cuentas, sólo asegura que existe espacio presupuestal para asumir un compromiso, así que el dinero puede o no estar disponible. De hecho, la confrontación que hace el funcionario que expide el certificado es entre el presupuesto anual aprobado -no contra los saldos en bancos- y el monto solicitado para un proceso de contratación específico.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25.6

Concepto / CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL - Fundamento

[L]o que expresa el certificado de disponibilidad presupuestal no son, en realidad, datos específicos de un contrato, porque no se ha celebrado, de hecho, apenas se iniciará el proceso de selección; por el contrario, este documento sólo da a conocer que en el presupuesto anual de una entidad se cuenta con recursos para atender determinada necesidad que se desea contratar. En consecuencia, la disponibilidad presupuestal, conocida con la sigla C.D.P., es el documento expedido por el responsable de presupuesto que garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible, libre de afectación y suficiente para respaldar los actos administrativos o los contratos con los cuales se ejecuta el presupuesto o se hace la apropiación. Cabe aclarar que cuando se expide un CDP el presupuesto se afecta en la suma certificada, es decir, que al monto total inicial se le resta lo certificado como disponible, así que en adelante queda en el presupuesto lo que resulta de descontar los CDP expedidos hasta ese momento. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 22 de octubre de 2009, exp. 1535-07

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25.6

REGIMEN DE CONTRATACION ESTATAL Y EL REGIMEN PRESUPUESTAL - Reserva, compromiso o registro presupuestal. Régimen jurídico / REGISTRO O RESERVA PRESUPUESTAL - No necesariamente corresponde al presupuesto oficial del proceso de selección / REGISTRO RESERVA PRESUPUESTAL - Valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato / PRECIO NOMINAL DEL CONTRATO - Expresado en una cláusula /

PRECIO CUBIERTO CON EL REGISTRO PRESUPUESTAL - Expresado en el certificado

El artículo 25.13 de la Ley 80 de 1993 regula la reserva, compromiso o registro presupuestal -conocida como RP- porque establece que: “Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.” El contenido y alcance de este otro requisito de la contratación se explica a continuación: i) Según la disposición, la reserva presupuestal no necesariamente corresponde al presupuesto oficial del proceso de selección –como sucede con la disponibilidad presupuestal-, sino al valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato, más el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios. Esto significa que el monto varía -normalmente sucede- porque la oferta adjudicada, que es la que define el valor del contrato, tiene un precio que normalmente oscila alrededor del presupuesto oficial, pero difícilmente es idéntico. Por esta razón, el registro presupuestal se corresponde con el valor de la oferta adjudicada. No obstante, el numeral 13 añade que el registro o reserva presupuestal incluirá el monto de los futuros reajustes del precio inicial, en el evento en que el contrato lo contemple. En este supuesto, uno es el precio nominal del contrato –expresado en una cláusula- y otro el precio cubierto con el registro presupuestal –expresado en el certificado-, de manera que aquél será más bajo y éste más alto; pero en la medida en que avanza la ejecución se aproximan, hasta ser casi idénticos al final del plazo.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25.13

REGISTRO RESERVA PRESUPUESTAL - Cumplimiento del requisito. Momento límite

En cuanto al momento límite en que la entidad debe contar con este requisito, la norma no establece una etapa o instante preciso, sin embargo, es claro que no es exigible durante el proceso de selección -que va hasta la adjudicación del contrato-, por dos razones: porque durante esa etapa se necesita la disponibilidad presupuestal y porque es necesario adjudicar el contrato para conocer el monto exacto por el cual se constituirá la reserva. Esto significa que a partir de la adjudicación del contrato la entidad puede expedir el registro o reserva presupuestal –RP-, pero no tiene que ser fatalmente en ese momento, pues otra norma -que se analizará más adelante- complementa esta exigencia.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25.13

REGISTRO O RESERVA PRESUPUESTAL - Fundamento / REGISTRO RESERVA PRESUPUESTAL - Garantía o protección. Alcanza efectos penales y disciplinarios

[E]l registro presupuestal garantiza las apropiaciones específicas para afectar un negocio jurídico concreto: su precio, un contratista identificado y un plazo de ejecución concreto. En este escenario, el certificado incluye la información básica del negocio y el artículo 20 del Decreto 111 de 1996 lo define como “la operación mediante la cual se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la aprobación, garantizando que ésta no será desviada a ningún otro fin. En esta operación se debe indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar.” (...) Por su naturaleza, los recursos reservados para pagar las

prestaciones de un contrato, a un contratista identificado, no pueden emplearse para pagar otro contrato; si se actúa de esta forma el servidor público incurre en el delito de peculado por destinación oficial diferente. De esta manera, la garantía o protección que tienen los recursos de una reserva presupuestal –RP- alcanza efectos penales, ni qué decir disciplinarios.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25.13

PRESUPUESTO PUBLICO - Régimen jurídico / REGISTRO O RESERVA PRESUPUESTAL - Es exigible para la ejecución del contrato / VIGENCIAS FUTURAS - Fundamento. Presupuesto / VIGENCIAS PRESENTES - Fundamento. Presupuesto

El inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 complementa las normas que se refieren al presupuesto público. En virtud suya: “Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.” (...) Según esta norma, que se armoniza con el art. 25.13, el momento límite para expedir la reserva presupuestal es el inicio de la ejecución del contrato. No obstante, la norma transcrita expresa una impropiedad evidente, porque entendida de manera literal expresa que para ese momento de nuevo se necesita la disponibilidad presupuestal -CDP-; idea ilógica, pues quedó claro que ese certificado se exige para abrir los procesos de selección, luego nuevamente no puede requerirse para esta ocasión. Por esta razón, no cabe duda que se trata de un lamentable lapsus, y que el art. 41 exige la reserva presupuestal –RP- para la ejecución. (...) Esta disposición también incorpora la expresión “vigencias futuras”, para señalar que los recursos que se destinan a un contrato pueden provenir de vigencias presentes, es decir, la afectación de recursos del presupuesto del año que transcurre; o de recursos de vigencias futuras, que corresponden a la afectación del presupuesto de los años siguientes al que transcurre. Conforme a esta posibilidad, no todo el dinero que se necesita para pagar las obligaciones que nacen de un contrato se tienen que tomar del presupuesto del año que avanza –vigencia presente-, porque la ley de presupuesto permite comprometer recursos del presupuesto de los años siguientes –vigencias futuras-, en condiciones particularmente reguladas allí.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 41 INCISO DOS

LEY ORGANICA DE PRESUPUESTO. Régimen jurídico / REGIMEN PRESUPUESTAL - Disponibilidad presupuestal y registro presupuestal / DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL - Noción. Definición. Concepto / DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL - Fundamento. Presupuesto

Otra norma que regula el certificado de disponibilidad presupuestal –CDP- y el registro o reserva presupuestal –RP- es el Decreto 111 de 1996, por medio del cual se compilaron las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995, que conformaron el estatuto orgánico del presupuesto, conforme a lo preceptuado por el artículo 352 de la Constitución Política, que dispuso las reglas para afectar vigencias futuras, como se expondrá. (...) El inciso primero del artículo 71 establece, sobre la disponibilidad presupuestal -requisito extendido a los demás actos de la administración que afectan el gasto público, no sólo los contratos estatales-, que toda erogación debe contar con un certificado de disponibilidad previo –CDP-, que garantice los recursos para atenderlo, de conformidad con el principio de planeación (...) Conforme a esta disposición, la disponibilidad

presupuestal es un requisito extendido a todo gasto, de manera que la regulación del art. 25.6 de la Ley 80 sólo ratifica, para el exclusivo contexto de la contratación estatal, lo que la ley general de presupuesto ordena para todo acto que involucre gastos. Si la norma citada de la Ley 80 no existiera, el inciso primero del art. 71 sería suficiente para entender que el requisito subsiste. El inciso que se comenta también coincide con la Ley 80 en señalar que el certificado debe ser previo a la afectación que se haga al presupuesto, sólo que, a diferencia de aquella, no precisa el momento; pero la Ley 80 sí: antes de abrir un proceso de selección, de ahí que la complementariedad de estas leyes sea oportuna y ofrezca seguridad.

FUENTE FORMAL: DECRETO 111 DE 1996 - ARTICULO 71

LEY ORGANICA DE PRESUPUESTO - Régimen presupuestal / REGIMEN PRESUPUESTAL - Registro presupuestal / REGISTRO PRESUPUESTAL - Noción. Definición. Concepto / REGISTRO PRESUPUESTAL - Fundamento. Presupuesto / REGISTRO, COMPROMISO O RESERVA PRESUPUESTAL - Plazo de la obligación y el valor de las prestaciones / REGISTRO, COMPROMISO O RESERVA PRESUPUESTAL - Prohibición a la Administración de contraer compromisos sobre apropiaciones presupuestales inexistentes

El inciso segundo de la misma norma [Artículo 71 del Decreto 111 de 1996] reguló el registro presupuestal –RP-, que garantiza que los recursos destinados a un gasto concreto no se desvíen a otro fin, así sea bueno. Esto confirma que se trata de requisitos distintos: uno previo y otro posterior; el uno asegura la existencia de apropiación suficiente en el presupuesto y el otro asegura los recursos, impidiendo desviarlo para otro gasto. En cada proceso de contratación estatal se necesitan ambos, pero en etapas distintas. Sobre el contenido mínimo del registro, compromiso o reserva presupuestal –RP-, la norma exige el plazo de la obligación y el valor de las prestaciones, lo que facilita controlar la “indisponibilidad” de esos recursos para otras obligaciones, así como definir el tiempo durante el cual se destinará el dinero, porque el inciso tercero prohibió a las autoridades contraer compromisos sobre apropiaciones presupuestales inexistentes o en exceso del saldo disponible, o sin autorización previa, con el ánimo de impactar vigencias futuras o adquirir compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados: “En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.”

FUENTE FORMAL: DECRETO 111 DE 1996 - ARTICULO 71 INCISO SEGUNDO

LEY ORGANICA DE PRESUPUESTO - Régimen presupuestal / REGIMEN PRESUPUESTAL - Vigencias futuras y presentes. Condiciones / REGIMEN PRESUPUESTAL - Vigencias futuras y presentes. Diferencias

El artículo 23 del Decreto 111 de 1996 –modificado por la Ley 819 de 2003- regula las denominadas vigencias futuras, es decir, la posibilidad de que una obligación se pague con cargo al presupuesto del año(s) subsiguiente(s), lo que significa que el valor total de un contrato no se tiene que garantizar con el presupuesto de la vigencia fiscal presente –año en que se suscribe el contrato y empieza a ejecutarse-. Las condiciones que esta norma estableció para hacerlo fueron: i) que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público lo autorizara, ii) que la ejecución se iniciara con parte de los recursos de la vigencia en curso y la ejecución del objeto se llevara a cabo en cada una de ellas; iii) si se trataba de la ejecución de

proyectos de inversión del orden nacional, antes de dicha autorización debía obtenerse el concepto del Departamento Nacional de Planeación. (...) la ejecución del contrato que se pagará con recursos de vigencias futuras debe empezar a ejecutarse en el año en curso –vigencia presente- y continuar el año(s) siguiente(s) -vigencias futuras-. Esto significa que: i) si un contrato de seis (6) meses de plazo empieza a ejecutarse en un año y termina en el mismo, su pago no se puede hacer con vigencias futuras, sino sólo con vigencias presentes. Por el contrario, ii) si ese mismo contrato de seis (6) meses de plazo empieza a ejecutarse en un año y termina el siguiente, su pago, debe hacerse con una combinación de vigencias presentes más vigencias futuras. Incluso, en el último evento, si la entidad cuenta con todos los recursos en la vigencia presente, sólo puede afectar lo que calcula será el gasto de la ejecución en ese año, y con vigencias futuras lo que se estima será el gasto de la ejecución el año siguiente. Hasta este lugar de la norma, la ley no permite que el 100% del precio del contrato se pague con cargo a vigencias futuras, porque otro requisito legal es que se comprometa, por lo menos, una parte de los recursos de la vigencia presente. No obstante, la ley no indicó qué monto debía invertirse, así que en muchas entidades se comprometían cantidades irrisorias de la vigencia presente –el 1% del valor total- y el valor restante –casi todo- de vigencias futuras –el 99% del precio-.

FUENTE FORMAL: DECRETO 111 DE 1996 - ARTICULO 23 / DECRETO 111 DE 1996 - ARTICULO 24

LEY ORGANICA DE PRESUPUESTO - Régimen presupuestal / REGIMEN PRESUPUESTAL - Prohibición de comprometer vigencias futuras. Excepción a la regla

[E]l art. 24 [del Decreto 111 de 1996] creó una excepción a la regla anterior: era posible asumir compromisos que afectaran el 100% de vigencias futuras, es decir, sin apropiar recursos del presupuesto del año en curso –así fuera aquella suma irrisoria-, siempre que se tratara de la ejecución de obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad y garantías a las concesiones. En este evento, también se exigía que el contrato iniciara su ejecución en la vigencia presente, sin comprometer dinero de esa misma vigencia, y debía continuar en el año(s) siguiente(s), comprometiendo el pago total con el presupuesto de esas vigencias fiscales.

FUENTE FORMAL: DECRETO 111 DE 1996 - ARTICULO 24

MODIFICACION AL REGIMEN DE VIGENCIAS PRESENTES Y FUTURAS - Regulación de la Ley 819 de 2003 / VIGENCIAS PRESENTES Y FUTURAS - Distinción / MODIFICACION DE LAS VIGENCIAS FUTURAS - Vigencias futuras ordinarias y vigencias futuras excepcionales / AFECTACION DE VIGENCIAS FUTURAS - Autorización. Requisitos / AFECTACION DE VIGENCIAS FUTURAS - No es posible autorizar compromisos que excedan el respectivo período de gobierno en las entidades territoriales. Excepción

La Ley 819 de 2003, que modificó las disposiciones de la Ley 179 de 1994 - incorporadas al Decreto 111 de 1996-, mantuvo la distinción entre vigencias presentes y futuras, pero introdujo una nueva: vigencias futuras ordinarias y vigencias futuras excepcionales. El artículo 10 precisó que el Consejo Superior de Política Fiscal podrá autorizar la asunción de compromisos que afecten el presupuesto de las vigencias futuras siempre que: i) la ejecución inicie en la vigencia en curso, ii) su objeto se adelante en cada una de ellas, y se verifiquen estos otros requisitos: iii) el monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las

condiciones de las mismas consulte las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 1 de la Ley 819 de 2003; iv) como mínimo, de las vigencias futuras que se soliciten se deberá contar con apropiación del quince por ciento (15%) en la vigencia fiscal en la que estas sean autorizadas – vigencia presente-; v) cuando se trate de proyectos de inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación y del Ministerio del ramo. (...) La norma también advirtió, como gran novedad del manejo presupuestal –con la finalidad de proteger los recursos de los administradores públicos futuros-, que en las entidades territoriales no es posible autorizar compromisos con cargo a vigencias futuras que excedan el respectivo período de gobierno. Pero a continuación estableció una excepción, para los proyectos que involucren gastos de inversión que sean declarados de importancia estratégica por el mismo órgano. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1520 del 23 de octubre de 2003

FUENTE FORMAL: LEY 819 DE 2003 - ARTICULO 10

VIGENCIAS FUTURAS EXCEPCIONALES - Noción. Definición. Concepto / VIGENCIAS FUTURAS EXCEPCIONALES - Fundamento. Presupuesto

[L]vigencias futuras excepcionales –art. 11- [de la Ley 819 de 2003] son aquellas en virtud de las cuales el Consejo Superior de Política Fiscal autoriza la asunción de compromisos que afectan el presupuesto de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se conceden, en los siguientes eventos: para la ejecución de obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa, seguridad y garantías a las concesiones. (...) el legislador no autorizó a las entidades territoriales para asumir compromisos con vigencias futuras excepcionales, pues de lo contrario habría dispuesto, en el artículo 5 de la Ley 819 de 2003, el monto máximo, el plazo y las condiciones para que aquéllas consultaran las metas plurianuales del Marco Fiscal de entes territoriales. Adicionalmente, esa intención se habría materializado en una disposición concreta y manifiesta que otorgara a dichas entidades la facultad de comprometer excepcionalmente rubros futuros del presupuesto, como lo hizo con las vigencias ordinarias. **NOTA DE RELATORIA:** La Sección Primera del Consejo de Estado expresó que el artículo 11 de la Ley 819 de 2003, solo aplicaba para las entidades del orden nacional, no a las entidades territoriales; sobre el tema consultar sentencia de 14 de julio de 2011, rad. 00032-02

FUENTE FORMAL: LEY 819 DE 2003 - ARTICULO 11

VIGENCIAS FUTURAS ORDINARIAS - Entidades territoriales. Competencia / VIGENCIAS FUTURAS EXCEPCIONALES - Afectación. Procedencia. Requisitos / ASAMBLEAS Y CONCEJOS MUNICIPALES - La facultad para autorizar las vigencias futuras ordinarias es indelegable

[E]l artículo 12 de la Ley 819 de 2003 reguló las vigencias futuras ordinarias en las entidades territoriales. Dispuso que la competencia para expedir estas autorizaciones es de las Asambleas Departamentales o Concejos Municipales, a iniciativa del gobierno, previa aprobación del Confis territorial o del órgano que haga sus veces. En esa línea de pensamiento, la afectación de las vigencias futuras procede siempre que su ejecución se inicie con los recursos de una vigencia en curso, su objeto se adelante en cada una de ellas y también se verifiquen los siguientes requisitos: "a) El monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas consulte las metas plurianuales del Marco

Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 1º de esta ley; b) Como mínimo, de las vigencias futuras que se soliciten se deberá contar con apropiación del quince por ciento (15%) en la vigencia fiscal en la que estas sean autorizadas; c) Cuando se trate de proyectos que conlleven inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.” – artículo 12 de la Ley 819 de 2003-. Además, la facultad de las Asambleas y los Concejos municipales de autorizar las vigencias futuras ordinarias es indelegable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 819 de 2003 y la jurisprudencia de la Corporación. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema, consultar Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 13 de diciembre de 2012, exp. 03456-02

FUENTE FORMAL: LEY 819 DE 2003 - ARTICULO 12

VIGENCIAS FUTURAS EXCEPCIONALES - Entidades Territoriales. Afectación. Presupuestos / VIGENCIAS FUTURAS EXCEPCIONALES - Entidades Territoriales. Facultad para comprometerlas otorgada por las Corporaciones de Elección Popular

[L]a Ley 1483 de 2011 cambió el panorama de las vigencias futuras excepcionales en las entidades territoriales, pues autorizó asumir compromisos que las afectan, sin apropiación en el presupuesto del año en que la Asamblea o el Concejo lo autorizan, siempre que se cumplan los siguientes presupuestos: i) solo podrán autorizarse para la ejecución de proyectos de infraestructura, energía, comunicaciones, y en gasto público social en los sectores de educación, salud, agua potable y saneamiento básico, que se encuentren debidamente inscritos y viabilizados en los respectivos bancos de proyectos; ii) el monto máximo de vigencias futuras, plazo y las condiciones de las mismas deben consultar las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 5º de la Ley 819 de 2003; iii) se cuente con aprobación previa del Confis territorial o el órgano que haga sus veces; iv) cuando se trate de proyectos que conlleven inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación. De otra parte, la autorización para comprometerlas, que otorgan las Corporaciones de Elección Popular, no pueden superar el respectivo período de gobierno, salvo que se trate de proyectos de gastos de inversión en aquellos casos en que el Consejo de Gobierno los declare de importancia estratégica.

FUENTE FORMAL: LEY 1483 DE 2011

EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO Y DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA - Elaboración, conformación y ejecución de los presupuestos / ACTOS QUE AFECTEN APROPIACIONES PRESUPUESTALES - Deben contar con el certificado de disponibilidad presupuestal y con el registro presupuestal / ACTOS QUE AFECTEN APROPIACIONES PRESUPUESTALES - Prohibición

El Decreto 115 de 1996, por el cual se establecen normas sobre elaboración, conformación y ejecución de los presupuestos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta sujetas al régimen de aquéllas, dedicadas a actividades no financieras, en forma concordante al Decreto 111 de 1996, estableció que los actos que afecten apropiaciones presupuestales deben contar con CDP previo que garantice el rubro para atender un gasto determinado -artículo 21-. Además, exige que estos compromisos cuenten con el registro presupuestal, de conformidad con lo previsto

en el numeral 13 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993. El artículo 21 también dispuso la misma prohibición del Decreto 111, es decir, que las autoridades no pueden contraer compromisos sobre apropiaciones presupuestales inexistentes o en exceso del saldo disponible, o con anticipación a la apertura del crédito adicional correspondiente, o con cargo a recursos del crédito cuyos contratos no se encuentren perfeccionados, o sin que cuenten con el concepto de la Dirección General de Crédito Público para comprometerlos antes de su perfeccionamiento, o sin la autorización para comprometer vigencias futuras por el Consejo Superior de Política Fiscal, CONFIS, o por quien éste delegue, con el ánimo de impactar vigencias futuras o adquirir compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados. (...) Finalmente, el Decreto 115 de 1996, contempló la posibilidad de adicionar, trasladar o reducir los rubros destinados a un determinado gasto, siempre que se garantice la existencia de los recursos con el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal.

FUENTE FORMAL: / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 13 / DECRETO 111 DE 1996 / DECRETO 115 DE 1996 - ARTICULO 21

VALIDEZ DEL CONTRATO - Vicios que lo afectan / CONTRATOS - Validez y existencia / FORMAS DEL CONTRATO - Solemnidades ad solemnitatem, ad substantiam actus o constitutiva y ad probationem / CONTRATOS - Solemnidad / REQUISITOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO - Su inobservancia puede producir nulidad relativa o absoluta

[U]n acto puede existir pero carecer de validez, por adolecer de un vicio, en consecuencia estará afectado de nulidad absoluta o relativa, aunque exista y produzca efectos hasta tanto se declare judicialmente la irregularidad. Esos requisitos son: capacidad plena; ausencia de vicios del consentimiento -error, fuerza y dolo-; ausencia de lesión enorme, cuando da lugar a su rescisión; licitud del objeto; y licitud de la causa. También se distinguen las formas de los contratos, entre las que se encuentran las solemnidades: ad solemnitatem, ad substantiam actus o constitutiva; y ad probationem. Las primeras, son esenciales para la validez del contrato, y su omisión lo hace ineficaz, aunque se acrediten los demás requisitos de existencia y validez del negocio, puesto que la forma constitutiva cumple una función específica y esencial en su configuración. Generalmente son de origen legal, pero en virtud del principio de la autonomía de la voluntad las partes pueden acordar, por ejemplo, que el contrato conste en escritura pública y que se inscriba en el registro. Se reitera, para algunos autores la forma solemne de los contratos es un requisito de su existencia y no es necesario diferir de esta postura, en el entendido de que también es un requisito de la validez del acto. Las segundas -ad probationem- se exigen como medio de prueba, "como protección de la eficacia del contrato frente a terceros, servir de título de ejecución, ingresar en los Registro o ser presentados en oficinas públicas o conferir una especial prelación a los créditos." La inobservancia de algunos requisitos produce nulidad relativa o absoluta, de conformidad con el artículo 1740 del CODIGO Civil, pero puede ocurrir que el perjuicio causado a la parte que cumple no proceda de la nulidad, sino de la declaratoria de inexistencia de los contratos, por el incumplimiento del contrato válidamente celebrado, incluso por vicios en la etapa precontractual, como se verá, y que repercuten jurídica y patrimonialmente en uno de los contratistas.

NULIDAD DEL CONTRATO - En el derecho privado / NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA - Distinción / DECLARATORIA DE NULIDAD ABSOLUTA - No hay lugar a restituciones mutuas. Salvedad

[E]n el derecho privado la nulidad puede generarse por vicios que las partes conocían previo a la celebración del contrato, como cuando una sabe que la otra no tiene capacidad, pero celebran el acuerdo. Repárese en el caso del hombre adulto que sabe que su futura esposa es menor de 14 años, y no cuenta con autorización de sus padres para contraer matrimonio, y aun así accede a celebrarlo, en este caso la nulidad deviene de la voluntad de las partes. Hay eventos en los que uno de los extremos está exento de responsabilidad en la producción de los vicios negociales y, en principio, no tendría que responder: de acuerdo con el art. 1740 del CODIGO Civil (...) el acto nace a la vida jurídica porque atiende los requisitos que la Ley exige para su existencia, no obstante, no implica que sea válido y que, en consecuencia, produzca efectos jurídicos, porque -como se señaló- aunque la validez está atada a la existencia del acto jurídico, en el primer escenario los requisitos del contrato deben cualificarse. Ya no se tratará del otorgamiento, por ejemplo, del consentimiento, sino que debe estar exento de vicios -error, fuerza o dolo-. Asimismo, la declaratoria de nulidad de los contrato, y en general de los actos jurídicos, implica, en términos de Ospina Fernández, la paralización de la eficacia futura, pero también su destrucción retroactiva -desde luego, en cuanto sea posible- por ende conduce a la extinción de las obligaciones entre las partes. (...) el derecho privado distingue entre la nulidad absoluta y relativa de los contratos -artículos 1740 y 1741 del CODIGO Civil-. La primera procede del objeto o la causa ilícita, por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a su naturaleza. Además, el acto es absolutamente nulo si proviene del incapaz absoluto. Este defecto lo declara el juez, de oficio, aunque puede alegarse por quien tenga interés, o el Ministerio Público, en defensa de la moral o la ley. (...) La nulidad relativa, por su parte, se produce por cualquier otro vicio, distinto de los que enuncian los incisos primero y segundo del artículo 1741 del CODIGO Civil, y produce la rescisión del contrato: incapacidad relativa de los menores adultos y los disipadores en interdicción judicial; vicios del consentimiento (art. 1508 del CODIGO Civil); falsedad de la causa (art. 1524 del C.C.); inobservancia de las formalidades requeridas, no en consideración a la naturaleza del acto sino a la calidad o estado de los agentes y la lesión enorme dirimente, que tiene lugar en la aceptación de una herencia o legado (art. 1291), en las particiones de bienes (art. 1405) y en la venta y en la permuta de inmuebles (arts. 1946 y ss., y 1958). Esta nulidad no se declara de oficio, sino a solicitud de la parte en cuyo favor se estableció, y se sana por ratificación de las partes o por prescripción de la acción rescisoria (art. 1743). (...) cuando se declara la nulidad absoluta no hay lugar a restituciones mutuas, a menos que las partes no tuvieran conocimiento que alguno de estos requisitos de validez fuera ilícito. Así lo prevén los artículos 1525 y 1746 del CODIGO Civil, en consecuencia, los demás vicios que generen nulidad absoluta o relativa dan a las partes el derecho a ser restituidas al estado en que se hallaban antes del contrato. En efecto, el artículo 1746 del CODIGO Civil dispone que las restituciones mutuas proceden, sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o la causa ilícita, esto es, advirtiendo lo estipulado por el artículo 1525 (...) En concordancia con el inciso primero de esta norma, el artículo 1525 del CODIGO Civil, prevé: "Art. 1525. No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas." Pero si se trata de un acuerdo celebrado por algún incapaz, sin los requisitos que exige la ley, el que contrató con él puede pedir la restitución o reembolso de lo que gastó o pagó, siempre que pruebe que el incapaz se hizo más rico con el negocio.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1508 / CODIGO CIVIL -
ARTICULO 1524 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1525 / CODIGO CIVIL -
ARTICULO 1740 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1741/ CODIGO CIVIL -
ARTICULO 1743 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1746 / CODIGO CIVIL -

ARTICULO 1946 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1947 / CODIGO CIVIL -
ARTICULO 1948 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1949 / CODIGO CIVIL -
ARTICULO 1950 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1951 / CODIGO CIVIL -
ARTICULO 1952 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1953 / CODIGO CIVIL -
ARTICULO 1954 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1955 / CODIGO CIVIL -
ARTICULO 1956 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1957 / CODIGO CIVIL -
ARTICULO 1958

NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL - Causas adicionales de las previstas en el derecho privado / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL - Causales / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL - Pueden alegarlas las partes, el agente del Ministerio Público, cualquier persona que acredite interés directo o ser declarada oficiosamente por el Juez / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL - No es susceptible de saneamiento por ratificación

En los contratos estatales la nulidad se produce por causas adicionales de las previstas en el derecho privado. El artículo 44 de la Ley 80 dispone que son nulos por las razones dispuestas en el derecho común –objeto y/o causa ilícita, ausencia de solemnidades e incapacidad absoluta-, y también cuando: i) se celebran con personas incurso en inhabilidad o incompatibilidad; ii) se celebran contra expresa prohibición constitución o legal; iii) se celebran con abuso o desviación de poder; iv) se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; v) se celebren con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley. La nulidad absoluta del contrato estatal pueden alegarla las partes, el agente del Ministerio Público, cualquier persona que acredite interés directo –esto a partir de la Ley 446 de 1998- o declararla oficiosamente el juez; además, no es susceptible de saneamiento por ratificación. Incluso, en los casos previstos en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44, el jefe o representante legal de la entidad pública puede terminar el contrato –como lo hizo el alcalde de El Retiro, en el contrato sub iudice-, mediante acto administrativo motivado, y ordenará su liquidación.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 44.1 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 44.2 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 44.4 / LEY 446 DE 1998

NULIDAD RELATIVA DEL CONTRATO ESTATAL - Defectos de configuración establecidos en el derecho privado / NULIDAD RELATIVA DEL CONTRATO ESTATAL - Puede sanearse por ratificación de las partes o por prescripción / DECLARATORIA DE NULIDAD DE UN CONTRATO DE EJECUCION SUCESIVA - A diferencia del derecho privado, se reconocerán y pagarán las prestaciones ejecutadas hasta la adopción de la decisión

[C]omo sucede con la nulidad relativa en el derecho privado, en la contratación estatal este vicio se configura por los demás defectos de que adolezca el negocio, y puede sanearse por ratificación de las partes o por prescripción, que es de 2 años contados desde que ocurre el hecho generador. Como señala el tratadista Ricardo Uribe Holguín, refiriéndose al derecho privado, los contratos estatales también pueden adolecer de nulidad parcial, no obstante, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 80 de 1993, la nulidad de una cláusula contractual no invalida la totalidad del negocio jurídico, salvo si la parte viciada no permite la existencia del acuerdo: “De la Nulidad Parcial. La nulidad de alguna o algunas cláusulas de un contrato, no invalidarán la totalidad del acto, salvo cuando éste no pudiese existir sin la parte viciada.” (...) a diferencia del derecho privado, el estatuto de

contratación pública dispone que si se declara la nulidad de un contrato de ejecución sucesiva, se reconocerá y pagarán las prestaciones ejecutadas hasta la adopción de la decisión. No obstante, si el contrato es nulo por objeto o causa ilícita, la entidad sólo debe pagar el beneficio que el contratista le haya prestado. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre los efectos de la declaratoria de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva, consultar sentencia de 24 de noviembre de 2004, exp. 25560

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 47 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 48

CONTRATOS ESTATALES - Requisitos de perfeccionamiento y de ejecución. Reiteración jurisprudencial / EL ARTICULO 71 DE LA LEY 111 DE 1996 - No modificó el artículo 41 de la Ley 80 / PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL - Los actos administrativos que involucren gastos no se perfeccionan con el registro presupuestal / EL ARTICULO 71 DEL DECRETO 111 DE 1996 - Se refiere al perfeccionamiento de los actos administrativos / LOS CONTRATOS ESTATALES - No son actos administrativos / CONTRATO ESTATAL Y ACTO ADMINISTRATIVO - Diferencias / REGISTRO PRESUPUESTAL - No es requisito de perfeccionamiento de los contratos estatales

En relación con el perfeccionamiento de los contratos estatales (...) la jurisprudencia de esta Corporación, de forma variable, ha sostenido dos tesis, ambas en vigencia de la Ley 80 de 1993. La primera (...) afirmó que el perfeccionamiento del contrato exigía, además del escrito contentivo del acuerdo contractual, la existencia del respectivo registro presupuestal (...) Y la segunda, (...) señaló que para perfeccionar un contrato estatal bastaba cumplir los requisitos dispuestos en el primer inciso del artículo 41 de la ley 80, esto es: acordar el objeto y la contraprestación y elevarlo a escrito. La discusión procedía de la lectura del art. 41 de la Ley 80, concordado con el 71 del Decreto 111 de 1996. (...) Hasta 1996 esta disposición no ofreció complejidad –porque estaba claro cómo se perfeccionaba el contrato estatal-, pero con el Decreto 111 de 1996 –norma que compiló el estatuto presupuestal, disperso en varias leyes- el tema se hizo difícil, pues para muchos operadores jurídicos el art. 71 modificó el art. 41 de la Ley 80, creando un requisito de perfeccionamiento de los contratos. Sin embargo, no es correcta aquella posición que señalaba que el art. 41 fue modificado por el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 -que estableció que los actos administrativos que involucren gastos se perfeccionan con el registro presupuestal-, porque, de un lado, se refiere al perfeccionamiento de los “actos administrativos” –inciso primero-, no al de los contratos estatales, de allí que no es pertinente aplicarla a una institución o figura completamente distinta, como es la contratación estatal. En efecto, los contratos estatales no son actos administrativos, por esta razón la norma no le aplicaba. En tal sentido, un acto administrativo es una declaración unilateral de voluntad, amén de las otras características, al paso que los contratos son, por definición, actos bilaterales, de manera que por este sólo presupuesto falla la identificación de estas dos formas de manifestación de la voluntad de la administración. De otro lado, la ley 80 reguló de forma especial el tema del perfeccionamiento del contrato estatal, de modo que existiendo requisitos propios y autónomos, no se explica la razón por la cual se acude a otra normativa para exigir elementos extraños a dicho estatuto. (...) a manera de tercer argumento -hoy más evidente y claro que antes-, con la vigencia de la ley 1150 de 2007 el legislador ratificó que el requisito presupuestal se necesita para la “ejecución” del contrato, no para el “perfeccionamiento”, pues señaló que “Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la

existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes...". (...) Esta norma, se insiste, mantiene intacto el primer inciso del art. 41 de la ley 80, de allí que el perfeccionamiento del contrato estatal sigue como estuvo regulado desde la vigencia de la norma inicial. Pero también conserva la idea de que el registro presupuestal es un requisito de ejecución del contrato, luego hoy no puede sostenerse que lo sea de perfeccionamiento, so pena de desatender el sentido del artículo citado. Afortunadamente esta postura es la que rige, tesis imperante que señala que el contrato estatal se perfecciona con el acuerdo de voluntades, elevado a escrito (...) el art. 41 de la Ley 80, vigente al momento de celebrarse el contrato de prestación de servicios profesionales sub iudice, efectivamente disponía que los requisitos de perfeccionamiento, que son distintos a los de ejecución, no incluyen la existencia del registro presupuestal. (...) el registro presupuestal no es requisito de perfeccionamiento de los contratos, sino condición para ejecutarlos, porque los negocios jurídicos de las autoridades se reputan perfectos cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y éste se eleva a escrito. (...) la Sala mantiene la tesis vigente, que proviene de la lectura del art. 41 original de la Ley 80 de 1993, e inclusive de su reforma. **NOTA DE RELATORIA:** Tesis jurisprudencial y reiteración jurisprudencial, consultar providencias: auto de 27 de enero de 2000, exp. 14935; sentencias de: 3 de febrero de 2000, exp. 10399; 6 de abril de 2000, exp. 12775 y de 23 de junio de 2010; exp. 17860

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 41 / DECRETO 111 DE 1996 - ARTICULO 71 / LEY 1150 DE 2007

LA AUSENCIA DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL Y DE REGISTRO PRESUPUESTAL - No es causal de nulidad del contrato estatal / REGISTRO PRESUPUESTAL - Requisito de ejecución no de perfeccionamiento del contrato

[E] registro presupuestal no es requisito de perfeccionamiento de los contratos, sino de ejecución, de manera que no se necesitan más explicaciones para entender por qué no se comparte el análisis del tribunal, así que se remite al estudio realizado sobre los arts. 41 de la Ley 80 de 1993 y 71 del Decreto 111 de 1996. Lo expresado significa que existió el contrato de prestación de servicios que celebraron Darío Piedrahita Giraldo y el Municipio de El Retiro, es decir, se perfeccionó, porque en términos del art. 41 de la Ley 80 –aplicable al caso, porque el contrato se suscribió en 1997- hubo acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y se hizo constar por escrito. Claro está que la Sala comprende la posición que asumió el a quo –pero no la comparte-, porque orientado por el art. 71 del Decreto 111 de 1996, expedido recién se había suscrito el contrato, entendió que esa disposición modificó la Ley 80 de 1993, yerro en el que también incurrió temporalmente la Sección Tercera –como se explicó atrás-, pero finalmente corrigió la posición, para mantener pacífica la tesis de la vigencia plena del art. 41 de la Ley 80 de 1993. En consecuencia, como existió el contrato de prestación de servicios, y constituyendo el registro presupuestal un requisito de ejecución, su ausencia no produce inexistencia del negocio, ni siquiera lo vicia de nulidad, porque el papel que cumple –según el inciso segundo del art. 41- es autorizar el inicio de una etapa del contrato que no incide en su formación: la ejecución de las obligaciones. Inclusive, también es requisito de ejecución la aprobación de la garantía única que constituye el contratista, defecto o ausencia que de ninguna manera produce inexistencia del contrato, ni siquiera nulidad, se trata de una falla que genera otras consecuencias, pero no las dos mencionados. De aceptarse la tesis del tribunal se concluiría que la falta de póliza y/o de su aprobación produce la nulidad absoluta de contrato, y que la administración puede

terminarlo unilateralmente, al amparo del art. 45 de la Ley 80. Semejante conclusión es inaceptable, porque los incumplimientos de algunas obligaciones en que incurran las partes para empezar la ejecución del contrato, e incluso posteriores a ésta, generan consecuencias de otra índole, pero no la extinción del contrato.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 41 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 45 / DECRETO 111 DE 1996 - ARTICULO 71

LEY ORGANICA DE PRESUPUESTO - Consagra una sanción, que no es la nulidad de los actos o contratos, cuando se compromete al Estado sin contar con registro presupuestal

En los términos del art. 71 del Decreto 111 de 1996, cuando se exige registro presupuestal y la entidad no lo obtiene, la sanción que se aplica no afecta al acto o al contrato sino a la persona que incumple la obligación. Dispone el inciso final de dicha norma -luego de señalar que los compromisos económicos del Estado deben contar con registro presupuestal (...) La sanción por la violación a esta norma es clara: el funcionario que omita el requisito responde disciplinaria, penal y fiscalmente, incluso patrimonialmente –alcance personal de la conducta-, por ejecutar un contrato sin respaldo presupuestal; pero de allí no se desprende que cualquier vicio asociado a este requisito -exigible a todos los actos o contratos que involucren gastos- se sancione con nulidad. Un entendimiento amplio o extendido de las consecuencias derivadas de los defectos de este requisito produciría, inclusive, la nulidad un acto administrativo de contenido laboral que reconozca un pago sin tener el registro presupuestal de respaldo. Semejante alcance es inaceptable, porque es claro que la validez del acto y la responsabilidad del funcionario que lo expide sin cumplir esta obligación son aspectos diferentes. (...) la Sala confirma y consolida (...) que la ausencia de disponibilidad y con mayor de registro presupuestal no producen ni inexistencia ni nulidad del contrato estatal. **NOTA DE RELATORIA:** Al respecto consultar Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencias de 11 de marzo de 2010, exp. 0792-06 y de 22 de abril de 2010, exp. 2611-07. Sección Tercera, sentencias de 23 de junio de 2005, exp. 12846 y de 16 de agosto de 2012, exp. 24463

FUENTE FORMAL: DECRETO 111 DE 1996 - ARTICULO 71

NULIDAD DEL CONTRATO - Cualquier irregularidad no la produce / DEFECTOS QUE AFECTAN LA CONTRATACIÓN, E IMPACTOS VARIABLES EN LAS DISTINTAS ETAPAS QUE LO COMPONEN - Diferencias

[N]o cualquier defecto o irregularidad en la contratación estatal produce la nulidad el contrato, ni siquiera la relativa. De hecho, hay que distinguir los defectos que se presentan en las distintas etapas: proceso de selección, perfeccionamiento del contrato, ejecución y liquidación. Esta distinción facilita entender que las causales de nulidad del contrato –absoluta o relativa- se configuran en las etapas de selección del contratista o en la de perfeccionamiento del contrato; pero no en las etapas de ejecución o liquidación. Basta observar las causales legales que las constituyen para admitir esta conclusión. Esta razón, adicional a las expresadas, refuerza que los defectos en que incurra la administración y/o el contratista para ejecutar un contrato o para liquidarlo, no inciden en la validez del negocio. Para mayor precisión, ni siquiera toda irregularidad que ocurra en las etapas de selección y perfeccionamiento del contrato producen, irremediabilmente, su nulidad. Sólo producen esa consecuencia los defectos que se enmarquen, con precisión, en las causales legales o constitucionales. De hecho, el art. 49 de la Ley

80 de 1993 consagra la regla inversa: (...) Esta norma, armonizada con las que describen las causales de nulidad, reclama un listado de defectos o irregularidades que producen la nulidad absoluta o relativa, y otro listado de las que no tienen esa consecuencia -pese a existir un defecto-. Esta providencia no asumirá esa tarea, enorme y casuística, pese a que bastaría ordenar las sentencias para concretar muchas respuestas. No obstante, a la jurisprudencia le falta analizar cuándo la omisión de ciertos requisitos produce la nulidad del contrato. Por ejemplo: i) falta de estudios de oportunidad y conveniencia, ii) falta de convocatoria pública, iii) falta de estudios y documentos previos de la contratación, iv) falta de licencia ambiental –cuando se requiere-, v) falta de prepliego, vi) falta de avisos en la página web, vii) ausencia de acto de apertura, viii) falta de pliego definitivo, ix) falta de evaluación de ofertas, x) no poner el informe de evaluación de ofertas a disposición de los oferentes, xi) no celebrar audiencia de adjudicación, entre otros. No obstante, la regla que introduce el art. 49 es el saneamiento general, así que la norma autoriza regularizar buena parte de los defectos cometidos con ocasión de los procesos de contratación.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 47

LA BUENA FE EN LOS CONTRATOS ESTATALES - Contribuye a interpretar las consecuencias que tienen las irregularidades del negocio

Para valorar las consecuencias de las irregularidades que se presentan en la actuación contractual, hay que tener en cuenta el principio de la buena fe, que rige las relaciones de negocios, tanto en el derecho privado como en el público. En este horizonte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1603 del CODIGO Civil “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.” (...) la problemática muestra que el contratista no participó de la comisión de la irregularidad que el municipio reprocha: falta de registro presupuestal del contrato, porque no es obligación suya obtenerlo, diligenciarlo o tramitarlo; se trata de una obligación a cargo de la entidad estatal, quien administra su presupuesto y lo ejecuta. (...) El municipio olvidó que los contratistas no son los ordenadores del gasto público, que la posición que tiene el contratista ante la entidad no es la de garante o revisora de sus actos, pues quienes participan en la contratación tienen la confianza puesta en que la otra parte responde de los asuntos que tiene a su cargo, y concretamente la entidad debe garantizar el cumplimiento de los trámites que están bajo su responsabilidad, como sucede con el registro presupuestal. (...) es inconcebible que el culpable del defecto –el municipio- no se preocupe por sanearlo, y tome el camino fácil de terminar la relación contractual. (...) el principio de la buena fe rige en la contratación estatal porque si bien no está reglado en la Ley 80, así lo invocan, entre otros, los artículos 13 y 23 del mismo estatuto, que remiten a los principios generales del derecho, al artículo 83 de la Constitución Política y a la legislación civil y comercial: (...) la buena fe exige que los contratantes obren con lealtad, es decir que se debe emplear con los demás una conducta ajustada a las exigencias del decoro social y de la honradez, o sea, tener la conciencia de que se obra rectamente. (...) La buena fe significa ‘que cada cual debe guardar fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella; supone el conducirse como cabía esperar de cuantos con pensamiento honrado intervienen en el tráfico como contratantes’...”. Aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala concluye que la falta de disponibilidad presupuestal, así como al falta de registro o reserva presupuestal no afectan la validez del contrato. En particular, el incumplimiento del segundo no incide en la selección del contratista ni en la formación del contrato, se trata de un requisito de ejecución!,

que produce consecuencias diferentes: responsabilidad personal del funcionario que lo omite.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 83 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1603 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 13 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 23 /

NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARO LA TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO POR AFECTACION DE VIGENCIAS FUTURAS - Indemnización in natura

[L]a nulidad que se decretará sobre el acto administrativo demandado de ninguna manera respalda ni estimula a que las actuaciones que realizó la alcaldía de El Retiro se generalicen como ejemplo de conducta. Se entiende con claridad que existió una irregularidad grave en el contrato de prestación de servicio, porque no contó con registro presupuestal, y por estos hechos se debieron adelantar las investigaciones correspondientes para sancionar la conducta de quienes permitieron que sucediera así. La Sala espera que esto se haya realizado, porque a la fecha es inútil dar traslado de estas conductas a los organismos de control, porque la acción fiscal y la disciplinaria caducaron. (...) si bien, se reprocha el pésimo manejo que la Alcaldía hizo de las disponibilidades presupuestales y de las reservas presupuestales para el contrato, eso no significa que produzca, necesariamente, la nulidad del negocio, así que en atención a estos últimos términos es que se anulará la decisión administrativa, pues una irregularidad interna como esas debió sanearla la administración, en lugar de terminar el contrato de quien no participó de esos hechos.

NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARO LA TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO POR AFECTACION DE VIGENCIAS FUTURAS - Continuidad del contrato de prestación de servicios en igualdad de términos y condiciones

En la pretensión segunda de la demanda el interesado solicitó que "... se declare la continuidad del contrato de prestación de servicios en igualdad de términos y condiciones...", a lo cual se accederá, teniendo en cuenta que la indemnización in natura, cuando es posible –como en este caso- es la mejor forma de reparar los daños, y como la asesoría jurídica es una necesidad permanente de las administraciones públicas, ordenar como reparación del daño que la reciba no supone adquirir un servicio inútil o innecesario. De esta forma, el objeto del contrato, su alcance y demás condiciones de ejecución se conservarán como se pactaron en el contrato de prestación de servicios; salvo la cláusula octava – garantías- que no se renovará, porque el contratista la constituyó y pagó en su debida oportunidad, cumpliendo la obligación que tuvo en su momento (...) en la misma pretensión se solicitó que "... se ordene al Municipio de El Retiro (Ant.), el pago de los honorarios dejados de cancelar, junto con los incrementos legales, desde diciembre de 1997, y hasta febrero del año 2000, fecha en que se termina el contrato" pretensión a la cual también se accederá, pero desde el 7 de febrero de 1998 –no desde diciembre de 1997-, porque no se dejaron de pagar los meses anteriores a esta fecha

NOTA DE RELATORIA: Con salvamento parcial de voto del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 05001-23-31-000-1998-01350-01(28565)

Actor: DARIO PIEDRAHITA GIRALDO

Demandado: MUNICIPIO EL RETIRO

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 17 de marzo de 2003, por el Tribunal Administrativo de Antioquia -fls. 221 a 234, cdno. ppal.-, que negó sus pretensiones, en los siguientes términos:

“1. DENIEGANSE LAS SUPPLICAS DE LA DEMANDA.”

ANTECEDENTES

1. La demanda

Darío Piedrahita Giraldo -en adelante el demandante, el apelante o el contratista- en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda contra el Municipio de El Retiro –en adelante el demandado, la entidad o el Municipio- con el fin de que se accediera a las siguientes pretensiones -fls. 25 a 28, cdno. 1-:

“1.- Declarar la nulidad de las Resoluciones No. 019 del 19 de enero de 1.998 y de la 048 del 1° de febrero del mismo año, expedidas por

la Alcaldía Municipal de El Retiro (Ant.) y se ordene restablecer el Derecho transgredido por dichos actos, mediante los que se declara la terminación de un contrato de prestación de servicios.

“2.- Como consecuencia de la anterior declaración, como Restablecimiento del Derecho se declare la continuidad del contrato de prestación de servicios en igualdad de términos y condiciones y por tanto se ordene al Municipio de El Retiro (Ant.), el pago de los honorarios dejados de cancelar, junto con los incrementos legales, desde diciembre de 1997, y hasta febrero del año 2000, fecha en que se termina el contrato.

“3.- La liquidación de las anteriores condenas deberán (sic) efectuarse en moneda legal Colombiana y se deberá ajustar de acuerdo al índice de precios al consumidor conforme lo dispone el Art. 178 del CCA.

“4.- Para la efectividad de la sentencia, se ordenará el cumplimiento de lo estipulado en los arts. 176 y 177 de C.C.A.”.

Manifestó que entre él y el municipio de El Retiro se suscribió, el 28 de febrero de 1997, un contrato de prestación de servicios profesionales cuyo objeto consistió en el asesoramiento jurídico a la entidad territorial. El término fue de 3 años, contados a partir de su celebración, y los honorarios ascendían a \$850.000 pesos mensuales, suma que se incrementaba anualmente, en un 25%, hasta el año 2000.

Aseguró que el contrato nunca se modificó ni se cedió y que cumplió las obligaciones adquiridas; no obstante, cuando se posesionó el nuevo Alcalde le comunicó “que por expresa prohibición legal, por tratarse de vigencias futuras y por falta de registro presupuestal” para ese año –es decir, 1998- “el contrato no podía seguirse ejecutando” –fl. 27, cdno. 1-, y que podía ejercer su defensa frente a tal decisión, dentro de los 5 días hábiles siguientes, es decir, que el representante de la entidad pretendió terminar el contrato con ese documento.

Posteriormente, mediante la Resolución No. 019, del 19 de enero de 1998, el Municipio terminó el contrato, aduciendo: i) que al contratarse por 3 años se afectaron las vigencias futuras, y se requería autorización del Concejo Municipal, y ii) que el registro presupuestal era requisito de perfeccionamiento del negocio, y como no se afectaron en forma debida las vigencias y no existió registro, el acuerdo se celebró contra expresa prohibición legal.

Contra la anterior decisión interpuso el recurso de reposición, pretextando que cuando suscribió el contrato existía disponibilidad para el pago, razón por la que el contrato no podía terminarse con apoyo en la causal que invocó la entidad. Por último, el municipio confirmó la decisión, el 1 de febrero de 1998, mediante la Resolución No. 048.

2. Contestación de la demanda

El demandado aceptó unos hechos, negó otros y se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Señaló que la terminación del contrato se ajustó al ordenamiento jurídico, porque en virtud del principio de unidad, la Ley Orgánica de Presupuesto aplica en el ámbito territorial; en este orden, para celebrar el contrato debieron observarse los artículos 23¹ y 71² del Decreto 111, y el artículo 41³ de la Ley 80 de 1993, pero no se hizo.

¹ “Artículo 23. La Dirección General del Presupuesto Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público podrá autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras, cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas. Cuando se trate de proyectos de inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.

“El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General del Presupuesto Nacional incluirá en los proyectos de presupuesto las asignaciones necesarias para darle cumplimiento a lo dispuesto en este artículo.

“Las entidades territoriales podrán adquirir esta clase de compromisos con la autorización previa del concejo municipal, asamblea departamental y los consejos territoriales indígenas o quien haga sus veces, siempre que estén consignados en el plan de desarrollo respectivo y que sumados todos los compromisos que se pretendan adquirir por esta modalidad, no excedan su capacidad de endeudamiento.

“(…)”. -la norma fue esbozada sin modificaciones-.

² “Artículo 71. Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

“Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otros fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

“En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del CONFIS o por quién este delegue, para comprometer vigencias futuras y adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.

“ ...

“Cualquier compromiso que se adquiriera con violación de estos preceptos creará responsabilidad persona y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones.”. -la norma fue esbozada sin modificaciones-.

Señaló que el negocio jurídico no se ajustó a los requisitos exigidos para afectar vigencias futuras, porque, en primer lugar, aunque en 1997 se requirieron los servicios del profesional, la necesidad debía ajustarse a las condiciones anuales del municipio. Igualmente, no existió autorización previa y expresa de Concejo de El Retiro para comprometer las vigencias futuras de la entidad territorial. Por esta razón la terminación del contrato se ajustó a los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993.

Adicionalmente, estimó que la parte actora escogió indebidamente la acción, porque el acto administrativo contractual debió demandarse conforme al artículo 87 del C.C.A. –acción contractual-, no de conformidad con el artículo 85 -nulidad y restablecimiento del derecho-.

Finalmente, manifestó que pagó los honorarios que adeudaba al demandante, de manera que no procedía otra tipo de prestación. En este orden, formuló las excepciones de: i) legalidad de los actos impugnados; ii) terminación del negocio con sujeción al ordenamiento jurídico, iii) la que denominó “nadie puede alegar en su favor su propia torpeza” iv) mecanismo procesal inadecuado; y v) pago de lo debido a la fecha de terminación del contrato.

3. Alegatos de conclusión

3.1. Del demandante: No alegó de conclusión.

3.2. Del demandado: Señaló, en primer lugar, que entre demandante y el Alcalde que suscribió el contrato, existía una relación de afinidad en primer grado. Asimismo, aseguró que: “Sería particularmente grave que DURANTE EL TERMINO PACTADO en el contrato hubiera surgido el parentesco, pues en tal hipótesis estaríamos ante una inhabilidad sobreviniente, según el artículo 9° de la Ley 80 de 1.993, lo que habría supuesto necesariamente la cesación de todo vínculo entre el demandante y el Municipio.” –fl. 213, cdno. 1-.

³⁴Artículo 41. Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

“Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.”. – la norma fue esbozada sin modificaciones-.

Por otra parte, nuevamente afirmó que el representante legal de la entidad territorial no estaba autorizado por el Concejo para celebrar el negocio. Y que por ética e idoneidad, el abogado demandante debía saber que un acuerdo, en esos términos, se suscribía contra expresa prohibición legal.

Finalmente, aseguró que no podía condenársele a pagar como indemnización la totalidad del “valor proyectado como honorarios, pues esa suma estaba condicionada a la prestación del servicio. Y es jurisprudencia constante del Consejo de Estado que el contratista vencedor en un caso como éste sólo pueda reclamar lo que habría obtenido a título de utilidades, y ni siquiera la totalidad de éstas, pues para obtenerlas habría tenido que ejecutar el contrato, razón por la cual se suele descontar una parte de la misma.” –fls. 214 y 215, cdno. 1-. En el mismo sentido, manifestó que en razón de la inhabilidad sobreviniente, la utilidad solo podría reconocérsele hasta cuando ésta se tipificó.

3.3. *Concepto del Ministerio Público:* No intervino en esta etapa del proceso.

4. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Antioquia negó las pretensiones. Consideró que la acción que procedía era la de controversias contractuales, no la de nulidad y restablecimiento del derecho, no obstante estudió el asunto de fondo porque las dos tenían la misma finalidad: anular el acto administrativo que terminó el contrato.

Aceptó que el contrato afectó vigencias futuras, así que para celebrarlo y ejecutarlo requería autorización del COMFIS, en su defecto del Concejo Municipal; no obstante no se obtuvo. En esta línea de pensamiento, el contrato adoleció de dos problemas: i) carencia de reserva presupuestal y ii) ausencia de autorización del Concejo para comprometer vigencias futuras, *conditio sine qua non* para perfeccionarlo. En conclusión, el *a quo* negó las pretensiones de la demanda porque no advirtió vicios en el acto administrativo demandado.

5. El recurso de apelación

Darío Piedrahita Giraldo recurrió la decisión. Aseguró que el contrato satisfizo los requisitos legales de perfeccionamiento, incluso la Dirección de Presupuesto del municipio certificó que existía disponibilidad presupuestal para celebrarlo y expidió un “escrito... que da cuenta de haberse efectuado el correspondiente registro...” –fl. 238, cdno. ppal.-.

Aseguró que omitir la “autorización para comprometer vigencias futuras” no justifica la terminación del contrato, falla imputable al contratante “que tendría que resolver él y que no podría ser trasladada al contratista, para luego sancionarlo por su inobservancia.” –fl. 238, cdno. ppal.-.

En este orden, “Ninguna incidencia o facultad tiene el contratista sobre las actuaciones propias de la administración y necesarias para cumplir con los requisitos de perfeccionamiento del contrato, en el caso sub lite, es claro que los discutidos certificado de disponibilidad, requisito presupuestal y autorización del Concejo Municipal, eran actuaciones que correspondía realizar al Ente Contratante y su desconocimiento, si es que lo hubo, no podía conllevar a la terminación del contrato, pues esta no es la consecuencia legal para ello, y más aún cuando con ella se está sancionando a quien nada tiene que ver con la omisión.” –fl. 239, cdno. ppal.-.

Finalmente, manifestó que el contrato se ejecutó y que si la administración advirtió un incumplimiento en los trámites de legalización, debió corregir la situación y perfeccionarlo correctamente; no proceder así y en su lugar terminar el contrato “es una actuación negligente que conlleva a que se tengan que pagar los daños y perjuicios ocasionados, como se reclama en la demanda” –fl. 240, cdno. ppal.-.

6. Alegatos en el trámite del recurso

Ni las partes, ni el Ministerio Público alegaron de conclusión.

CONSIDERACIONES

La Sala recuerda que el apelante se mostró inconforme con la sentencia del tribunal administrativo, porque declaró ajustado a la ley el acto administrativo que terminó el contrato de prestación de servicios profesionales, aduciendo que no

existió registro presupuestal para celebrarlo, y como además se afectaron vigencias futuras -porque el plazo de ejecución fue de tres (3) años- se requería autorización del CONFIS o del Concejo municipal, la cual no obtuvo. Añadió el tribunal –en sentido similar a las razones que expuso el municipio de El Retiro al expedir el acto administrativo demandado- que conforme al art. 71 del Decreto 111 de 1996 el registro presupuestal es requisito de existencia del contrato, pero como no se satisfizo, la decisión del municipio se ajustó al ordenamiento contractual y presupuestal.

Previo al estudio correspondiente para decidir el recurso, advierte la Sala que revocará la sentencia. Para justificar esta postura expondrá las siguientes razones: *i)* competencia de la Corporación para conocer el recurso; *ii)* lo probado en el proceso; *iii)* régimen jurídico de la disponibilidad presupuestal y régimen jurídico del registro, reserva o compromiso presupuestal, cuyo análisis exige examinar, separadamente: a) el régimen presupuestal previsto en la ley de contratación estatal: análisis de los arts. 25.6, 25.13 y 41 de la Ley 80, y b) régimen presupuestal regulado en la Ley Orgánica de Presupuesto: Análisis de los Decretos 111 de 1996, 115 de 1996 y de la Ley 819 de 2003; *iv)* vicios que afectan la validez del contrato estatal, análisis que exige el estudio de: a) la idea general de validez y existencia de los contratos, y b) la idea particular de validez de los *contratos estatales*, *v)* requisitos de *perfeccionamiento* y de *ejecución* de los contratos estatales; *vi)* el caso concreto, donde se sintetizará a) que el registro presupuestal es requisito de *ejecución*, no de *perfeccionamiento* del contrato; b) que la ley orgánica de presupuesto consagra una sanción, que no es la nulidad de los actos o contratos, cuando se compromete al Estado sin contar con registro presupuestal, c) que no cualquier irregularidad produce la nulidad de un contrato: Diferencias entre los defectos que afectan una contratación y diferencias de ellos en las etapas de la contratación, y d) que la buena fe en los contratos estatales sirve para interpretar la respuesta al caso concreto, y *vii)* la nulidad del acto administrativo contractual y la indemnización.

1. Competencia del Consejo de Estado

Conforme a lo establecido en el artículo 129⁴ del CODIGO Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999 del

⁴ “Artículo 129.- El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los

Consejo de Estado -modificado por el Acuerdo No. 55 de 2003⁵-, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias proferidas por los Tribunales Administrativos en las controversias de naturaleza contractual.

En el asunto que nos ocupa, la parte actora presentó demanda contra el municipio de El Retiro, pretendiendo la nulidad de las Resoluciones 019 del 19 de enero de 1998 y 048 del 1 de febrero de 1998, que declararon la terminación unilateral del contrato, y el consecuente restablecimiento del derecho. Finalmente, cuando se presentó la demanda -29 de mayo de 1998- para que un proceso fuera de doble instancia la cuantía debía exceder de \$18'850.000, y en el caso bajo estudio la pretensión mayor era de \$38'000.000.

2. Lo probado en el proceso

Para orientar el alcance de la controversia se hará un recuento de las pruebas aportadas y practicadas en el proceso, concretamente las relevantes para resolver el caso *sub iudice*, y para fundamentar el sentido de la decisión que se adoptará.

a. Entre el señor Darío Piedrahita Giraldo y el municipio de El Retiro se celebró, el 28 de febrero de 1997, un contrato de prestación de servicios, cuyo objeto fue “la prestación de los servicios de asesoría jurídica, por parte de EL ABOGADO, al Municipio de El Retiro”. El plazo fue de 3 años y los honorarios se de \$850.000 mensuales, que se incrementaban en un 25% a partir del 1 de enero de 1998, 1999 y 2000.

En la cláusula décima segunda se precisó que el pago a que se comprometió el municipio se subordinaba a la apropiación presupuestal de los correspondientes egresos. También se acordó que los desembolsos se imputarían al presupuesto de gastos, capítulo Alcaldía, rubro de Honorarios.

Tribunales Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. (...).”

⁵ “Artículo 13.- Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así: (...)

“Sección tercera (...)

“Las controversias de naturaleza contractual.”

b. En oficio AER-0013-98, del 5 de febrero de 1998, el Alcalde de El Retiro le comunicó al contratista que terminaría unilateralmente el contrato, porque se celebró contra expresa prohibición legal, por tratarse de contratación de vigencias futuras, pero no se contó con el registro presupuestal para ese año: “Examinando el contrato que usted tiene celebrado con el Municipio, se encuentra que la celebración se hizo contra expresa prohibición legal, por tratarse de vigencias futuras y por falta de registro presupuestal para el año en curso.

“Así las cosas, no puede seguirse con la ejecución, porque la Administración está en el deber de declarar la terminación, conforme lo dispuesto en el artículo 45 de la ley 80 de 1993.

“Esta comunicación tiene el objeto de poner en su conocimiento la circunstancia anotada, para que si lo tiene a bien se pronuncie y en general ejerza su derecho de defensa dentro de los cinco días hábiles a la notificación de la presente.” –fl. 11, cdno. 1-.

c. El contratista contestó el 10 de enero de 1998. Señaló que la anterior comunicación no era susceptible de notificación y, por ende, no podía ejercer su derecho de defensa ni suspender la ejecución del contrato, razón por la que continuaría desarrollando el objeto pactado.

d. En consideración a lo señalado, la entidad profirió la Resolución No. 019, del 19 de enero de 1998, por medio de la cual terminó unilateralmente el contrato, expresando que su ejecución afectaba vigencias futuras no incluidas en el presupuesto. Además, no existió registro presupuestal y, en consecuencia, el negocio se celebró contra expresa prohibición legal.

e. El demandante impugnó la decisión y la entidad expidió la Resolución No. 048, el 1 de febrero de 1998, por medio de la cual resolvió el recurso. Sostuvo que no era posible creer que el municipio era el único responsable de la situación, toda vez que el contrato se suscribió con un profesional del derecho. De esta manera confirmó la decisión.

f. Está demostrado que el contrato no contó con *registro presupuestal* (RP) –y se desconoce si tuvo o no *disponibilidad presupuestal* (CDP)-, como lo

aseguró el alcalde en el acto administrativo que terminó el contrato –por nulidad absoluta del mismo-, pues no sólo no se aportó al proceso el certificado correspondiente, sino porque los testimonios rendidos confirman esta versión.

En este sentido, el señor Leonel de Jesús Flórez, Tesorero municipal en la fecha de los hechos, explicó frente a la pregunta de si el contrato de prestación de servicios contaba con registro presupuestal, que: “sí existía, hasta dí un certificado de la misma solicitado por el Alcalde Germán Andrade Botero, por el año fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 1998... yo recuerdo de eso porque... se la realicé y se las hice llegar.” –fl. 209, fte. y vto., Cdo. 1-

Esta versión es dicente de que cuando se celebró el contrato -28 de febrero de 1997- no existió registro presupuestal, y si acaso lo hubo fue parcial, porque sólo cubrió el año de 1997, no así los dos años adicionales de la vigencia del contrato. De existir el registro presupuestal completo que exigía la Ley 80 de 1993 y el Decreto 111 de 1996, el Tesorero no lo habría expedido apenas en enero de 1998, porque expresó: “... hasta dí un certificado de la misma solicitado por el Alcalde Germán Andrade Botero, por el año fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 1998...”

La ley exige que tanto la disponibilidad presupuestal –CDP- como el registro presupuestal –RP- correspondan al valor total del contrato, y si excede la vigencia fiscal hay que comprometer *vigencias futuras* para certificar el valor total. En cambio, el Tesorero confirmó que en cada año de vigencia del contrato se expedía el registro presupuestal correspondiente a la ejecución de las obligaciones de ese año, y las demás quedaban sujetas a la expedición de un registro para el nuevo año. Más adelante la Sala explicará que esta forma de proceder no se ajusta a la Ley 80 ni a la ley de presupuesto.

Esta versión coincide con la expresada por María Lorena García, Auxiliar de Presupuesto de la época de los hechos, quien manifestó sobre la preguntas semejantes a las que se le formularon al Tesorero que: “el registro presupuestal era algo que se hacía cuando se elaboraba la cuenta y se registraba en el libro de presupuesto...” –fl. 66, cdno. 1-, es decir, no acostumbraban hacerlo antes de iniciar la ejecución del contrato, y por el monto total del precio, como lo exige la ley.

La misma ex funcionaria añadió frente al contrato de prestación de servicios de la parte demandante -que era de 3 años de plazo- que: “El municipio tenía la obligación de darle la partida presupuestal... cada año ya que el presupuesto se elabora anualmente.” –fl. 67-, y agregó: “... el registro presupuestal es aquel que se hace en el libro de presupuesto cuando se van afectando los pagos de dicho contrato.” –fl. 67-. Esto significa que en el Municipio de El Retiro los registros presupuestales –RP- de los contratos cuya ejecución comprendía varios años se expedían fraccionados: sólo lo correspondiente a cada año de ejecución. Esto significa que desde el momento en que se celebraba el contrato, y a más tardar antes de iniciar su ejecución, no se expedía un certificado de *vigencias futuras* que cubrieran el valor total –como lo exige la ley, y lo explicará la Sala más adelante-, es decir, no había registros presupuestales de vigencias futuras que garantizaran, antes de iniciar la ejecución del contrato, que el municipio tenía recursos para pagar al contratista durante los años subsiguientes al año en que se celebraba el contrato. Sólo certificaban que había dinero en cada vigencia fiscal que comenzaba el 1 de enero.

g. Las conclusiones del literal anterior las confirma el “certificado de disponibilidad” presupuestal que obra a fl. 19 del cdno. 1, donde la Auxiliar de Presupuesto certifica que para el año 1998 hay recursos para pagar el contrato del señor Darío Piedrahita. Esto ratifica que no hubo un registro presupuestal de vigencias futuras, pues desde 1997 se debió contar con la certificación de los tres (3) años de ejecución, porque así lo exige la ley de presupuesto.

Esta idea se ratifica en una respuesta que la misma Auxiliar de Presupuesto dio al demandante, en febrero 6 de 1998 –fl. 24, cdno. 1-, quien frente a una petición de sobre “la manera como se maneja la disponibilidad presupuestal en el municipio, le explicó que:

“En respuesta a su derecho de petición del día 30 de enero de 1998, le informo que como lo establece el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, en los casos en que hayan contratos de vigencias futuras es obligación de la administración al elaborar el presupuesto hacer el registro de dichas obligaciones, por lo tanto la disponibilidad presupuestal se da al inicio de la vigencia fiscal, es decir el procedimiento que el municipio hace para los contratos de vigencias futuras es establecer el registro al momento de elaborar el presupuesto y no al momento de elaborar el contrato.”

De esta forma queda absolutamente claro que en los contratos que afectaban vigencias futuras, el Municipio no expedía una reserva presupuestal que anticipadamente comprendiera el valor de los tres años de ejecución, sino que a medida que trascurría cada año se expedía la reserva presupuestal para pagar las cuentas que se generaran en ese exclusivo interregno; manejo presupuestal a todas luces irregular, como pasa a explicarse, para fundamentar el sentido de la decisión que se adoptará.

3. Régimen jurídico de la *disponibilidad presupuestal* y del *registro, reserva o compromiso presupuestal*.

El problema que enfrenta la Sala indaga por la validez del acto administrativo que terminó el contrato de prestación de servicios suscrito entre el Municipio de El Retiro y el demandante, porque según la entidad, cuando se celebró no contaba con disponibilidad presupuestal y/o reserva presupuestal que lo amparara -concretamente con las vigencias futuras-. Por esta razón, primero se estudiará el régimen jurídico de este requisito de la contratación estatal, para establecer si la decisión de la administración se ajustó o no a derecho.

Para empezar, recuérdese que varias normas regulan la *disponibilidad presupuestal* y el *registro presupuestal* –instituciones diferentes, aunque relacionadas-, y por supuesto la autorización para comprometer vigencias futuras, bien de carácter ordinario o bien de carácter excepcional. Esa regulación reposa en dos grandes cuerpos: *i*) normativa presupuestal prevista en la Ley 80 de 1993 y *ii*) normativa presupuestal especial contenida en el Estatuto Orgánico de Presupuesto, compuesto, a su vez, por varias normas: a) Decreto 111 de 1996 - que compiló las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995-; b) Decreto 115 de 1996, por el cual se establecieron normas sobre la elaboración, conformación y ejecución de los presupuestos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta sujetas al régimen de aquéllas dedicadas a actividades financieras; c) Ley 819 de 2003, que modificó la Ley 179 de 1994; y d) Ley 1483 de 2011, que autorizó las vigencias futuras excepcionales en las entidades territoriales.

3.1. Régimen presupuestal previsto en la ley de contratación estatal: *análisis de los arts. 25.6, 25.13 y 41.*

Es inocultable la conexión material que existe entre el régimen de contratación estatal y el régimen presupuestal; la relación es tan fuerte que ha sido una constante en los estatutos de contratación que ha tenido el país. Por ende, su regulación no ha sido del resorte exclusivo de la ley de presupuesto, porque todas las leyes de contratación pública han regulado parcialmente el tema⁶. Parte de la importancia consiste en que a través de los contratos se ejecuta la mayor parte del presupuesto público, representando otra suma importante el pago de la deuda pública –que se adquiere por medio de contratos de crédito- y los gastos de funcionamiento –incluye salarios y prestaciones sociales-. Esta simple proporción refleja la importancia que tiene el presupuesto para la contratación estatal y, a la inversa, la contratación estatal para el presupuesto.

No obstante reconocerse esta realidad jurídico-administrativa, la relación entre estos grandes regímenes del derecho administrativo –contratación y presupuesto- no siempre es pacífica, aunque sí necesaria, toda vez que en muchos casos entran en conflicto -y muy serios-, porque uno exige para su perfecta funcionalidad posibilidades de acción que al otro le dificultan la suya. Por ejemplo, el manejo anualizado del presupuesto es un gran sistema de administración de los ingresos y los egresos⁷; pero en la contratación el año calendario no está asociado a la ejecución normal de las obras, a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

En este sencillo ejemplo se advierte una tensión entre el sistema presupuestal y el sistema contractual, de allí que el legislador, en su labor de configuración del ordenamiento jurídico, tiene el deber de construir cada uno con el mayor refinamiento y precisión posible, para que ambos cumplan la finalidad de interés general que les corresponde proteger. No obstante, si no es posible armonizarlos, no cabe duda que la ley sacrificará, en mucho o en poco, las pretensiones de eficiencia total de un sistema en detrimento del otro, privilegiando la lógica de

⁶ “Art. 352. Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.”

⁷ El art. 14 del Decreto 111 de 1996 define el *año fiscal*, así: “**ANUALIDAD.** El año fiscal comienza el 1.º de enero y termina el 31 de diciembre de cada año. Después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción (Ley 38/89, artículo 10).”

funcionamiento de alguno. Esto produce, en principio, un resentimiento en el método de proceder del sistema jurídico afectado, pero mientras no sea inconstitucional le corresponde asumir la carga de subordinarse a la razón de su contradictor.

Las ideas anteriores explican mejor por qué los arts. 25.6, 25.13 y 41 de la Ley 80, regulan aspectos que -sin duda- pertenecen al sistema presupuestal público, pero relacionados íntimamente con la contratación estatal. Se trata de disposiciones relacionadas con el valor del contrato y la forma de pago.

a) El **artículo 25.6** de la Ley 80 de 1993, que regula el principio de economía -y rige en todos los procedimientos de selección-, establece en el numeral 6: “Las entidades estatales abrirán licitaciones e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.”

Esta norma creó uno de los tantos requisitos que la Ley 80 exige para adelantar cualquier proceso de selección de contratistas: antes de iniciar el proceso – incluida la contratación directa- es necesario contar con *disponibilidad presupuestal*. La finalidad es garantizar que las entidades públicas cuentan con los recursos necesarios para asumir las obligaciones pecuniarias, exigencia que sirve a la administración ya que la obliga a actuar con responsabilidad económica, y a los contratistas, porque les garantiza que las entidades tendrán recursos para pagar sus créditos. Esta norma, con más detalle, se explica de la siguiente manera:

i) Establece el *momento u oportunidad* límite para cumplir este requisito: a) cuando se abra una licitación y, en general, b) cuando se inicie cualquier otro proceso de selección de contratistas. La distinción se explica por los diferentes procesos de contratación que establece la ley -hoy en día son (Ley 1150 de 2007): licitación, concurso de méritos, selección abreviada, contratación directa y mínima cuantía; antes eran (Ley 80 de 1993, época en la que se suscribió el contrato *sub iudice*): licitación, concurso, contratación directa y contrato sin formalidades plenas-.

La regla expresada en el párrafo anterior aplica, incluso, a la contratación directa, aunque en la práctica es difícil establecer el momento preciso en que se acredita

este requisito, porque formalmente no existe acto de apertura de ese proceso de contratación. No obstante, entiéndase que se exige cuando empieza el proceso de negociación, que corresponde a las conversaciones o tratativas que surgen entre el Estado y el escogido para negociar directamente el contrato.

En consecuencia, cualquiera sea el procedimiento de contratación que emplee la administración, para iniciarlo contará con *disponibilidad presupuestal* suficiente para asumir la futura obligación de pago. Esta idea, expresada en términos negativos, significa que una entidad no puede *iniciar* un proceso de contratación sin disponibilidad presupuestal que respalde totalmente las obligaciones pecuniarias que adquirirá.

Claro está que, conforme a la norma citada, nada impide que la entidad expida la disponibilidad presupuestal antes de *iniciar el proceso de selección*, caso en el cual con sobradas razones se ajusta a la ley. De este modo, antes de publicar los pre-pliegos, incluso antes de publicar avisos en la página web, se puede satisfacer este requisito; sin embargo, lo determinante es que la fecha o momento límite para cumplir la exigencia es *concomitante* con la *iniciación formal del proceso de selección*⁸.

ii) Del art. 25.6 también se desprende que es exigible en los procesos de contratación que involucren *gasto en dinero* –la experiencia enseña que son la mayoría-, es decir, en moneda de curso legal –incluso moneda extranjera-, porque si la contratación supone, por parte del Estado, un pago en especie – como bienes o cosas- o el negocio es gratuito para la entidad, por sustracción de materia no necesita disponibilidad presupuestal, pues, según la ley, a través del presupuesto anual de ingresos y egresos se administra dinero, no bienes muebles, inmuebles o de otro tipo.

iii) La disponibilidad presupuestal es exigible, incluso, en contratos que involucran gasto en dinero cuyo *precio exacto o preciso es difícil de establecer ab initio*. Es el caso en que la entidad se compromete a pagarle a un abogado una comisión de éxito por su gestión en defensa de las pretensiones de una demanda, o pagarle a un vendedor una comisión por las ventas que realice,

⁸ Tratándose de licitaciones, concursos de méritos y selección abreviada la apertura se cumple con el *acto de apertura*; en los contratos de mínima cuantía con la *invitación a contratar* y en la contratación directa cuando se inicien las conversaciones con el aspirante a celebrar el contrato.

cantidad exacta que solo se conocerá cuando venza el plazo y/o cese la ejecución. Pese a todo, en casos como estos la ley exige la disponibilidad presupuestal que respalde la *obligación* que nace, sencillamente porque el contrato causará un gasto, que debe respaldar el presupuesto.

Lo cierto es que la dificultad práctica que se advierte para establecer el monto preciso de la disponibilidad presupuestal no es obstáculo ni excusa para no tenerla. Simplemente hay que calcular el valor aproximado que se pagará en caso de que el contratista tenga éxito en la gestión –presupuesto oficial de la contratación-, porque de serlo se necesitarán recursos para pagar. En realidad, lo mismo aplica en un contrato de obra pública a precio unitario, donde nadie discute que hay que calcular el valor –suponiendo razonablemente las cantidades de obra y los precios-, para expedir la disponibilidad presupuestal que lo cubra, pese a que el valor definitivo sólo se conocerá cuando culmine la ejecución, es decir, meses o años después.

iv) La disponibilidad presupuestal debe *cubrir el valor total* en que se calcula el costo de los bienes, obras o servicios –presupuesto oficial-, de manera que si la entidad sólo cuenta con una parte de los recursos no puede iniciar el proceso de contratación. Y aunque tenga “casi todo” el dinero, y en el inmediato futuro ingresará al presupuesto el faltante, no puede iniciar el proceso hasta contar con el *monto total*.

v) Con apoyo en lo analizado hasta ahora, hay que preguntarse *¿qué es la disponibilidad presupuestal?* Suele confundirse con el *registro presupuestal*, pero en realidad hace referencia a la certificación que expide el funcionario encargado de administrar los recursos de la entidad, donde hace constar que en el presupuesto existen dinero para atender una prestación económica futura y eventual que surgirá de un proceso de contratación que la entidad tiene interés en adelantar⁹.

⁹ Los arts. 19 y 20 del Decreto reglamentario 568 de 1996 definen estos conceptos de la siguiente manera:

“Art. 19.- El certificado de disponibilidad es el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos. Este documento afecta preliminarmente el presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal. En consecuencia, los órganos deberán llevar un registro de éstos que permita determinar los saldos de apropiación disponible para expedir nuevas disponibilidades.”

El propósito de la disponibilidad presupuestal es garantizar que los recursos del Estado se administren con responsabilidad, en este caso evitando que los administradores públicos -como cualquier persona irresponsable-, asuman obligaciones sin capacidad de pago. De admitir ese comportamiento se abrirían licitaciones sin contar con recursos suficientes, dirigidos por la necesidad política o administrativa de hacer obras, recibir estudios o contar con servicios. Por actuar así, rápidamente se incumplen las obligaciones, y la mora produce financieramente un desastre económico para quien incurre en ella. Por estas razones pragmáticas la ley prohíbe “*contratar con las ganas pero sin plata*”, es decir, si lo que se quiere comprar se puede pagar la ley autoriza contratarlo; pero si no hay recursos hay que esperar a tenerlos para comprometer económicamente al Estado.

No obstante, contar con *disponibilidad presupuestal* para un contrato no equivale a tener *dinero efectivo* en caja. La disponibilidad tampoco es un cheque ni un título valor, es un certificado que garantiza que en el *presupuesto anual* de la entidad existe una partida o rubro, representada en dinero, para comprometerse por medio de un contrato. No obstante -se insiste-, el certificado no asegura que el dinero esté disponible en los bancos donde la entidad maneja sus cuentas, sólo asegura que existe *espacio presupuestal* para asumir un compromiso, así que el dinero puede o no estar disponible. De hecho, la confrontación que hace el funcionario que expide el certificado es entre el *presupuesto anual aprobado* -no contra los *saldos en bancos*- y el *monto solicitado* para un proceso de contratación específico.

En este orden, lo que expresa el certificado de disponibilidad presupuestal no son, en realidad, datos específicos de un contrato, porque no se ha celebrado, de hecho, apenas se iniciará el proceso de selección; por el contrario, este documento sólo da a conocer que en el presupuesto anual de una entidad se cuenta con recursos para atender determinada necesidad que se desea contratar. En consecuencia, la disponibilidad presupuestal, conocida con la sigla C.D.P., es el documento expedido por el responsable de presupuesto que garantiza la

“Art. 20.- El registro presupuestal es la operación mediante la cual se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la apropiación, garantizando que ésta no será desviada a ningún otro fin. En esta operación se debe indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar.”

existencia de apropiación presupuestal disponible, libre de afectación y suficiente para respaldar los actos administrativos o los contratos con los cuales se ejecuta el presupuesto o se hace la apropiación.

Cabe aclarar que cuando se expide un CDP el presupuesto se afecta en la suma certificada, es decir, que al monto total inicial se le resta lo certificado como disponible, así que en adelante queda en el presupuesto lo que resulta de descontar los CDP expedidos hasta ese momento.

En este sentido, se pronunció la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 22 de octubre de 2009, exp. 1535-07, que definió tanto el certificado de disponibilidad presupuestal como el registro, en los siguientes términos:

“De conformidad con el artículo 19 del Decreto Especial No. 111 de 1996, Estatuto Orgánico del Presupuesto ‘El certificado de disponibilidad es el documento expedido por el Jefe de Presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos’. Este documento afecta preliminarmente el presupuesto mientras se perfecciona el compromiso y se efectúa el correspondiente registro presupuestal. En consecuencia, los órganos deberán llevar un registro de estos que permita determinar los saldos de aprobación disponibles para expedir nuevas disponibilidades.”

b) El **artículo 25.13** de la Ley 80 de 1993 regula la *reserva, compromiso o registro presupuestal* -conocida como RP- porque establece que: “Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.” El contenido y alcance de este otro requisito de la contratación se explica a continuación:

i) Según la disposición, la *reserva presupuestal* no necesariamente corresponde al *presupuesto oficial* del proceso de selección –como sucede con la *disponibilidad presupuestal*-, sino al valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato, más el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios. Esto significa que el monto varía - normalmente sucede- porque la oferta adjudicada, que es la que define el valor del contrato, tiene un precio que normalmente oscila alrededor del presupuesto

oficial, pero difícilmente es idéntico. Por esta razón, el registro presupuestal se corresponde con el valor de la oferta adjudicada.

No obstante, el numeral 13 añade que el *registro o reserva presupuestal* incluirá el monto de los futuros reajustes del precio inicial, en el evento en que el contrato lo contemple. En este supuesto, uno es el *precio nominal* del contrato –expresado en una cláusula- y otro el *precio cubierto* con el registro presupuestal –expresado en el certificado-, de manera que aquél será más bajo y éste más alto; pero en la medida en que avanza la ejecución se aproximan, hasta ser casi idénticos al final del plazo.

ii) En cuanto al momento límite en que la entidad debe contar con este requisito, la norma no establece una etapa o instante preciso, sin embargo, es claro que no es exigible durante el proceso de selección -que va hasta la adjudicación del contrato-, por dos razones: porque durante esa etapa se necesita la *disponibilidad presupuestal* y porque es necesario adjudicar el contrato para conocer el monto exacto por el cual se constituirá la reserva.

Esto significa que a partir de la adjudicación del contrato la entidad puede expedir el registro o reserva presupuestal –RP-, pero no tiene que ser fatalmente en ese momento, pues otra norma -que se analizará más adelante- complementa esta exigencia.

iii) Según lo analizado, el *registro presupuestal* garantiza las apropiaciones específicas para afectar un negocio jurídico concreto: su precio, un contratista identificado y un plazo de ejecución concreto. En este escenario, el certificado incluye la información básica del negocio y el artículo 20 del Decreto 111 de 1996 lo define como “la operación mediante la cual se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la aprobación, garantizando que ésta no será desviada a ningún otro fin. En esta operación se debe indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar.”

iv) Por su naturaleza, los recursos reservados para pagar las prestaciones de un contrato, a un contratista identificado, no pueden emplearse para pagar otro contrato; si se actúa de esta forma el servidor público incurre en el delito de peculado por destinación oficial diferente. De esta manera, la garantía o

protección que tienen los recursos de una reserva presupuestal –RP- alcanza efectos penales, ni qué decir disciplinarios.

c) El **inciso segundo del artículo 41** de la Ley 80 de 1993 complementa las normas que se refieren al presupuesto público. En virtud suya: “Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.”

i) Según esta norma, que se armoniza con el art. 25.13, el momento límite para expedir la *reserva presupuestal* es el inicio de la ejecución del contrato. No obstante, la norma transcrita expresa una impropiedad evidente, porque entendida de manera literal expresa que para ese momento de nuevo se necesita la *disponibilidad presupuestal -CDP-*; idea ilógica, pues quedó claro que ese certificado se exige para abrir los procesos de selección, luego nuevamente no puede requerirse para esta ocasión. Por esta razón, no cabe duda que se trata de un lamentable *lapsus*, y que el art. 41 exige la *reserva presupuestal* –RP- para la ejecución.

ii) Esta disposición también incorpora la expresión “vigencias futuras”, para señalar que los recursos que se destinan a un contrato pueden provenir de *vigencias presentes*, es decir, la afectación de recursos del presupuesto del año que transcurre; o de recursos de *vigencias futuras*, que corresponden a la afectación del presupuesto de los años siguientes al que transcurre.

Conforme a esta posibilidad, no todo el dinero que se necesita para pagar las obligaciones que nacen de un contrato se tienen que tomar del presupuesto del año que avanza –vigencia presente-, porque la ley de presupuesto permite comprometer recursos del presupuesto de los años siguientes –vigencias futuras-, en condiciones particularmente reguladas allí.

3.2. Régimen presupuestal regulado en la Ley Orgánica de Presupuesto: Análisis del Decreto 111 de 1996, del Decreto 115 de 1996 y de la Ley 819 de 2003.

Varias disposiciones de naturaleza legal integran el régimen orgánico del presupuesto público, cuyo análisis se realiza a continuación, pero desde la perspectiva exclusiva de la disponibilidad presupuestal –CDP-, la reserva presupuestal –RP- y las vigencias presupuestales presentes y futuras.

a) Art. 71 del Decreto 111 de 1996: *disponibilidad presupuestal y registro presupuestal.*

Otra norma que regula el *certificado de disponibilidad presupuestal* –CDP- y el *registro o reserva presupuestal* –RP- es el Decreto 111 de 1996, por medio del cual se compilaron las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995, que conformaron el estatuto orgánico del presupuesto, conforme a lo preceptuado por el artículo 352 de la Constitución Política, que dispuso las reglas para afectar vigencias futuras, como se expondrá¹⁰.

i) El inciso primero del artículo 71 establece, sobre la *disponibilidad presupuestal* -requisito extendido a los demás actos de la administración que afectan el gasto público, no sólo los contratos estatales-, que toda erogación debe contar con un certificado de disponibilidad previo –CDP-, que garantice los recursos para atenderlo, de conformidad con el principio de planeación:

“Artículo 71. Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.”¹¹

¹⁰ En concepto del 23 de octubre de 2003, exp. 1.520, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se refirió a la facultad de comprometer vigencias futuras, en los siguientes términos: “El principio de anualidad del presupuesto tiene como consecuencia jurídica el que las partidas o apropiaciones en él contenidas solamente pueden ser utilizadas como autorización máxima de gasto, dentro de la vigencia anual respectiva, vencida la cual expiran, y con ésta la autorización para comprometer los recursos que forman parte del presupuesto. Lo anterior no significa que solamente se puedan comprometer recursos apropiados en una vigencia fiscal y para ser ejecutados en la misma vigencia, pues la legislación orgánica regula la posibilidad de comprometer recursos de vigencias presupuestales futuras, diferentes a aquella en que se realiza el compromiso, no obstante no haberse preparado, presentado y expedido la respectiva ley de apropiaciones, con cargo a la cual se han de honrar tales compromisos.”

¹¹ La norma completa establece: “Art. 71. Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

“Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin.

“En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

Conforme a esta disposición, la disponibilidad presupuestal es un requisito extendido a todo gasto, de manera que la regulación del art. 25.6 de la Ley 80 sólo ratifica, para el exclusivo contexto de la contratación estatal, lo que la ley general de presupuesto ordena para todo acto que involucre gastos. Si la norma citada de la Ley 80 no existiera, el inciso primero del art. 71 sería suficiente para entender que el requisito subsiste.

El inciso que se comenta también coincide con la Ley 80 en señalar que el certificado debe ser *previo* a la afectación que se haga al presupuesto, sólo que, a diferencia de aquella, no precisa el momento; pero la Ley 80 sí: antes de abrir un proceso de selección, de ahí que la complementariedad de estas leyes sea oportuna y ofrezca seguridad.

ii) El *inciso segundo* de la misma norma reguló el *registro presupuestal – RP-*, que garantiza que los recursos destinados a un gasto concreto no se desvíen a otro fin, así sea bueno. Esto confirma que se trata de requisitos distintos: uno previo y otro posterior; el uno asegura la existencia de apropiación suficiente en el presupuesto y el otro asegura los recursos, impidiendo desviarlo para otro gasto. En cada proceso de contratación estatal se necesitan ambos, pero en etapas distintas.

Sobre el contenido mínimo del registro, compromiso o reserva presupuestal –RP-, la norma exige el plazo de la obligación y el valor de las prestaciones, lo que facilita controlar la “indisponibilidad” de esos recursos para otras obligaciones, así como definir el tiempo durante el cual se destinará el dinero, porque el inciso tercero prohibió a las autoridades contraer compromisos sobre apropiaciones presupuestales inexistentes o en exceso del saldo disponible, o sin autorización

“En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.

“Para las modificaciones a las plantas de personal de los órganos que conforman el Presupuesto General de la Nación, que impliquen incremento en los costos actuales, será requisito esencial y previo la obtención de un certificado de viabilidad presupuestal, expedido por la Dirección General del Presupuesto Nacional en que se garantice la posibilidad de atender estas modificaciones.

“Cualquier compromiso que se adquiriera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones (Ley 38/89, artículo 86, Ley 179/94, artículo 49).”

previa, con el ánimo de impactar vigencias futuras o adquirir compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados: “En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.”

b) Arts. 23 y 24 del Decreto 111 de 1996: Vigencias futuras

El artículo 23 del Decreto 111 de 1996¹² –modificado por la Ley 819 de 2003– regula las denominadas *vigencias futuras*, es decir, la posibilidad de que una obligación se pague con cargo al presupuesto del año(s) subsiguiente(s), lo que significa que el valor total de un contrato no se tiene que garantizar con el presupuesto de la *vigencia fiscal presente* –año en que se suscribe el contrato y empieza a ejecutarse–. Las condiciones que esta norma estableció para hacerlo fueron: i) que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público lo autorizara, ii) que la *ejecución* se iniciara con parte de los recursos de la vigencia en curso y la ejecución del objeto se llevara a cabo en cada una de ellas; iii) si se trataba de la ejecución de proyectos de inversión del orden nacional, antes de dicha autorización debía obtenerse el concepto del Departamento Nacional de Planeación.

¹² El texto original del art. 23 fue el siguiente: “Art. 23. La Dirección General del Presupuesto Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público podrá autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras, cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas. Cuando se trate de proyectos de inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.

“El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General del Presupuesto Nacional incluirá en los proyectos de presupuesto las asignaciones necesarias para darle cumplimiento a lo dispuesto en este artículo.

“Las entidades territoriales podrán adquirir esta clase de compromisos con la autorización previa del concejo municipal, asamblea departamental y los consejos territoriales indígenas o quien haga sus veces, siempre que estén consignados en el plan de desarrollo respectivo y que sumados todos los compromisos que se pretendan adquirir por esta modalidad, no excedan su capacidad de endeudamiento.

“Esta disposición se aplicará a las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta con el régimen de aquéllas. El Gobierno reglamentará la materia.

“El Gobierno presentará en el Proyecto de Presupuesto Anual, un artículo sobre la asunción de compromisos para vigencias futuras (Ley 179/94, artículo 2o.)”

Incluso, esta norma facultó a las *entidades territoriales* para comprometer este tipo de vigencias, siempre que se cumplieran los siguientes requisitos: i) que la *ejecución* del contrato iniciara con recursos de la vigencia en curso y el objeto se llevara a cabo en cada una de ellas; ii) recibir la autorización previa del concejo municipal, de la asamblea departamental y de los Consejos Territoriales Indígenas; iii) incluir la obligación en el plan de desarrollo respectivo; y iv) no exceder la capacidad de endeudamiento de la entidad territorial.

Atendiendo las exigencias analizadas, queda claro que la ejecución del contrato que se pagará con recursos de vigencias futuras debe empezar a ejecutarse en el año en curso –*vigencia presente*- y continuar el año(s) siguiente(s) –*vigencias futuras*-. Esto significa que: i) si un contrato de seis (6) meses de plazo empieza a ejecutarse en un año y termina en el mismo, su pago no se puede hacer con vigencias futuras, sino sólo con vigencias presentes. Por el contrario, ii) si ese mismo contrato de seis (6) meses de plazo empieza a ejecutarse en un año y termina el siguiente, su pago, debe hacerse con una combinación de *vigencias presentes* más *vigencias futuras*. Incluso, en el último evento, si la entidad cuenta con todos los recursos en la vigencia presente, sólo puede afectar lo que calcula será el gasto de la ejecución en ese año, y con *vigencias futuras* lo que se estima será el gasto de la ejecución el año siguiente.

Hasta este lugar de la norma, la ley no permite que el 100% del precio del contrato se pague con cargo a *vigencias futuras*, porque otro requisito legal es que se comprometa, por lo menos, una parte de los recursos de la *vigencia presente*. No obstante, la ley no indicó qué monto debía invertirse, así que en muchas entidades se comprometían cantidades irrisorias de la vigencia presente –el 1% del valor total- y el valor restante –casi todo- de vigencias futuras –el 99% del precio-.

Sin embargo, el art. 24 creó una excepción a la regla anterior: era posible asumir compromisos que afectaran el 100% de vigencias futuras, es decir, sin apropiar recursos del presupuesto del año en curso –así fuera aquella suma irrisoria-, siempre que se tratara de la ejecución de obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad y garantías a las concesiones¹³. En este evento, también se exigía que el contrato iniciara su

¹³ “Artículo 24. El Consejo Superior de Política Fiscal, Confis, en casos excepcionales para las obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad, así como

ejecución en la vigencia presente, sin comprometer dinero de esa misma vigencia, y debía continuar en el año(s) siguiente(s), comprometiendo el pago total con el presupuesto de esas vigencias fiscales.

c) Regulación de la Ley 819 de 2003: *Modificación al régimen de vigencias presentes y futuras.*

La Ley 819 de 2003, que modificó las disposiciones de la Ley 179 de 1994 - incorporadas al Decreto 111 de 1996-, mantuvo la distinción entre vigencias presentes y futuras, pero introdujo una nueva: *vigencias futuras ordinarias* y *vigencias futuras excepcionales*¹⁴. El artículo 10 precisó que el Consejo Superior de Política Fiscal podrá autorizar la asunción de compromisos que afecten el presupuesto de las *vigencias futuras* siempre que: i) la ejecución inicie en la vigencia en curso, ii) su objeto se adelante en cada una de ellas, y se verifiquen estos otros requisitos: iii) el monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas consulte las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 1 de la Ley 819 de 2003; iv) como mínimo, de las vigencias futuras que se soliciten se deberá contar con apropiación del quince por ciento (15%) en la vigencia fiscal en la que estas sean autorizadas – vigencia presente-; v) cuando se trate de proyectos de inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación y del Ministerio del ramo¹⁵.

para las garantías a las concesiones, podrá autorizar que se asuman obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización. La secretaría ejecutiva enviará a las comisiones económicas del Congreso una relación de las autorizaciones aprobadas por el consejo, para estos casos.”

¹⁴ La Sección Primera del Consejo de Estado, en la sentencia del 14 de julio de 2011, rad. 00032-02, explicó la distinción entre vigencias futuras excepcionales y ordinarias, y la regulación autónoma que les correspondió a las entidades territoriales: “Los artículos 10, 11 y 12 de la Ley 819 de 2003 (9 de julio), Capítulo II sobre Normas Orgánicas Presupuestales de Disciplina Fiscal, distinguen el caso de vigencias futuras ordinarias, referido a la asunción de obligaciones que afectan presupuestos de vigencias futuras cuando su ejecución se inicia con recursos de la vigencia fiscal en curso (art. 10), del evento de las vigencias futuras extraordinarias, para casos excepcionales, cuando se asumen obligaciones sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización (art. 11), exclusivamente para los casos de obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad, así como para las garantías de las concesiones. Así, se tiene que los artículos 10 y 12, respectivamente, regulan el procedimiento para apropiar vigencias futuras ordinarias de carácter nacional y territorial; y el 11 para apropiar vigencias futuras excepcionales únicamente de carácter nacional.”

¹⁵ “Artículo 10. *Vigencias futuras ordinarias.* El artículo 9º de la Ley 179 de 1994 quedará así:

En concepto del 23 de octubre de 2003, exp. 1.520, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, precisó -respecto a las vigencias futuras ordinarias- que el Consejo Superior de Política Fiscal estaba facultado para autorizar la asunción de obligaciones con cargo a vigencias futuras, siempre que el programa se inicie con presupuestos de la vigencia en curso, además para su procedencia deben observarse las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo, instrumento de política fiscal y presupuestal aplicable también a las entidades territoriales, el cual debe ser presentado anualmente en los departamentos, en los distritos y municipios de categoría especial, 1 y 2, a partir de la vigencia de la ley 819, esto es, del 9 de junio del 2003 -en los municipios de categorías 3, 4, 5 y 6 a partir de la vigencia 2005-. Finalmente, debe contarse con un porcentaje mínimo del 15% de apropiación presupuestal de la vigencia en curso¹⁶.

La norma también advirtió, como gran novedad del manejo presupuestal –con la finalidad de proteger los recursos de los administradores públicos futuros-, que en las entidades territoriales no es posible autorizar compromisos con cargo a vigencias futuras que excedan el respectivo período de gobierno. Pero a continuación estableció una excepción, para los proyectos que involucren gastos de inversión que sean declarados de importancia estratégica por el mismo órgano.

“El Confis podrá autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso y el objeto del compromiso se lleve a cabo en cada una de ellas siempre y cuando se cumpla que:

“a) El monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas consulte las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 1º de esta ley;

“b) Como mínimo, de las vigencias futuras que se soliciten se deberá contar con apropiación del quince por ciento (15%) en la vigencia fiscal en la que estas sean autorizadas;

“c) Cuando se trate de proyectos de inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación y del Ministerio del ramo.”

¹⁶ “El artículo 10º sobre vigencias futuras ordinarias, modifica el artículo 9º de la ley 179 de 1994, de cuya nueva regulación debe destacarse: a) la asignación de competencia al CONFIS para expedir el acto de autorización de la asunción de obligaciones con cargo a vigencias futuras cuando se inicie con presupuestos de la vigencia en curso; b) la observancia de las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo, nuevo instrumento de política fiscal y presupuestal aplicable también a las entidades territoriales, el cual debe ser presentado en los departamentos anualmente, en los distritos y municipios de categoría especial, 1 y 2, a partir de la vigencia de la ley 819, esto es, del 9 de junio del 2003 - en los municipios de categorías 3, 4, 5 y 6 a partir de la vigencia 2005-, c) la fijación de un porcentaje mínimo del 15 % de apropiación presupuestal de la vigencia en que sea autorizada y d) la limitación temporal de la autorización al respectivo período de gobierno.”

“La autorización por parte del Confis para comprometer presupuesto con cargo a vigencias futuras no podrá superar el respectivo período de gobierno. Se exceptúan los proyectos de gastos de inversión en aquellos casos en que el Conpes previamente los declare de importancia estratégica.

“Esta disposición también se aplicará a las entidades de que trata el artículo 9º de la presente ley. El Gobierno reglamentará la materia.

“El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General del Presupuesto Público Nacional, incluirá en los proyectos de presupuesto las asignaciones necesarias para darle cumplimiento a lo dispuesto en este artículo.

Por su parte, las *vigencias futuras excepcionales* –art. 11¹⁷- son aquellas en virtud de las cuales el Consejo Superior de Política Fiscal autoriza la asunción de compromisos que afectan el presupuesto de vigencias futuras *sin apropiación en el presupuesto del año en que se conceden*¹⁸, en los siguientes eventos: para la ejecución de obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa, seguridad y garantías a las concesiones¹⁹.

¹⁷ En la sentencia del 14 de julio de 2011, rad. 00032-02, mencionada antes, la Sección Primera del Consejo de Estado concluyó que las vigencias futuras excepcionales “constituyen una excepción a la ejecución presupuestal anual, y, por tanto, deben tratarse con rigor y con un carácter extraordinario para cierta clase de proyectos de mediano y largo plazo, so pena de inducir en desorden la ejecución presupuestal y comprometer los programas de las administraciones futuras.”

¹⁸ “Artículo 11. *Vigencias futuras excepcionales*. El artículo 3º de la Ley 225 de 1995 quedará así:

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

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

¹⁹ En concepto del 23 de octubre de 2003, exp. 1.520, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, precisó -respecto a las vigencias futuras excepcionales-: “De otra parte, el artículo 11 de la ley 819 regula las vigencias futuras excepcionales, referidas a la asunción de obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización, sustancialmente en los mismos términos en que se regulaba por el artículo 3º de la ley 225 de 1995 - decreto 111 de 1996, art. 24 -, adicionado en la exigencia de sujeción del monto máximo de las vigencias futuras, el plazo y sus condiciones a las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo.”

Hay que recordar que en la sentencia del 14 de julio de 2011 -rad. 00032-02-, la Sección Primera del Consejo de Estado expresó que el artículo 11 de la Ley 819 de 2003 sólo aplicaba a las entidades del orden nacional²⁰, no a las entidades territoriales, aduciendo que el monto máximo de vigencias futuras, su plazo y las condiciones debían consultar las metas plurianuales del Marco Fiscal de que trata el artículo 1 de la precitada Ley, y el mencionado marco debe ser presentado por el *Gobierno Nacional* y contener una relación de los pasivos contingentes que puedan afectar la situación financiera de la Nación.

“La Sala advierte que aun cuando el artículo 11 de la Ley 819 de 2003 no dispone expresamente que su marco de aplicación se restringe al orden nacional, los elementos descritos en su contenido permiten establecer que ello es así. En efecto, se observa cómo el artículo prevé que el monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas deben consultar las metas plurianuales del Marco Fiscal ‘del que trata el artículo 1° de esta ley (sic)’; (Ley 809 de 2003) según el cual el Marco debe ser presentado por ‘el Gobierno Nacional’ y, entre otros requisitos, debe contener ‘una relación de los pasivos contingentes que pudieran afectar la situación financiera de la Nación’.”

La sentencia concluyó que el legislador no autorizó a las entidades territoriales para asumir compromisos con *vigencias futuras excepcionales*, pues de lo contrario habría dispuesto, en el artículo 5 de la Ley 819 de 2003, el monto máximo, el plazo y las condiciones para que aquéllas consultaran las metas plurianuales del Marco Fiscal de entes territoriales. Adicionalmente, esa intención se habría materializado en una disposición concreta y manifiesta que otorgara a dichas entidades la facultad de comprometer excepcionalmente rubros futuros del presupuesto, como lo hizo con las vigencias ordinarias.

“Es claro que si el legislador hubiera querido que las entidades territoriales apropiaran vigencias futuras excepcionales, habría indicado que el monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas consultaran las metas plurianuales del Marco Fiscal para las Entidades Territoriales, y habría remitido expresamente al artículo 5° de la misma ley. Además, si la intención

²⁰ Tesis reiterada en por la misma Sección Primera del Consejo de Estado, en auto del 26 de julio de 2012, exp. 00543-01, en el que, en un caso similar al expuesto, precisó: “Efectuada la confrontación directa del texto de los actos acusados con las normas invocadas como infringidas, la Sala observa que le asiste razón al a quo, al conceder la solicitud de suspensión provisional de los actos acusados, pues efectivamente violan lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la Ley 816 (sic) de 2003, por cuanto las entidades territoriales carecen de sustento constitucional y legal para comprometer vigencias futuras de carácter excepcional. Conforme a lo anterior, se concluye que la Asamblea de Bolívar, no cuenta con facultades constitucionales, ni legales, para comprometer vigencias futuras y mucho menos para autorizar al Gobernador para comprometerlas.”

del Congreso hubiera sido la de otorgar a los entes territoriales esta facultad, lo habría dispuesto de manera manifiesta, tal como lo hizo con la potestad que les dio para apropiarse vigencias futuras de carácter ordinario o hubiera hecho referencia al envío a las Comisiones Económicas del Congreso de las autorizaciones dadas por el CONFIS para este caso. En conclusión, no cabe la menor duda de que ni el Decreto 111 de 1996 –que compila varias normas–, ni la Ley 819 de 2003 prevén la posibilidad de que entes territoriales comprometan vigencias futuras excepcionales; y de que mal puede interpretarse el silencio de la ley en este respecto como una autorización tácita.”

Finalmente, la sentencia distinguió entre las vigencias futuras excepcionales y las ordinarias, en los siguientes términos: “Cabe anotar que la diferencia fundamental entre las vigencias futuras ordinarias y las vigencias futuras excepcionales, radica, esencialmente, en que en las primeras la ejecución se inicia con el presupuesto de la vigencia en curso, mientras que en las excepcionales, se afecta el presupuesto de vigencias futuras, sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización. De otra parte, la Sala estima que la autonomía que constitucionalmente se reconoce a los entes territoriales no puede convertirse en una patente de corso para desconocer los artículos 352 y 364 de la Constitución Política, ni los artículos 10, 11 y 12 de la Ley Orgánica 819 de 2003, de cuyo tenor surge de manifiesto que los entes territoriales no están facultados por el Legislador para comprometer vigencias futuras excepcionales, y tampoco para autorizar vigencias futuras ordinarias durante el último año de gobierno de sus respectivas administraciones”

De otra parte, el artículo 12 de la Ley 819 de 2003 reguló las *vigencias futuras ordinarias* en las entidades territoriales. Dispuso que la competencia para expedir estas autorizaciones es de las Asambleas Departamentales o Concejos Municipales, a iniciativa del gobierno, previa aprobación del Confis territorial o del órgano que haga sus veces²¹.

En esa línea de pensamiento, la afectación de las vigencias futuras procede siempre que su ejecución se inicie con los recursos de una vigencia en curso, su objeto se adelante en cada una de ellas y también se verifiquen los siguientes requisitos: “a) El monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones

²¹ “Artículo 12. *Vigencias futuras ordinarias para entidades territoriales*. En las entidades territoriales, las autorizaciones para comprometer vigencias futuras serán impartidas por la asamblea o concejo respectivo, a iniciativa del gobierno local, previa aprobación por el Confis territorial o el órgano que haga sus veces.”

de las mismas consulte las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 1º de esta ley; b) Como mínimo, de las vigencias futuras que se soliciten se deberá contar con apropiación del quince por ciento (15%) en la vigencia fiscal en la que estas sean autorizadas; c) Cuando se trate de proyectos que conlleven inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.” –artículo 12 de la Ley 819 de 2003-.

Además, la facultad de las Asambleas y los Concejos municipales de autorizar las vigencias futuras ordinarias es indelegable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 819 de 2003 y la jurisprudencia de la Corporación. En efecto, la Sección Primera, en sentencia del 13 de diciembre de 2012, exp. 03456-02 señaló que los concejos municipales no pueden comisionar a ningún órgano para conceder este tipo de licencias:

“Tal como se expresó al resumir la sentencia apelada, el a quo dio prosperidad a las pretensiones de la demanda, dado que la Comisión de Presupuesto del Concejo Municipal de Santiago de Cali no tenía facultades para la asunción de compromisos para vigencias futuras al igual que para modificar el Acuerdo anual de presupuesto, como en efecto lo hizo; porque esa competencia corresponde a los concejos municipales por mandato de los artículos 313-4 y 352 Constitucionales; 23, 104 y 109 del Estatuto Orgánico del Presupuesto. Y bien lo entendió el fallador de primera instancia al considerar que el acto acusado, quebrantó ostensiblemente el ordenamiento jurídico al establecer en cabeza de la Comisión de Presupuesto del Concejo Municipal de Cali la atribución de autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras, en detrimento de la facultad, esta si atribuida por Ley, Decreto Ley 111 de 1996 artículo 23, al pleno de los Concejos Municipales.

“Por lo tanto, no tiene razón la apelante al considerar que el Acuerdo 017 de 1996 debe mantenerse con el contenido del inciso primero del artículo 36 y con el artículo 80, en el entendido que desaparezcan de los mismos las expresiones “comisión de presupuesto” y en su lugar se establezca la de “concejo municipal”, por cuanto, el alcance de la sentencia de nulidad es retirar del ordenamiento jurídico las normas que resulten contrarias a la ley, como en el presente caso y no es función del juez que revisa los vicios de una norma que contraria la Ley, suplir su contenido por el que legalmente le correspondería. En efecto, el Concejo Municipal de Santiago de Cali no podía delegar en las comisiones de presupuesto la asunción de las vigencias futuras, por cuanto el artículo 23 del Decreto 111 de 1996, es claro en darle esta facultad al Concejo del respectivo ente territorial. Se equivoca la defensa de la apoderada del Concejo (parte demandada) cuando explica que la discusión del acuerdo se dio en primer debate en la comisión de presupuesto, y en pleno por el

Concejo, por cuanto, las normas demandadas y las pretensiones de la demanda no hacían referencia al trámite para la expedición del acuerdo, sino a la asignación de una competencia que en el futuro y en aplicación del acuerdo, no estaba en el órgano que señaló la ley sino en el que en ésta delegaba, es decir, en la Comisión de Presupuesto.”

No obstante, la Ley 1483 de 2011 cambió el panorama de las *vigencias futuras excepcionales* en las *entidades territoriales*, pues autorizó asumir compromisos que las afectan, sin apropiación en el presupuesto del año en que la Asamblea o el Concejo lo autorizan, siempre que se cumplan los siguientes presupuestos: i) solo podrán autorizarse para la ejecución de proyectos de infraestructura, energía, comunicaciones, y en gasto público social en los sectores de educación, salud, agua potable y saneamiento básico, que se encuentren debidamente inscritos y viabilizados en los respectivos bancos de proyectos; ii) el monto máximo de vigencias futuras, plazo y las condiciones de las mismas deben consultar las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 5° de la Ley 819 de 2003; iii) se cuente con aprobación previa del Confis territorial o el órgano que haga sus veces; iv) cuando se trate de proyectos que conlleven inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación²².

De otra parte, la autorización para comprometerlas, que otorgan las Corporaciones de Elección Popular, no pueden superar el respectivo período de gobierno, salvo que se trate de proyectos de gastos de inversión en aquellos casos en que el Consejo de Gobierno los declare de importancia estratégica.

²² Estas exigencias se encuentran en el artículo 1 de esta ley, en los siguientes términos: “Artículo 1 Vigencias futuras excepcionales para entidades territoriales. En las entidades territoriales, las asambleas o concejos respectivos, a iniciativa del gobierno local, podrán autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

“a). Las vigencias futuras excepcionales solo podrán ser autorizadas para proyectos de infraestructura, energía, comunicaciones, y en gasto público social en los sectores de educación, salud, agua potable y saneamiento básico, que se encuentren debidamente inscritos y viabilizados en los respectivos bancos de proyectos.

“b). El monto máximo de vigencias futuras, plazo y las condiciones de las mismas deben consultar las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 5° de la Ley 819 de 2003.

“c). Se cuente con aprobación previa del Confis territorial o el órgano que haga sus veces.

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

“Los montos por vigencia que se comprometan por parte de las entidades territoriales como vigencias futuras ordinarias y excepcionales, se descontarán de los ingresos que sirven de base para el cálculo de la capacidad de endeudamiento, teniendo en cuenta la inflexibilidad que se genera en la aprobación de los presupuestos de las vigencias afectadas con los gastos aprobados de manera anticipada.

“La autorización por parte de la asamblea o concejo respectivo, para comprometer presupuesto con cargo a vigencias futuras no podrá superar el respectivo período de gobierno. Se exceptúan los proyectos de gastos de inversión en aquellos casos en que el Consejo de Gobierno, con fundamento en estudios de reconocido valor técnico que contemplen la definición de obras prioritarias e ingeniería de detalle, de acuerdo a la reglamentación del Gobierno Nacional, previamente los declare de importancia estratégica.”

d) Decreto 115 de 1996

El Decreto 115 de 1996, por el cual se establecen normas sobre elaboración, conformación y ejecución de los presupuestos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta sujetas al régimen de aquéllas, dedicadas a actividades no financieras, en forma concordante al Decreto 111 de 1996, estableció que los actos que afecten apropiaciones presupuestales deben contar con *CDP* previo que garantice el rubro para atender un gasto determinado -artículo 21-. Además, exige que estos compromisos cuenten con el *registro presupuestal*, de conformidad con lo previsto en el numeral 13 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993²³.

El artículo 21 también dispuso la misma prohibición del Decreto 111, es decir, que las autoridades no pueden contraer compromisos sobre apropiaciones presupuestales inexistentes o en exceso del saldo disponible, o con anticipación a la apertura del crédito adicional correspondiente, o con cargo a recursos del crédito cuyos contratos no se encuentren perfeccionados, o sin que cuenten con

²³ “Artículo 21. Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales, deberán contar con los certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

“Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

el concepto de la Dirección General de Crédito Público para comprometerlos antes de su perfeccionamiento, o sin la autorización para comprometer vigencias futuras por el Consejo Superior de Política Fiscal, CONFIS, o por quien éste delegue, con el ánimo de impactar vigencias futuras o adquirir compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.

“En consecuencia, no se podrán contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, con anticipación a la apertura del crédito adicional correspondiente, o con cargo a recursos del crédito cuyos contratos no se encuentren perfeccionados, o sin que cuenten con el concepto de la Dirección General de Crédito Público para comprometerlos antes de su perfeccionamiento, o sin la autorización para comprometer vigencias futuras por el Consejo Superior de Política Fiscal, Confis, o quien éste delegue. El funcionario que lo haga responderá personal y pecuniariamente de las obligaciones que se originen.”

Finalmente, el Decreto 115 de 1996, contempló la posibilidad de adicionar, trasladar o reducir los rubros destinados a un determinado gasto, siempre que se garantice la existencia de los recursos con el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal. En efecto, en el artículo 25 se estableció: “Las adiciones, traslados o reducciones requerirán del certificado de disponibilidad que garantice la existencia de los recursos, expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces.”

De otro lado, el artículo 11 estableció que el CONFIS o quien éste delegue, puede autorizar la adopción de compromisos que afecten las *vigencias futuras*, siempre que la ejecución se inicie con el presupuesto de la vigencia en curso. En el mismo sentido del Decreto 111 de 1996, la norma permite que el Consejo faculte la asunción de obligaciones que afecten vigencias futuras, sin apropiación en el presupuesto del año en el que se autoriza, cuando se ejecuten obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa, seguridad y garantías a las concesiones²⁴.

²⁴ “Artículo 11. Adicionado por el art. 1, Decreto Nacional 4336 de 2004. El Consejo Superior de Política Fiscal, Confis, o quien éste delegue, previo concepto técnico-económico del Ministerio respectivo, podrá autorizar la asunción de obligaciones que afecten presupuestos de vigencias futuras, cuando su ejecución se inicie con presupuesto de la vigencia en curso.

“El Confis, en casos excepcionales para las obras de infraestructura, energía, comunicaciones, aeronáutica, defensa y seguridad, así como para las garantías a las concesiones, podrá autorizar que se asuman obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras sin apropiación en el presupuesto del año en que se concede la autorización.”

Asimismo, prevé que si las autorizaciones del CONFIS afectan el gasto de inversión presupuestal, se requiere, además, el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación. Además, al igual que el Decreto 111 de 1996, la disposición estableció que no se requiere autorización del Concejo para afectar vigencias futuras, siempre que se trate de un contrato de empréstito o de las contrapartidas que en éste se estipulen. En otros términos, las normas aplicables a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta sujetas al régimen de aquéllas, dedicadas a actividades no financieras, coinciden con las dispuestas para las demás entidades públicas, cuya obligación de existencia de disponibilidad presupuestal y de registro quedó clara.

No obstante, para estos acuerdos se requiere su incorporación en el presupuesto de la correspondiente vigencia fiscal: “Los recursos necesarios para desarrollar estas actividades deberán ser incorporados en los presupuestos de la vigencia fiscal correspondiente.”

4. Vicios que afectan la validez del contrato estatal

Definido el régimen presupuestal de los contratos estatales, la Sala analizará si el contrato de prestación de servicios profesionales suscrito entre las partes de este proceso se perfeccionó o no –es decir, si existe o no-, y en caso afirmativo si lo afectó algún vicio de validez, generador de nulidad absoluta o relativa. Incluso, hay que examinar si no se produjo lo uno ni lo otro, aunque se configure otra irregularidad. En todo caso este examen se hará en virtud de la ausencia de disponibilidad presupuestal –CDP- y de registro presupuestal –RP-, declarada por el alcalde de El Retiro como la causa de la terminación unilateral del contrato.

4.1. Idea general de validez y existencia de los contratos

Antes de abordar el caso concreto, hay que recordar que un acto puede *existir* pero carecer de *validez*, por adolecer de un vicio, en consecuencia estará afectados de nulidad absoluta o relativa, aunque exista y produzca efectos hasta tanto se declare judicialmente la irregularidad. Esos requisitos son: capacidad plena; ausencia de vicios del consentimiento -error, fuerza y dolo-; ausencia de lesión enorme, cuando da lugar a su rescisión; licitud del objeto; y licitud de la causa.

También se distinguen las formas de los contratos, entre las que se encuentran las solemnidades: *ad solemnitatem*, *ad substantiam actus* o constitutiva; y *ad probationem*. Las primeras, son esenciales para la validez del contrato, y su omisión lo hace ineficaz, aunque se acrediten los demás requisitos de existencia y validez del negocio, puesto que la forma constitutiva cumple una función específica y esencial en su configuración.

Generalmente son de origen legal, pero en virtud del principio de la autonomía de la voluntad las partes pueden acordar, por ejemplo, que el contrato conste en escritura pública y que se inscriba en el registro. Se reitera, para algunos autores la forma solemne de los contratos es un requisito de su existencia y no es necesario diferir de esta postura, en el entendido de que también es un requisito de la validez del acto.

Las segundas *-ad probationem-* se exigen como medio de prueba, “como protección de la eficacia del contrato frente a terceros, servir de título de ejecución, ingresar en los Registro o ser presentados en oficinas públicas o conferir una especial prelación a los créditos.”²⁵

La inobservancia de algunos requisitos produce nulidad relativa o absoluta, de conformidad con el artículo 1740 del CODIGO Civil, pero puede ocurrir que el perjuicio causado a la parte que cumple no proceda de la nulidad, sino de la declaratoria de inexistencia de los contratos, por el incumplimiento del contrato válidamente celebrado, incluso por vicios en la etapa precontractual, como se verá, y que repercuten jurídica y patrimonialmente en uno de los contratistas.

En primer lugar, en el derecho privado la nulidad puede generarse por vicios que las partes conocían previo a la celebración del contrato, como cuando una sabe que la otra no tiene capacidad, pero celebran el acuerdo. Repárese en el caso del hombre adulto que sabe que su futura esposa es menor de 14 años, y no cuenta con autorización de sus padres para contraer matrimonio, y aun así accede a celebrarlo, en este caso la nulidad deviene de la voluntad de las partes. Hay eventos en los que uno de los extremos está exento de responsabilidad en la producción de los vicios negociales y, en principio, no tendría qué responder: de

²⁵ ARNAU MOYA, Federico. Lecciones de Derecho Civil II Obligaciones y contratos. Publicacions de la Universitat Jaume I, 2008-2009. Pág. 150.

acuerdo con el art. 1740 del CODIGO Civil: “Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes”

La doctrina expresa, sobre la nulidad de los actos jurídicos, que: “Todo acto jurídico debe llenar ciertas condiciones indispensables para su existencia y validez, fuera de las cuales dicho acto deviene ineficaz. A tales condiciones se refiere el artículo 1502 del CODIGO Civil, complementado por otros de sus textos.

“Así, son condiciones para la existencia del acto de la voluntad de agente, si es un acto unipersonal, o el consentimiento de las partes, si se trata de una convención; la posibilidad física y la determinación del objeto, y la forma solemne exigida respecto de ciertos actos. Dándose estas condiciones, el acto jurídico existe y produce sus efectos; faltando ellas, el acto no se perfecciona ni produce efecto alguno.

“Pero la existencia de un acto no determina la validez de él y de sus efectos. El acto puede haber surgido a la vida civil, pero afectado de un vicio dirimente que inexorablemente lo condena a muerte o que puede producir esta. Tal sucede cuando faltan condiciones para su validez, cuya lista es: la capacidad legal de los agentes; la ausencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo); la observancia de la plenitud de la forma solemne; la licitud del objeto; la realidad y licitud de la causa, y la ausencia de lesión enorme en los casos en que esta da lugar a su rescisión.”²⁶

De acuerdo con lo expuesto, el acto nace a la vida jurídica porque atiende los requisitos que la Ley exige para su existencia, no obstante, no implica que sea válido y que, en consecuencia, produzca efectos jurídicos, porque -como se señaló- aunque la validez está atada a la existencia del acto jurídico, en el primer escenario los requisitos del contrato deben cualificarse. Ya no se tratará del otorgamiento, por ejemplo, del consentimiento, sino que debe estar exento de vicios -error, fuerza o dolo-. Asimismo, la declaratoria de nulidad de los contrato, y en general de los actos jurídicos, implica, en términos de Ospina Fernández, la paralización de la eficacia futura, pero también su destrucción retroactiva -desde

²⁶ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Ed. Temis. Bogotá. Págs. 519 y 520.

luego, en cuanto sea posible- por ende conduce a la extinción de las obligaciones entre las partes.

El doctrinante Ricardo Uribe Holguín, señala que lo nulo es lo que carece de validez y eficacia, pero precisa que no todo lo invalido puede calificarse de nulo, en efecto, sostiene: “Lo nulo, como concepto civil, solo es predicable del acto o contrato, no de las obligaciones ni de los instrumentos público. Proviene la nulidad de que el acto o contrato carezca de alguna de sus *condiciones de validez*, como bien se expresa por el art. 1740 del CODIGO: ‘Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa’.”²⁷. El mismo autor añade que los contratos pueden ser “total y parcialmente nulos”. En este orden, el contrato puede estar viciado en todas sus estipulaciones, o puede estarlo únicamente en alguna, evento en el que es válido en las demás. En ese sentido, se refiere a los elementos o cláusulas del contrato y, por supuesto, a sus vicios, en los siguientes términos: “Por regla general, cuando son nulas las estipulaciones *esenciales* del convenio, este es susceptible de anulación total, y cuando los son apenas las *accidentales*, únicamente se anulan estas, subsistiendo la convención con solo aquellas. Las estipulaciones *naturales* o presuntas no pueden estar afectadas de nulidad, porque son disposiciones de la ley que suplen la voluntad de las partes (art. 1.501).”

Además, el derecho privado distingue entre la nulidad absoluta y relativa de los contratos –artículos 1740 y 1741 del CODIGO Civil-. La primera procede del objeto o la causa ilícita, por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a su naturaleza. Además, el acto es absolutamente nulo si proviene del incapaz absoluto²⁸. Este defecto lo declara el juez, de oficio, aunque puede alegarse por quien tenga interés, o el Ministerio Público, en defensa de la moral o la ley²⁹.

²⁷ URIBE HOLGUÍN, Ricardo. De las Obligaciones y del Contrato en General. Editorial Temis, segunda edición, pág. 226.

²⁸ Para Ricardo Uribe Huguín, las causales de nulidad absoluta de los contratos son:

“1º) Objeto ilícito;

“2º) Causa ilícita;

“3º) Omisión de requisitos o formalidad prescrito por la ley en consideración de la naturaleza misma del contrato, salvo el que consiste en otorgar instrumento público, cuya falta determina inexistencia y no nulidad del acto (art. 1760); y

“4º) Incapacidad absoluta de cualquiera de las partes...”-pág. 227, De las Obligaciones y del Contrato en General.-

“Artículo 1741. Nulidad absoluta y relativa. 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.

“Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

“Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.”

La nulidad relativa, por su parte, se produce por cualquier otro vicio, distinto de los que enuncian los incisos primero y segundo del artículo 1741 del CODIGO Civil, y produce la rescisión del contrato: incapacidad relativa de los menores adultos y los disipadores en interdicción judicial; vicios del consentimiento (art. 1508 del CODIGO Civil); falsedad de la causa (art. 1524 del C.C.); inobservancia de las formalidades requeridas, no en consideración a la naturaleza del acto sino a la calidad o estado de los agentes y la lesión enorme dirimente, que tiene lugar en la aceptación de una herencia o legado (art. 1291), en las particiones de bienes (art. 1405) y en la venta y en la permuta de inmuebles (arts. 1946 y ss., y 1958). Esta nulidad no se declara de oficio, sino a solicitud de la parte en cuyo favor se estableció³⁰, y se sana por ratificación de las partes o por prescripción de la acción rescisoria (art. 1743)³¹.

²⁹ “Artículo 1742. Obligación de declarar la nulidad absoluta. La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.” El aparte subrayado se declaró exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-597 del 21 de octubre de 1998.

³⁰ “Artículo 1743. Declaración de nulidad relativa. La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes.

“La incapacidad de la mujer casada* que ha obrado sin autorización del marido o del juez o prefecto en subsidio, habiendo debido obtenerla, se entiende establecida en beneficio de la misma mujer y del marido.”

³¹ URIBE HOLGUÍN, Ricardo. De las Obligaciones y del Contrato en General. Editorial Temis, segunda edición, pág. 226.

El CODIGO contempla otros supuestos que configuran la nulidad del acto o contrato. Por ejemplo, si de parte de un incapaz existe dolo para inducir la celebración del contrato o la creación del acto, no podrán alegar la nulidad ni él ni sus herederos o cesionarios³². En otros términos, si la nulidad proviene de un acto doloso de un incapaz, no tiene derecho a alegarla, sólo podrá hacerlo la parte que cumplió; incluso establece que si la causa de la incapacidad relativa desaparece, tampoco puede alegarse la nulidad.

De otra parte, cuando se declara la nulidad absoluta no hay lugar a restituciones mutuas, a menos que las partes no tuvieran conocimiento que alguno de estos requisitos de validez fuera ilícito. Así lo prevén los artículos 1525 y 1746 del CODIGO Civil, en consecuencia, los demás vicios que generen nulidad absoluta o relativa dan a las partes el derecho a ser restituidas al estado en que se hallaban antes del contrato. En efecto, el artículo 1746 del CODIGO Civil dispone que las restituciones mutuas proceden, sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o la causa ilícita, esto es, advirtiendo lo estipulado por el artículo 1525:

“Artículo 1746. Efectos de la declaratoria de nulidad. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

“En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.”

En concordancia con el inciso primero de esta norma, el artículo 1525 del CODIGO Civil, prevé: “Art. 1525. No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas.” Pero si se trata de un acuerdo celebrado por algún incapaz, sin los requisitos que exige la ley, el que contrató

³² “Artículo 1744. Contrato realizado por dolo de un incapaz. Si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato, ni él ni sus herederos o cesionarios podrán alegar nulidad.

“Sin embargo, la aserción de mayor edad, o de no existir la interdicción, u otra causa de incapacidad, no inhabilitará al incapaz para obtener el pronunciamiento de nulidad.”

con él puede pedir la restitución o reembolso de lo que gastó o pagó, siempre que pruebe que el incapaz se hizo más rico con el negocio.

4.2. Idea particular de validez de los *contratos estatales*

En los contratos estatales la nulidad se produce por causas adicionales de las previstas en el derecho privado. El artículo 44 de la Ley 80 dispone que son nulos por las razones dispuestas en el derecho común –objeto y/o causa ilícita, ausencia de solemnidades e incapacidad absoluta-, y también cuando: i) se celebran con personas incursas en inhabilidad o incompatibilidad; ii) se celebran contra expresa prohibición constitución o legal; iii) se celebran con abuso o desviación de poder; iv) se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; v) se celebren con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley³³.

³³ El artículo 21 de la Ley 80 de 1993 dispone: “*Del Tratamiento y Preferencia de las Ofertas Nacionales*. Las entidades estatales garantizarán la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, en condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio, sin perjuicio del procedimiento de selección objetiva que se utilice y siempre y cuando exista oferta de origen nacional.

“Cuando se trate de la ejecución de proyectos de inversión se dispondrá la desagregación tecnológica.

“En los contratos de empréstito y demás formas de financiamiento, distintos de los créditos de proveedores, se buscará que no se exija el empleo o la adquisición de bienes o la prestación de servicios de procedencia extranjera específica, o que a ello se condicione el otorgamiento. Así mismo, se buscará incorporar condiciones que garanticen la participación de oferentes de bienes y servicios de origen nacional.

“En igualdad de condiciones para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional.

“Para los oferentes extranjeros que se encuentren en igualdad de condiciones, se preferirá aquel que contenga mayor incorporación de recursos humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica.

“El Consejo Superior de Comercio Exterior determinará el régimen vigente para las importaciones de las entidades estatales.

“Parágrafo 1. El Gobierno Nacional determinará que debe entenderse por bienes y servicios de origen Nacional y de origen Extranjero y por desagregación tecnológica. Corresponde también al Gobierno Nacional diseñar mecanismos que faciliten el conocimiento oportuno tanto de la oferta de bienes y servicios de origen nacional, como de la demanda de las entidades estatales.

“Parágrafo 2. El Gobierno Nacional reglamentará el componente nacional al que deben someterse las entidades estatales, para garantizar la participación de las ofertas de bienes y servicios de origen nacional.

La nulidad absoluta del contrato estatal pueden alegarla las partes, el agente del Ministerio Público, cualquier persona que acredite interés directo –esto a partir de la Ley 446 de 1998- o declararla oficiosamente el juez; además, no es susceptible de saneamiento por ratificación. Incluso, en los casos previstos en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44, el jefe o representante legal de la entidad pública puede terminar el contrato –como lo hizo el alcalde de El Retiro, en el contrato *sub iudice*-, mediante acto administrativo motivado, y ordenará su liquidación.

Por su parte, como sucede con la nulidad relativa en el derecho privado, en la contratación estatal este vicio se configura por los demás defectos de que adolezca el negocio, y puede sanearse por ratificación de las partes o por prescripción, que es de 2 años contados desde que ocurre el hecho generador³⁴.

Como señala el tratadista Ricardo Uribe Holguín, refiriéndose al derecho privado, los contratos estatales también pueden adolecer de nulidad parcial, no obstante, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 80 de 1993, la nulidad de una cláusula contractual no invalida la totalidad del negocio jurídico, salvo si la parte viciada no permite la existencia del acuerdo: “*De la Nulidad Parcial*. La nulidad de alguna o algunas cláusulas de un contrato, no invalidarán la totalidad del acto, salvo cuando éste no pudiese existir sin la parte viciada.”

Adicionalmente, a diferencia del derecho privado, el estatuto de contratación pública dispone que si se declara la nulidad de un contrato de ejecución sucesiva, se reconocerá y pagarán las prestaciones ejecutadas hasta la adopción de la decisión. No obstante, si el contrato es nulo por objeto o causa ilícita, la entidad sólo debe pagar el beneficio que el contratista le haya prestado:

“Artículo 48. *De los Efectos de la Nulidad* La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.

“Habrà lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del

³⁴ “Artículo 46. *De la Nulidad Relativa*. Los demás vicios que se presenten en los contratos y que conforme al derecho común constituyen causales de nulidad relativa, pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de dos (2) años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio.”

beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.”

Sobre este tema se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 24 de noviembre de 2004, exp. 25.560. Sostuvo que la diferencia entre la legislación civil y la pública radica en que en ésta se exige la prueba del beneficio que la administración recibió del contratista, para que en los contratos de ejecución periódica se reconozcan las prestaciones debidas:

“En resumen, para la Sala el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 establece efectivamente una regla distinta a la del CODIGO Civil, consistente en que el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto o causa ilícita, sólo tienen lugar cuando se pruebe que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido. Se trata, pues, de una regla diferente a la prevista en la legislación civil en tanto que condiciona el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas al beneficio del Estado y solamente hasta el monto del mismo. La especialidad de la norma de la ley 80 no radica, entonces, en impedir las sanciones que se derivan por violación del orden jurídico a sabiendas y así evitar un enriquecimiento sin causa en contra del contratista, pues, como ha indicado la Corte Suprema de Justicia, esta figura exige que con su ejercicio no se pretenda violar el ordenamiento jurídico. En otras palabras, esta disposición se aplicaría únicamente cuando las partes no hubiesen celebrado un contrato con objeto o causa ilícitos a sabiendas.

“Así, el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 no conlleva 'derogatoria' alguna de las sanciones que prescribe la legislación civil a contratos celebrados con conocimiento de violar el ordenamiento jurídico. No se infiere de su tenor literal, tampoco de una interpretación sistemática, ni siquiera de sus antecedentes que, como se advirtió, son equívocos”.

5. Requisitos de *perfeccionamiento* y de *ejecución* de los contratos estatales.

En relación con el perfeccionamiento de los contratos estatales, tema que subyace a la problemática del caso concreto, de ahí la necesidad de precisar estos conceptos, pues el juez *a quo* negó las pretensiones con fundamento en esta temática, la jurisprudencia de esta Corporación, de forma variable, ha sostenido dos tesis, ambas en vigencia de la Ley 80 de 1993. La *primera*, se expresó en el auto de 27 de enero de 2000 -Rad. 14.935-, donde se afirmó que el perfeccionamiento del contrato exigía, además del escrito contentivo del acuerdo contractual, la existencia del respectivo registro presupuestal:

"... En principio se tiene, que según lo reglado en el artículo 41 de la ley 80 de 1993, "los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito"; en tanto que la existencia de la disponibilidad presupuestal y la aprobación de la garantía única de cumplimiento, son simplemente "requisitos de ejecución" y no de perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, esta norma sufrió modificación por el artículo 49 de la ley 179 de 1994, compilada en el artículo 71 del decreto-ley 111 de 1996, contenido del Estatuto Orgánico del Presupuesto, según el cual:

'Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

'Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos

'En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización del CONFIS o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados. (...)

'Cualquier compromiso que se adquiriera, con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones'..."

Y la *segunda*, expuesta –entre otras- en las sentencias de febrero 3 y abril 6 de 2000 -radicados No. 10.399³⁵ y 12.775, respectivamente-, señaló que para perfeccionar un contrato estatal bastaba cumplir los requisitos dispuestos en el primer inciso del artículo 41 de la ley 80, esto es: acordar el objeto y la contraprestación y elevarlo a escrito.

La discusión procedía de la lectura del art. 41 de la Ley 80, concordado con el 71 del Decreto 111 de 1996. La primera norma dispone:

³⁵ En esta providencia se dispone que: "En buena hora la ley 80 de 1993 precisó que 'los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y las contraprestaciones y éste se eleve a escrito' (art. 41) y los requisitos que en el anterior régimen se requerían para perfeccionar el contrato pasaron a ser requisitos para su ejecución -aprobación de la garantía única y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes- (art. 41, inciso 2º Ley 80 de 1993), lo cual significa que desde el momento en que las partes firman el contrato, éste existe como tal en el mundo del derecho."

“Art. 41. DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. Los contratos del Estado **se perfeccionan** cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

“Para **la ejecución** se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.” (Negrillas fuera de texto)

Este precepto no ofreció complejidad en el año en que se dictó -1993-, pues distingue perfectamente el momento y los requisitos del perfeccionamiento –inciso primero-, del momento y los requisitos de la ejecución –inciso segundo-, asignando a cada uno condiciones muy precisas. Concretamente, indica que los negocios jurídicos estatales se perfeccionan, y por tanto existen, desde que “se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.” A partir de esta norma se afirma que los contratos estatales, salvo excepciones, son solemnes, porque requieren la escritura para su existencia.

Hasta 1996 esta disposición no ofreció complejidad –porque estaba claro cómo se perfeccionaba el contrato estatal-, pero con el Decreto 111 de 1996 –norma que compiló el estatuto presupuestal, disperso en varias leyes- el tema se hizo difícil, pues para muchos operadores jurídicos el art. 71 modificó el art. 41 de la Ley 80, creando un requisito de perfeccionamiento de los contratos³⁶.

Sin embargo, no es correcta aquella posición que señalaba que el art. 41 fue modificado por el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 -que estableció que los actos administrativos que involucren gastos se perfeccionan con el registro presupuestal-, porque, *de un lado*, se refiere al perfeccionamiento de los “actos administrativos” –inciso primero-, no al de los contratos estatales, de allí que no es pertinente aplicarla a una institución o figura completamente distinta, como es la contratación estatal. En efecto, los contratos estatales no son actos administrativos, por esta razón la norma no le aplicaba. En tal sentido, un acto administrativo es una declaración unilateral de voluntad, amén de las otras

³⁶ “Art. 71. Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

“Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin.

“En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. **Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.** (...)” (Negrillas fuera de texto)

características, al paso que los contratos son, por definición, actos bilaterales, de manera que por este sólo presupuesto falla la identificación de estas dos formas de manifestación de la voluntad de la administración.

De otro lado, la ley 80 reguló de forma especial el tema del perfeccionamiento del contrato estatal, de modo que existiendo requisitos propios y autónomos, no se explica la razón por la cual se acude a otra normativa para exigir elementos extraños a dicho estatuto.

No obstante las anteriores razones, y a manera de tercer argumento -hoy más evidente y claro que antes-, con la vigencia de la ley 1150 de 2007 el legislador ratificó que el requisito presupuestal se necesita para la “*ejecución*” del contrato, no para el “*perfeccionamiento*”, pues señaló que “Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes...”. En efecto, dispone el art. 23 de dicha ley que:

“Artículo 23. De los aportes al Sistema de Seguridad Social. El inciso segundo y el párrafo 1° del artículo 41 de la Ley 80 quedarán así:

“Artículo 41. (...)

“Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

“Párrafo 1. El requisito establecido en la parte final del inciso segundo de este artículo, deberá acreditarse para la realización de cada pago derivado del contrato estatal.

“El servidor público que sin justa causa no verifique el pago de los aportes a que se refiere el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.” (Negrillas fuera de texto)

Esta norma, se insiste, mantiene intacto el primer inciso del art. 41 de la ley 80, de allí que el perfeccionamiento del contrato estatal sigue como estuvo regulado desde la vigencia de la norma inicial. Pero también conserva la idea de que el registro presupuestal es un requisito de ejecución del contrato, luego hoy no

puede sostenerse que lo sea de perfeccionamiento, so pena de desatender el sentido del artículo citado.

Afortunadamente esta postura es la que rige, tesis imperante que señala que el contrato estatal se perfecciona con el acuerdo de voluntades, elevado a escrito, posición introducida en la sentencia de septiembre 28 de 2006 –Exp. 15.307- y reiterada -entre muchas otras providencias-, en sentencia de junio 7 de 2007 – Exp. 14.669-³⁷. Dispuso la primera:

“Analizadas las pruebas obrantes en el expediente la Sala advierte que el contratista cumplió con el trámite de legalización que estaban a su cargo, cual era la constitución de las garantías.

“No obra documento demostrativo del proceso de apropiación presupuestal, pero ello no permite afirmar que éste no se produjo y menos aún, que la entidad quedó exenta de cumplir las obligaciones derivadas de un contrato que celebró con el aquí demandante.

“En efecto, suscrito el contrato la entidad quedaba con el deber de expedir el registro de apropiación presupuestal, conforme lo exige el inciso 2 del artículo 41 de la ley 80 de 1993. Y si no cumplió con esta obligación, mal podría invocar su propia culpa en beneficio propio.

“En este punto la Sala precisa que la omisión respecto del trámite del presupuesto del contrato, traduce en el incumplimiento de una obligación de la entidad pública, que le fue impuesta por la ley (art. 41, ley 80 de 1993) y, en este caso, también por el contrato.

“Cabe igualmente advertir que la ausencia de registro presupuestal no produce la inexistencia del contrato estatal, determina su inejecución, la que aunada a los perjuicios que cause al contratista, configura la responsabilidad contractual del ente público infractor.

“En efecto, a diferencia de lo dispuesto en el decreto ley 222 de 1983, la ley 80 de 1993 reguló el perfeccionamiento del contrato de una forma coherente con la significación gramatical y jurídica de este concepto, al disponer en su primer inciso que: ‘Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.’ En tanto que en el inciso segundo reguló, en forma independiente, las condiciones para su ejecución, así: ‘Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.’

“De conformidad con lo dispuesto en la precitada norma, la existencia y el perfeccionamiento del contrato estatal se

³⁷ Ambas providencias con ponencia del Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

producen cuando concurren los elementos esenciales del correspondiente negocio jurídico, definidos por el legislador como el: “acuerdo sobre el objeto y la contraprestación” (elementos sustanciales) y también que “éste se eleve a escrito” (elemento formal de la esencia del contrato).

“Al efecto cabe tener en lo afirmado por Marienhoff, para quien, como regla ‘puede afirmarse que el contrato queda ‘perfeccionado’ cuando se produce el acuerdo o fusión de voluntades entre las partes’³⁸

“De conformidad con lo expuesto se tiene que, según lo previsto en la ley 80 de 1993, el contrato es perfecto cuando se han cumplido las condiciones para su existencia, esto es, al recorrer su definición, porque concurren sus elementos esenciales, sin perjuicio de que puedan existir condiciones o plazos que suspendan su ejecución.”

En estos términos, la Sala reitera la anterior posición, pues el art. 41 de la Ley 80, vigente al momento de celebrarse el contrato de prestación de servicios profesionales *sub iudice*, efectivamente disponía que los requisitos de perfeccionamiento, que son distintos a los de ejecución, no incluyen la existencia del registro presupuestal³⁹.

³⁸ MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, tomo III A, tercera edición actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1992, pág. 143.

³⁹ En este mismo sentido se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 30 de julio de 2008, exp. 15.079, donde se refirió al contenido del artículo 41 de la Ley 80 y, en consecuencia, distinguió entre los requisitos de perfeccionamiento de los contratos y las exigencias para su ejecución. En ese orden, sostuvo, al tenor de lo dispuesto en la norma mencionada, que los contratos estatales se perfeccionan cuando se logra un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y se eleva a escrito; y se pueden ejecutar cuando se otorga la respectiva garantía única y se verifica la existencia de disponibilidad presupuestal, salvo que se trate de la asunción de compromisos con vigencias futuras: “A diferencia de lo dispuesto en el decreto ley 222 de 1983, la ley 80 de 1993 reguló el perfeccionamiento del contrato de una forma coherente con la significación gramatical y jurídica de este concepto, al disponer en su primer inciso que: ‘Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.’ En tanto que en el inciso segundo reguló, en forma independiente, las condiciones para su ejecución, así: ‘Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.’

“De otra parte, en la misma decisión, la Sección Tercera se refirió al cambio jurisprudencial que se suscitó por la exigencia para la ejecución del contrato. En efecto, en primer término precisó que previo al auto del 27 de enero del 2000, se consideraba que los contratos estatales se perfeccionaban aun cuando no se contara con la respectiva disponibilidad presupuestal, asimismo, sostuvo que en esta providencia se afirmó que el ‘registro presupuestal’ era un requisito del perfeccionamiento del negocio jurídico de conformidad con lo estipulado en el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, pero que en sentencia del 28 de septiembre de 2006, exp. 15.307, la Subsección retomó la posición asumida antes del auto de 2000 y advirtió que el registro presupuestal, no es una condición de existencia del contrato estatal o de su perfeccionamiento, sino que es un requisito necesario para su ejecución: “De conformidad con lo dispuesto en la precitada norma, la existencia y el perfeccionamiento del contrato estatal se produce cuando concurren los elementos esenciales del correspondiente negocio jurídico, definidos por el legislador como el: ‘acuerdo sobre el objeto y la contraprestación’ (elementos sustanciales) y también que ‘éste se eleve a escrito’ (elemento

Esta tesis se reiteró en la sentencia del 23 de junio de 2010, exp. 17.860, donde la Sección Tercera aseguró que el registro presupuestal no es requisito de perfeccionamiento de los contratos, sino condición para ejecutarlos, porque los negocios jurídicos de las autoridades se reputan perfectos cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y éste se eleva a escrito⁴⁰.

“Para la Sala una cosa es considerar el registro presupuestal como requisito para el perfeccionamiento del contrato y otra considerarlo como requisito para la ejecución del contrato. La Sección Tercera del Consejo de Estado, a propósito de lo dispuesto tanto en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 como en el artículo 49 de la ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, Decreto-ley 111 de 1996, ha concluido que el registro presupuestal constituye un requisito para la ejecución del contrato estatal y no para su perfeccionamiento.

formal de la esencia del contrato). El Consejo de Estado en varias providencias al evaluar los cambios introducidos por la ley 80 de 1993 respecto de la existencia y ejecución del contrato estatal, afirmó que este nace a la vida jurídica cuando se cumplen las condiciones previstas en el primer inciso del artículo 41, a pesar de que no se hayan cumplido los requisitos necesarios para su ejecución, tales como el relativo al registro presupuestal. Sin embargo, la anterior posición fue modificada por la Sala en providencias proferidas a partir del auto del 27 de enero de 2000, en el que se afirmó que el registro presupuestal era un requisito de ‘perfeccionamiento’ del contrato estatal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, decreto ley 111 de 1996. En sentencia proferida el 28 de septiembre de 2006, expediente 15.307, la Sala retomó la posición asumida antes del precitado auto de 2000 y advirtió que la condición relativa al registro presupuestal, no es una condición de existencia del contrato estatal o de su ‘perfeccionamiento’, porque es un requisito necesario para su ejecución.”

⁴⁰Tesis reiterada: Sentencia del 22 de agosto de 2013. Exp. 29.121: “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. (...)

“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.”

“En tal sentido, en un pronunciamiento judicial anterior, luego de definir el registro presupuestal, de manera congruente con el Decreto-ley 111 de 1996 y con el Decreto 568 de 1996, como *“la certificación de apropiación de presupuesto con destino al cumplimiento de las obligaciones pecuniarias del contrato”*, cuya finalidad es la de *“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”*, afirmó respecto de los requisitos para el perfeccionamiento y ejecución del contrato, lo siguiente:

“- Gramatical y jurídicamente el contrato es perfecto cuando existe, esto es cuando se cumplen los elementos esenciales que determinan su configuración.

“- Por virtud de lo dispuesto en la ley 80 de 1993 el contrato estatal existe, esto es, “se perfecciona” cuando “se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”, y es ejecutable cuando se cumplen las condiciones previstas en el inciso segundo del artículo 41 de la ley, interpretado en concordancia con lo dispuesto en el artículo 49 de la ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, decreto ley 111 de 1996.

“- El requisito relativo al registro presupuestal no es una condición de existencia del contrato estatal, es un requisito de ejecución.”

“La Sala considera que lo que se acaba de transcribir respecto del contrato estatal tiene aplicación plena al asunto *sub iudice*, puesto que el convenio interadministrativo, en tanto que acto dispositivo de los intereses patrimoniales de las entidades estatales contratantes, resulta reglado por lo que la Ley 80 de 1993 dispone sobre el particular y por lo que el Estatuto Orgánico de Presupuesto prescribe, habida cuenta de que el convenio interadministrativo incorpora compromisos que afectan las apropiaciones presupuestales.”

En los términos indicados, la Sala mantiene la tesis vigente, que proviene de la lectura del art. 41 original de la Ley 80 de 1993, e inclusive de su reforma.

6. El caso concreto: *la ausencia de disponibilidad presupuesta –CDP- y de registro presupuestal –RP- no es causal de nulidad del contrato estatal.*

Aplicadas las anteriores ideas al caso *sub iudice*, la Sala recuerda –antes de avanzar en la solución del problema- que el apelante se mostró inconforme con la sentencia del tribunal administrativo, porque declaró ajustado a la ley el acto que terminó el contrato de prestación de servicios, aduciendo que no existió registro presupuestal para celebrarlo, y como se afectaron vigencias futuras -porque el plazo de ejecución fue de tres (3) años- se requería autorización del CONFIS o del Concejo municipal, la cual no obtuvo. Añadió el tribunal –en sentido similar a

las razones que expuso el municipio de El Retiro al expedir el acto administrativo demandado- que conforme al art. 71 del Decreto 111 de 1996 el registro presupuestal –RP- es requisito de existencia del contrato, y como no se satisfizo la decisión del municipio se ajustó al ordenamiento contractual y presupuestal.

La Sala revocará la decisión apelada, por tanto le concederá la razón al apelante, con fundamento en las siguientes explicaciones: i) el registro presupuestal es requisito de *ejecución*, no de *perfeccionamiento* del contrato; ii) La ley orgánica de presupuesto consagra una sanción, que no es la nulidad de los actos o contratos, cuando se compromete al Estado sin contar con registro presupuestal, iii) Cualquier irregularidad no produce la nulidad de un contrato: Diferencias entre los defectos que afectan una contratación y diferencias de ellos en las etapas de la contratación, y iv) la buena fe en los contratos estatales.

6.1. El registro presupuestal es requisito de *ejecución*, no de *perfeccionamiento* del contrato.

Conforme a lo analizado en los capítulos anteriores, el *registro presupuestal* no es requisito de perfeccionamiento de los contratos, sino de ejecución, de manera que no se necesitan más explicaciones para entender por qué no se comparte el análisis del tribunal, así que se remite al estudio realizado sobre los arts. 41 de la Ley 80 de 1993 y 71 del Decreto 111 de 1996.

Lo expresado significa que existió el contrato de prestación de servicios que celebraron Darío Piedrahita Giraldo y el Municipio de El Retiro, es decir, se perfeccionó, porque en términos del art. 41 de la Ley 80 –aplicable al caso, porque el contrato se suscribió en 1997- hubo acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y se hizo constar por escrito.

Claro está que la Sala comprende la posición que asumió el *a quo* –pero no la comparte-, porque orientado por el art. 71 del Decreto 111 de 1996, expedido recién se había suscrito el contrato, entendió que esa disposición modificó la Ley 80 de 1993, yerro en el que también incurrió temporalmente la Sección Tercera – como se explicó atrás-, pero finalmente corrigió la posición, para mantener pacífica la tesis de la vigencia plena del art. 41 de la Ley 80 de 1993.

En consecuencia, como existió el contrato de prestación de servicios, y constituyendo el registro presupuestal un requisito de ejecución, su ausencia no produce inexistencia del negocio, ni siquiera lo vicia de nulidad, porque el papel que cumple –según el inciso segundo del art. 41- es autorizar el inicio de una etapa del contrato que no incide en su formación: la ejecución de las obligaciones.

Inclusive, también es requisito de ejecución la aprobación de la garantía única que constituye el contratista, defecto o ausencia que de ninguna manera produce inexistencia del contrato, ni siquiera nulidad, se trata de una falla que genera otras consecuencias, pero no las dos mencionados. De aceptarse la tesis del tribunal se concluiría que la falta de póliza y/o de su aprobación produce la nulidad absoluta de contrato, y que la administración puede terminarlo unilateralmente, al amparo del art. 45 de la Ley 80. Semejante conclusión es inaceptable, porque los incumplimientos de algunas obligaciones en que incurran las partes para empezar la ejecución del contrato, e incluso posteriores a esta, generan consecuencias de otra índole, pero no la extinción del contrato.

6.2. La ley orgánica de presupuesto consagra una sanción, que no es la nulidad de los actos o contratos, cuando se compromete al Estado sin contar con *registro presupuestal*.

En los términos del art. 71 del Decreto 111 de 1996, cuando se exige registro presupuestal y la entidad no lo obtiene, la sanción que se aplica no afecta al acto o al contrato sino a la persona que incumple la obligación. Dispone el inciso final de dicha norma -luego de señalar que los compromisos económicos del Estado deben contar con registro presupuestal- que:

“Art. 71. (...)
Cualquier compromiso que se adquiera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones.”

La sanción por la violación a esta norma es clara: el funcionario que omite el requisito responde disciplinaria, penal y fiscalmente, incluso patrimonialmente – alcance personal de la conducta-, por ejecutar un contrato sin respaldo presupuestal; pero de allí no se desprende que cualquier vicio asociado a este

requisito -exigible a todos los actos o contratos que involucren gastos- se sancione con nulidad.

Un entendimiento amplio o extendido de las consecuencias derivadas de los defectos de este requisito produciría, inclusive, la nulidad un acto administrativo de contenido laboral que reconozca un pago sin tener el registro presupuestal de respaldo. Semejante alcance es inaceptable, porque es claro que la validez del acto y la responsabilidad del funcionario que lo expide sin cumplir esta obligación son aspectos diferentes.

En respaldo de esta tesis, la sentencia del 11 de marzo de 2010 -exp. 0792-06-, la Sección Segunda del Consejo de Estado, señaló que la falta de disponibilidad presupuestal no puede servir de justificación para eximirse del pago de los salarios y las prestaciones sociales a que tiene derecho un servidor público. En efecto, específicamente en el caso de las cesantías, se trata de un salario diferido y de un derecho adquirido de suma importancia para el ex empleado comoquiera que le sirve de sustento mientras se encuentra cesante. En consecuencia, la disponibilidad presupuestal no es una razón para no reconocer los derechos laborales mínimos, pues la administración está en la obligación de mantener disponibles los recursos para cumplir los compromisos laborales, que por demás se sabe gozan de especial protección y prelación en nuestro ordenamiento jurídico.

“Si bien las normas que gobiernan el tema relacionado con el auxilio de cesantías de los servidores públicos del orden territorial (Ley 6ª/45, Decreto 2767/45, Ley 65/46 y Decreto 1160/47), no establecen un plazo para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, no implica que la administración pueda hacerlo en cualquier momento y sin consideración alguna a la finalidad para la cual fue creada esa prestación social. En efecto, en estos casos es necesario tener en cuenta que el auxilio de cesantías no sólo constituye un derecho adquirido para el servidor público sino que además tiene la connotación de un salario diferido, cuya finalidad es la de servir de sustento al ex empleado público mientras se encuentra cesante, razón por la cual tiene derecho a recibir el pago de dicha prestación social al término de la relación laboral o dentro de un plazo que pueda considerarse como razonable.

“Como se ha anotado en otras ocasiones, la falta de disponibilidad o apropiación presupuestal no es razón suficiente para no reconocer los derechos laborales mínimos de los empleados públicos, pues la administración está en la obligación de mantener disponibles los recursos económicos para atender tales obligaciones, los cuales debieron situarse de antemano por la autoridad correspondiente.”

En la misma línea de análisis, en los eventos en que la entidad no cuenta con la disponibilidad –CDP- o con el registro presupuestal –RP-, la Sección Tercera ha desestimado la nulidad del contrato. En la Sentencia del 23 de junio de 2005 -exp. 12.846- concluyó que la disponibilidad presupuestal –que es anterior a la apertura del proceso de selección del contratista- no es requisito de validez del acuerdo y, por ende, su ausencia no produce la nulidad del contrato. Añadió que cuando el contrato carece de uno de los requisitos de existencia, la conclusión, por supuesto, es su inexistencia, y cuando se desconoce una exigencia de validez la consecuencia es la nulidad. En esta línea de pensamiento, la ausencia de disponibilidad presupuestal no produce nulidad ni inexistencia, porque es un requisito accidental que no incide en la legalidad del acuerdo:

“La Sala considera procedente distinguir entre las causales de existencia del contrato, frente a las causales de validez del mismo, para decir, que cuando quiera que el pretendido contrato carece de los requisitos de existencia, la consecuencia obvia no es la nulidad sino la inexistencia del contrato, y cuando se incumple con los requisitos de validez, la consecuencia sí será la nulidad. En este sentido, serán requisitos de existencia, aquellos mínimos necesarios para que el acto o negocio del que se trate nazca a la vida jurídica y será requisito de validez, el que los requisitos de existencia y el procedimiento de formación, cumplan con los ritualismos y elementos de legalidad.

“(…)

“De acuerdo con lo anterior, incurre en un error el demandante, al considerar que la ausencia del requisito de disponibilidad presupuestal, genera nulidad del contrato, pues no está atacando la legalidad del proceso de formación del mismo, ni la adecuación al ordenamiento jurídico de los elementos que lo componen, sino que arguye la falta de un elemento que, de ser necesario para la conformación (sic) del contrato, conduciría a su inexistencia y no a su nulidad, razón más que suficiente para desechar el cargo planteado.

“No obstante lo anterior, la Sala, con el fin de estudiar los demás cargos, establecerá entonces si el certificado de disponibilidad presupuestal, y el posterior de registro, constituyen elementos de la esencia del contrato estatal para reputarlo como tal, o si simplemente se tratan de requisitos accidentales de perfeccionamiento o de ejecución del contrato, aspectos éstos sobre los cuales, no existe una posición unívoca.”

En la misma decisión, la Sección distinguió la disponibilidad presupuestal y el registro, y concluyó que aquella es una exigencia previa al inicio del proceso de selección, y “accidental” al acto administrativo “que afecta la apropiación presupuestal”, por ello no es requisito del perfeccionamiento, de la existencia o de

la validez del negocio, porque pretende la constatación del presupuesto. La misma providencia dispuso que su omisión no genera inexistencia ni nulidad, sino responsabilidad del servidor público que tiene a cargo el contrato:

“... En esta oportunidad la Sala considera necesario unificar el criterio plasmado sobre el tema, para lo cual debe distinguirse entre el certificado de disponibilidad presupuestal y el de registro presupuestal, como actos administrativos de certificación o de registro, que en esencia son distintos entre sí y, por tanto, con relación y consecuencias diferentes frente al contrato.

“(...)”

“Obsérvese que cuando el inciso segundo establece como requisito de perfeccionamiento de los actos administrativos que enuncia, lo hace en cuanto al registro presupuestal y no del certificado de disponibilidad previo.

“Por tanto, considera la Sala, que cuando el numeral 6º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, hace alusión al certificado de disponibilidad presupuestal, lo establece como un requisito previo, accidental al acto administrativo que afecte la apropiación presupuestal, el cual, debe entenderse como a cargo del servidor público, cuya omisión, en los casos en que se requiera, genera responsabilidad personal y pecuniaria según indica el inciso final del mismo artículo 49 ya citado. En este sentido, no constituye entonces requisito de existencia ni de perfeccionamiento del contrato, pues se trata de un acto de constatación presupuestal propio de la administración, que como se indicó, es de carácter previo inclusive a abrir la licitación, concurso o procedimiento de contratación directa.

“(...)”

“Adicionalmente y al igual de lo que sucede con la ausencia de certificado de disponibilidad presupuestal cuando éste se requiere, su omisión genera responsabilidad personal y pecuniaria del servidor o servidores públicos responsables del contrato, y aunque es ésta una obligación de la entidad estatal, el contratista no podrá iniciar el contrato hasta tanto no se haya realizado el registro respectivo.

“La distinción entre estos dos actos, se encuentra además en el Decreto 568 de 1996, norma ésta que fue citada por el actor en su recurso de apelación, pero que no se estudia como violada en la medida en que el contrato que nos ocupa fue suscrito en el año de 1995, pero que la Sala cita en su labor de unificación de la jurisprudencia...

“Corolario y regresando al caso que nos ocupa, considera la Sala que el certificado de disponibilidad presupuestal no es un requisito de perfeccionamiento ni de validez del contrato y, en consecuencia, su omisión no genera ni la inexistencia ni la nulidad del mismo, sino una irregularidad administrativa que deriva en responsabilidad personal y patrimonial del servidor público a cuyo cargo se encuentra el contrato.” (Cursiva por fuera del texto).

En la sentencia del 22 de abril de 2010 -exp. 2611-07- la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado se refirió a la sentencia antes citada y, en sentido coincidente, concluyó que la falta del certificado de disponibilidad presupuestal no produce la nulidad del acto jurídico. También se pronunció sobre la sentencia proferida por la misma Subsección, el 22 de octubre de 2009 -exp. 1535-07-, que negó las pretensiones de la demanda, porque la falta de este requisito no es causal de nulidad de un decreto.

En la sentencia del 16 de agosto de 2012 -exp. 24.463-, la Subsección A de la Sección Tercera, precisó que los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios no se rigen por la Ley 80 de 1993, en cuanto: a) la selección del contratista, b) los elementos de la existencia del acuerdo jurídico y c) los requisitos de validez, porque su regulación es la del derecho privado. Señaló, en consecuencia, que las causales de nulidad eran las del CODIGO de Comercio:

“4.2. La falta de disponibilidad presupuestal como causal de nulidad absoluta de un contrato regido por el derecho común. Retomando el contenido del artículo 32 de la Ley 142 de 1994, los actos y contratos de las empresas de servicios públicas mixtas, sin importar el porcentaje de participación que en la composición de su capital social corresponda al Estado, se rigen por las normas del Derecho Privado, salvo que esa misma ley disponga otra cosa...”

“Alegó como defensa la empresa demandada que en el contrato suscrito con la actora se había celebrado *“contra expresa prohibición constitucional y legal”*, de conformidad con lo preceptuado en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, comoquiera que no contaba con disponibilidad presupuestal.

“Una primera precisión que debe efectuar la Sala sobre este planteamiento se refiere a la imposibilidad de invocar las causales de nulidad contempladas en la Ley 80 de 1993 en consideración, como ya se indicó, a que el contrato celebrado por la empresa de servicios públicos mixta se rige por el Derecho Privado...”

Esta misma providencia hizo una precisión respecto a la falta de disponibilidad presupuestal en los contratos sujetos al estatuto de la contratación administrativa: su ausencia no es causal de nulidad absoluta, porque si bien se desconocen los principios de legalidad de gasto y de planeación, no se afecta la validez del contrato, pero se compromete –se reitera- la responsabilidad del servidor público.

“No obstante, si en gracia de discusión se considerara que la disponibilidad presupuestal constituye un requisito o formalidad legal

prescrita por la ley para la celebración del contrato y que su ausencia estaría en contravía de una norma imperativa, en concordancia con el numeral 1º del artículo 899 del CODIGO de Comercio, **debería concluir la Sala que dicha situación no constituye causal de nulidad absoluta, ni siquiera en el caso de los contratos regidos por la Estatuto de la Contratación Estatal.** Sobre el particular esta Sección ha explicado:

*"Así, resulta claro que ninguna autoridad del Estado podrá adelantar procedimientos administrativos de selección contractual, tales como licitaciones o concursos, celebrar contratos o contraer obligaciones, sin contar con el respectivo **certificado de disponibilidad presupuestal**, omisión que si bien es cierto daría lugar a la violación de los principios de legalidad del gasto y de planeación y, por ello mismo, podría comprometer la responsabilidad personal y patrimonial -en los ámbitos disciplinario, fiscal e incluso penal- del funcionario que actúe con desobedecimiento de los mismos, no es menos cierto que no tendría la entidad suficiente para afectar la validez del respectivo contrato como quiera que, en principio, la ausencia de tal **disponibilidad** no está llamada a configurar de manera directa y autónoma, per se, una específica causal de nulidad de los contratos estatales.*

"Así las cosas, **concluye la Sala que si en los contratos regidos por la Ley 80 de 1993 la falta de disponibilidad presupuestal no constituye una causal de nulidad absoluta, menos aún podría tener ese efecto en los contratos regidos por el Derecho Privado,** en los cuales la disponibilidad presupuestal no aparece como requisito legal para su perfeccionamiento o para su validez.

"En consecuencia, queda demostrado el incumplimiento del contrato por parte de la empresa EMBAHIA S.A. E.P.S., en consideración a que no tenía justificación legal alguna para negarse a la ejecución de la obra contratada con la Arquitecta CARDONA FERNÁNDEZ."

En conclusión, la Sala confirma y consolida, incluso con razones adicionales a las citadas en las sentencias mencionadas, que la ausencia de disponibilidad y con mayor de registro presupuestal no producen ni inexistencia ni nulidad del contrato estatal. No obstante, las siguientes razones se suman a las expresadas hasta ahora.

6.3. Cualquier irregularidad no produce la nulidad del contrato: Diferencias entre los defectos que afectan la contratación, e impactos variables en las distintas etapas que lo componen.

Lo expresado hasta ahora significa que no cualquier defecto o irregularidad en la contratación estatal produce la nulidad el contrato, ni siquiera la relativa. De hecho, hay que distinguir los defectos que se presentan en las distintas etapas:

proceso de selección, perfeccionamiento del contrato, ejecución y liquidación. Esta distinción facilita entender que las causales de nulidad del contrato – absoluta o relativa- se configuran en las etapas de selección del contratista o en la de perfeccionamiento del contrato; pero no en las etapas de ejecución o liquidación. Basta observar las causales legales que las constituyen para admitir esta conclusión. Esta razón, adicional a las expresadas, refuerza que los defectos en que incurra la administración y/o el contratista para ejecutar un contrato o para liquidarlo, no inciden en la validez del negocio.

Para mayor precisión, ni siquiera toda irregularidad que ocurra en las etapas de *selección y perfeccionamiento* del contrato producen, irremediamente, su nulidad. Sólo producen esa consecuencia los defectos que se enmarquen, con precisión, en las causales legales o constitucionales⁴¹. De hecho, el art. 49 de la Ley 80 de 1993 consagra la regla inversa:

⁴¹ Para confirmar esta perspectiva de análisis, es decir, la necesidad de norma expresa y clara que establezca el vicio de nulidad del contrato por falta de disponibilidad y/o registro presupuestal, en el derecho español la solución es inversa a la nuestra, aunque con denodados esfuerzos por tomar esta solución. Juan Alfonso Santamaría Pastor expresa: “Recogiendo una vieja norma de nuestro ordenamiento financiero, la letra c) del artículo 63 tipifica la última causa de nulidad, consistente en ‘la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad a lo establecido en el artículo 60 de la Ley General Presupuestaria y las demás normas jurídicas de igual carácter de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los casos de obras de emergencia’.

“Como decimos, este precepto es uno de los más anejos y venerables de nuestro Derecho público: su fundamento, como instrumento destinado a asegurar el respeto del principio de legalidad presupuestaria, es obvio, por lo que toda explicación adicional sobre el mismo sería ociosa. Ha de señalarse, no obstante, que la moderna doctrina del Derecho financiero ha comenzado a poner en duda la corrección técnica de esta prohibición legal, dándole un nuevo significado. Así, en opinión de SAINZ DE BUJANDA, la posibilidad de que las obligaciones con cargo al Tesoro puedan tener su origen en actos administrativos o negocios jurídicos, así como en actuaciones generadoras de daños indemnizables, contradice abiertamente la tradicional prohibición de contraer gastos por encima o al margen de los créditos presupuestarios establecidos para ello. La cobertura presupuestaria de un gasto no es, en opinión del citado profesor, un requisito de validez del acto, sino de eficacia: la obligación creada sin cobertura presupuestaria no podría ser calificada, por ello, de nula, sino de inexigible (17).

“Esta tesis posee un indudable fundamento, así como una buena dosis de lógica, y permite resolver problemas que, desde la perspectiva de la prohibición sancionada con nulidad absoluta, carecen de respuesta razonable: así sucede con la celebración de contratos para la realización de gastos cuyo monto no es mensurable *a priori* (p. ej., el consumo de electricidad o de servicios telefónicos), y cuya calificación sería, desde tal perspectiva, incierta (18). Sin embargo, lo claro y terminante del precepto que comentamos no admite excesivas piruetas teóricas, de tal forma que no puede eludirse la calificación de nulidad de, al menos, los contratos que, ya inicialmente, prevén una cifra de gasto superior a la presupuestada; calificación de la que, naturalmente, deben excluirse los contratos de duración plurianual (en cuyo caso, la validez estará condicionada al respeto del techo presupuestario respecto de las partes del contrato que se prevean contraer o abonar dentro de cada ejercicio), así como los de realización de obras de emergencia, a los que el artículo que comentamos se refiere explícitamente.” –GÓMEZ- FERRER MORANT, Rafael, Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas. Editorial Civitas, Madrid, 1996, pág. 310 a 311-.

“Art. 49. *Del saneamiento de los vicios de procedimiento o de forma.*
Ante la ocurrencia de vicios que no constituyan causales de nulidad y cuando las necesidades del servicio lo exijan o las reglas de la buena administración lo aconsejen, el jefe o representante legal de la entidad, en acto motivado, podrá sanear el correspondiente vicio.”

Esta norma, armonizada con las que describen las causales de nulidad, reclama un listado de defectos o irregularidades que producen la nulidad absoluta o relativa, y otro listado de las que no tienen esa consecuencia -pese a existir un defecto -. Esta providencia no asumirá esa tarea, enorme y casuística, pese a que bastaría ordenar las sentencias para concretar muchas respuestas. No obstante, a la jurisprudencia le falta analizar cuándo la omisión de ciertos requisitos produce la nulidad del contrato. Por ejemplo: i) falta de estudios de oportunidad y conveniencia, ii) falta de convocatoria pública, iii) falta de estudios y documentos previos de la contratación, iv) falta de licencia ambiental –cuando se requiere-, v) falta de prepliego, vi) falta de avisos en la página web, vii) ausencia de acto de apertura, viii) falta de pliego definitivo, ix) falta de evaluación de ofertas, x) no poner el informe de evaluación de ofertas a disposición de los oferentes, xi) no celebrar audiencia de adjudicación, entre otros.

En idéntico sentido se expresa Víctor Sebastián Baca Oneto, quien recordando que en España existe norma expresa que establece la causal de nulidad de los contratos por falta de afectación presupuestaria –aunque en el pasado no existió, así que no se producía la nulidad-, explica que la doctrina debate la sensatez de la norma, porque la administración termina alegando su propia culpa para proponer la nulidad, aunque concluye que mientras exista la norma positiva no hay duda que este defecto produce el vicio mencionado: “

“Como hemos visto páginas atrás, las primeras causas de invalidez específicas de los contratos se establecieron en leyes hacendísticas, lo cual puede explicarse a partir de la estrecha vinculación existente entre la actividad administrativa contractual y el gasto público, que actualmente se expresa en el art. 62.c TRLCAP, que incluye como vicio de nulidad ‘la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en el art. 60 de la Ley General Presupuestaria (actual art. 46 LGP/2003) y las demás normas de igual carácter de las restantes Administraciones públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia’. Por tanto, parece indudable que serán inválidos aquellos contratos celebrados sin consignación presupuestaria previa.

“En cualquier caso, y en lo que atañe a la finalidad de este trabajo, en el ámbito contractual la consignación presupuestaria previa es indudablemente un requisito de validez, cuya falta constituye un vicio de nulidad (660), como lo establece el TRLCAP en sus arts. 11.2 y 62.c (661), incumpliendo los pronósticos de quienes auguraban su pronta desaparición como consecuencia de la evolución de la legislación contractual. No obstante, tampoco en el ámbito contractual esta posición ha sido aceptada unánimemente, destacando especialmente entre sus detractores RUIS OJEDA, para quien constituye un atentado contra la justicia material, por lo que ‘tal vez sea bueno contradecir una legislación que es contradictoria consigo misma’ (662), para lo cual busca apoyo en principios propios de la contratación civil, en especial aquél según el cual nadie puede alegar su propia torpeza y el que prohíbe dejar la validez y ejecución de los contratos en manos de una de las partes. En consecuencia, de acuerdo a este autor, los contratos celebrados por la Administración pública sin consignación presupuestaria serían válidos, y su incumplimiento generaría una responsabilidad *ex contractu* (663).” -BACA ONETO, Víctor Sebastián, La invalidez de los contratos públicos. Editorial Thomson Civitas, Primera edición 2006, págs. 194 a 195 y 202-.

No obstante, la regla que introduce el art. 49 es el *saneamiento general*, así que la norma autoriza regularizar buena parte de los defectos cometidos con ocasión de los procesos de contratación.

6.4. La *buena fe* en los contratos estatales contribuye a interpretar las consecuencias que tienen las irregularidades del negocio.

Para valorar las consecuencias de las irregularidades que se presentan en la actuación contractual, hay que tener en cuenta el principio de la buena fe, que rige las relaciones de negocios, tanto en el derecho privado como en el público. En este horizonte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1603 del CODIGO Civil “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”

Pero los tratadistas Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve señalan, en la obra *Derecho Civil de las Obligaciones*, que la buena fe contractual no debe incorporarse, únicamente, en la etapa de ejecución de los acuerdos, sino que se extiende a la celebración del contrato, es decir que se exige en varias etapas de la actividad comercial, como lo dispone el artículo 871 del CODIGO de Comercio: “Esta buena fe, referida a la ejecución del contrato, o sea a la especial conducta o comportamiento a cargo del deudor en el cumplimiento y del acreedor en recibir la prestación, se extiende hoy, conforme a la doctrina y a la jurisprudencia, también a la misma celebración del contrato. Esto indica que la buena fe se exige en varios momentos: en primer lugar, durante la vida del contrato; y, finalmente, en la propia ejecución del mismo.”

En el caso concreto, se indaga si la falta de registro presupuestal de un contrato autorizaba al municipio para terminarlo, al amparo del art. 45 de la Ley 80. Aunque varias razones expresadas antes resuelven el problema, la Sala se referirá a la influencia de este principio sobre el análisis del mismo, porque sus luces conducen a la misma conclusión.

En efecto, la problemática muestra que el contratista no participó de la comisión de la irregularidad que el municipio reprocha: *falta de registro presupuestal del contrato*, porque no es obligación suya obtenerlo, diligenciarlo o tramitarlo; se trata de una obligación a cargo de la entidad estatal, quien administra su

presupuesto y lo ejecuta. Por esta razón, ni siquiera es aceptable el recriminación que en el proceso le hizo el Municipio al demandante, en el sentido de cuestionarle que siendo abogado su contrato estuviera afectado de la irregularidad analizada. El municipio olvidó que los contratistas no son los ordenadores del gasto público, que la posición que tiene el contratista ante la entidad no es la de garante o revisora de sus actos, pues quienes participan en la contratación tienen la confianza puesta en que la otra parte responde de los asuntos que tiene a su cargo, y concretamente la entidad debe garantizar el cumplimiento de los trámites que están bajo su responsabilidad, como sucede con el registro presupuestal.

Lo que sucedió, en realidad, fue que con ocasión del cambio de Administración el Alcalde entrante se encontró con que el saliente celebró el contrato de prestación de servicios profesionales sin contar con el registro o reserva presupuestal respectiva, y como la ley lo exige terminó el contrato. La Sala se pregunta: ¿a quién se le imputa la responsabilidad de lo sucedido? El municipio se escudó en la ley, para decir que si el ordenamiento establece el requisito su incumplimiento produce la terminación.

Ese acto desconoce varios principios, el de *responsabilidad*, que reclama que quien produce un hecho repara las consecuencias que derivan de el, y en este caso la falta de presupuesto no es imputable al contratista sino a la entidad; pero sobre todo, olvidó el principio de la *buena fe*, que protege a quien obra con intención recta frente a quien lo hace descuidadamente, y el municipio, responsable de los hechos, trasladó graciosamente al contratista el defecto del que adolecía el contrato, olvidando que debía garantizar la reserva presupuestal. Además, un alcalde u otro son lo mismo para efectos del derecho, pues todo lo que haga alguno compromete al municipio, por aplicación de la *teoría del órgano*.

Desde este punto de vista, es inconcebible que el culpable del defecto –el municipio- no se preocupe por sanearlo, y tome el camino fácil de terminar la relación contractual. Esta forma de obrar muestra su indiferencia frente a la actuación propia, cuando la vergüenza y el derecho –en esto se unen- le exigían resolver el problema, cubriendo, solucionando y corrigiendo el defecto, así como las consecuencias de la actuación.

Ahora, si el error lo cometió el alcalde anterior y no el nuevo, es un asunto de gerencia de lo público, pero no de responsabilidad institucional, pues el nuevo representante legal administra no sólo sus decisiones sino también los actos y consecuencias de las que adoptó el anterior, eliminando la práctica antigua -pero actual- de romper con la administración anterior, destruyendo sus actos, políticas y decisiones, como si entre una administración se produjera un corte en lo jurídico, cuando no es así.

Y el principio de la buena fe rige en la contratación estatal porque si bien no está reglado en la Ley 80, así lo invocan, entre otros, los artículos 13 y 23 del mismo estatuto, que remiten a los principios generales del derecho, al artículo 83 de la Constitución Política y a la legislación civil y comercial:

“Artículo 13.- De la Normatividad Aplicable a los Contratos Estatales. Reglamentado parcialmente por los Decretos Nacionales 1896 y 2166 de 1994, Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 4266 de 2010. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley.”

El artículo 13 establece que los contratos que celebren las entidades referidas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 se rigen por las disposiciones civiles y comerciales, salvo en los asuntos regulados por el estatuto de la contratación administrativa, y se reitera que como el tema no se trató en dicha norma, no implica, de ninguna manera, que la actividad contractual de las entidades públicas esté exenta del principio de la buena fe. En ese orden, debe acudirse, como lo explica el artículo en mención, a lo previsto en el artículo 1603 del CODIGO Civil y 871 del CODIGO de Comercio⁴².

Además, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993⁴³, las actuaciones de los sujetos de la contratación estatal también se desarrollan con

⁴² “Artículo 1603. Ejecución de buena fe. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”

“Artículo 871. Principio de buena fe. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

⁴³ “Artículo 23. De Los Principios de las Actuaciones Contractuales de las Entidades Estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los

arreglo a los principios que dispone el mismo estatuto, a los postulados que rigen la función administrativa, a las normas que regulan la conducta de los servidores públicos; a las reglas de interpretación de la contratación, a los principios generales del derecho y a los particulares del derecho administrativo. En ese orden, de conformidad con el artículo 83 de la Constitución Política “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

En esta línea de pensamiento, es un principio en virtud del cual los contratantes deben obrar con lealtad, honradez y conciencia de rectitud. Los tratadista Valencia Zea y Ortiz Monsalve se refieren al respecto, en los siguientes términos: “...la buena fe exige que los contratantes obren con lealtad, es decir que se debe emplear con los demás una conducta ajustada a las exigencias del decoro social y de la honradez, o sea, tener la conciencia de que se obra rectamente. Al respecto es correcta la definición particularizada del CODIGO Civil al precisar que la buena fe en materia de adquisición de propiedad consiste en ‘la conciencia de haberse adquirido el dominio por medios legítimos’ (art. 768). La existencia de una conciencia recta tiene la virtud de objetivarse, e indica que los contratantes deben conformarse con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente, es decir, con un determinado *standard* de usos sociales y de buenas costumbres. La buena fe significa ‘que cada cual debe guardar fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella; supone el conducirse como cabía esperar de cuantos con pensamiento honrado intervienen en el tráfico como contratantes’ ...”⁴⁴.

Aplicadas estas ideas al caso concreto, la Sala concluye que la falta de disponibilidad presupuestal, así como al falta de registro o reserva presupuestal no afectan la validez del contrato. En particular, el incumplimiento del segundo no incide en la selección del contratista ni en la formación del contrato, !se trata de un requisito de ejecución!, que produce consecuencias diferentes: responsabilidad personal del funcionario que lo omite.

postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”

⁴⁴ VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE Álvaro. Derecho Civil de las Obligaciones. Editorial Temis. pág. 140.

7. Nulidad del acto administrativo contractual e indemnización *in natura*.

En las condiciones anotadas, Se anularán los actos administrativos demandados -es decir, los que terminaron el contrato estatal de prestación de servicios profesionales de asesoría jurídica-, porque el alcalde de El Retiro lo expidió convencido de que se configuró una causal de nulidad absoluta, de aquellas que en términos del art. 45 de la Ley 80 lo autorizaba para terminar unilateralmente el contrato, concretamente la causal que dispone que son nulos cuando: "2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal".

Claro está que la Resolución No. 019 de 1998, y la que la confirmó, incurrió en otro error -que para el Alcalde justificaba tomar la decisión controvertida-: aseguró que el *registro presupuestal* era requisito de perfeccionamiento del contrato, es decir de existencia; pero quedó demostrado que no es así, de allí que un yerro condujo al segundo, y la justicia debe repararlo.

En todo caso, la nulidad que se decretará sobre el acto administrativo demandado de ninguna manera respalda ni estimula a que las actuaciones que realizó la alcaldía de El Retiro se generalicen como ejemplo de conducta. Se entiende con claridad que existió una irregularidad grave en el contrato de prestación de servicio, porque no contó con registro presupuestal, y por estos hechos se debieron adelantar las investigaciones correspondientes para sancionar la conducta de quienes permitieron que sucediera así. La Sala espera que esto se haya realizado, porque a la fecha es inútil dar traslado de estas conductas a los organismos de control, porque la acción fiscal y la disciplinaria caducaron.

Así mismo, si bien, se reprocha el pésimo manejo que la Alcaldía hizo de las disponibilidades presupuestales y de las reservas presupuestales para el contrato, eso no significa que produzca, necesariamente, la nulidad del negocio, así que en atención a estos últimos términos es que se anulará la decisión administrativa, pues una irregularidad interna como esas debió sanearla la administración, en lugar de terminar el contrato de quien no participó de esos hechos.

En la pretensión segunda de la demanda el interesado solicitó que "... se declare la continuidad del contrato de prestación de servicios en igualdad de términos y condiciones...", a lo cual se accederá, teniendo en cuenta que la indemnización *in*

natura, cuando es posible –como en este caso- es la mejor forma de reparar los daños, y como la asesoría jurídica es una necesidad permanente de las administraciones públicas, ordenar como reparación del daño que la reciba no supone adquirir un servicio inútil o innecesario. De esta forma, el objeto del contrato, su alcance y demás condiciones de ejecución se conservarán como se pactaron en el contrato de prestación de servicios; salvo la cláusula octava – garantías- que no se renovará, porque el contratista la constituyó y pagó en su debida oportunidad, cumpliendo la obligación que tuvo en su momento –fl. 10, cdno. 1-.

Además, en la misma pretensión se solicitó que “... se ordene al Municipio de El Retiro (Ant.), el pago de los honorarios dejados de cancelar, junto con los incrementos legales, desde diciembre de 1997, y hasta febrero del año 2000, fecha en que se termina el contrato” pretensión a la cual también se accederá, pero desde el 7 de febrero de 1998 –no desde diciembre de 1997-, porque no se dejaron de pagar los meses anteriores a esta fecha.

En consecuencia en la siguiente tabla se indica la suma que el Municipio pagará al Señor Darío Piedrahita en los intervalos de días y meses que allí mismo se detallan, siempre que el demandante preste sus servicios profesionales. En efecto, se concederá lo correspondiente al tiempo que faltaba de ejecución del plazo del contrato, multiplicado por el valor mensual, y actualizado conforme a la fórmula pactada en el contrato. En estos términos, el contrato empezó a ejecutarse el 28 de febrero de 1997, y de haberse cumplido culminada el 28 de febrero de 2000. No obstante, como el municipio lo terminó anticipadamente – quedando ejecutoriada la decisión el 6 de febrero de 1998 (fl. 5, cdno. 1)-, faltó por ejecutar 24 meses y 22 días

De otro lado, el valor pactado: i) para los meses de marzo a diciembre de 1997 fue de \$850.000; ii) para los meses de enero a diciembre de 1998 fue de \$850.000, más un 25% de incremento; iii) para los meses de enero a diciembre de 1999 fue el calor del año anterior ya ajustado, más un 25% de incremento; y iv) para los meses de enero y febrero de 2000 fue el valor del año 1999 ya ajustado, más un 25% de incremento. Esto significa que la indemnización se tasa y se pagará así:

Año 1998		
Período	Fórmula	Valor mensual
Del 6 al 28 de febrero (22 días)	$850.000 \times 25\% = 212.500$ $850.000 + 212.500 = 1'062.500$ $1'062.500 / 30 = 35.416,66$ $35.416,66 \times 22 = 779.166,52$	\$779.166,52
Marzo (mes 1)	$850.000 \times 25\% = 212.500$ $850.000 + 212.500 = 1'062.500$	\$1'062.500
Abril (mes 2)	$850.000 \times 25\% = 212.500$ $850.000 + 212.500 = 1'062.500$	\$1'062.500
Mayo (mes 3)	$850.000 \times 25\% = 212.500$ $850.000 + 212.500 = 1'062.500$	\$1'062.500
Junio (mes 4)	$850.000 \times 25\% = 212.500$ $850.000 + 212.500 = 1'062.500$	\$1'062.500
Julio (mes 5)	$850.000 \times 25\% = 212.500$ $850.000 + 212.500 = 1'062.500$	\$1'062.500
Agosto (mes 6)	$850.000 \times 25\% = 212.500$ $850.000 + 212.500 = 1'062.500$	\$1'062.500
Septiembre (mes 7)	$850.000 \times 25\% = 212.500$ $850.000 + 212.500 = 1'062.500$	\$1'062.500
Octubre (mes 8)	$850.000 \times 25\% = 212.500$ $850.000 + 212.500 = 1'062.500$	\$1'062.500
Noviembre (mes 9)	$850.000 \times 25\% = 212.500$ $850.000 + 212.500 = 1'062.500$	\$1'062.500
Diciembre (mes 10)	$850.000 \times 25\% = 212.500$ $850.000 + 212.500 = 1'062.500$	\$1'062.500

Año 1999		
Período	Fórmula	Valor mensual
Enero (mes 11)	$1'062.500 \times 25\% = 265.625$ $1'062.500 + 265.625 = 1'328.125$	\$1'328.125
Febrero (mes 12)	$1'062.500 \times 25\% = 265.625$ $1'062.500 + 265.625 = 1'328.125$	\$1'328.125
Marzo (mes 13)	$1'062.500 \times 25\% = 265.625$ $1'062.500 + 265.625 = 1'328.125$	\$1'328.125
Abril (mes 14)	$1'062.500 \times 25\% = 265.625$	\$1'328.125

	$1'062.500 + 265.625 = 1'328.125$	
Mayo (mes 15)	$1'062.500 \times 25\% = 265.625$ $1'062.500 + 265.625 = 1'328.125$	\$1'328.125
Junio (mes 16)	$1'062.500 \times 25\% = 265.625$ $1'062.500 + 265.625 = 1'328.125$	\$1'328.125
Julio (mes 17)	$1'062.500 \times 25\% = 265.625$ $1'062.500 + 265.625 = 1'328.125$	\$1'328.125
Agosto (mes 18)	$1'062.500 \times 25\% = 265.625$ $1'062.500 + 265.625 = 1'328.125$	\$1'328.125
Septiembre (mes 19)	$1'062.500 \times 25\% = 265.625$ $1'062.500 + 265.625 = 1'328.125$	\$1'328.125
Octubre (mes 20)	$1'062.500 \times 25\% = 265.625$ $1'062.500 + 265.625 = 1'328.125$	\$1'328.125
Noviembre (mes 21)	$1'062.500 \times 25\% = 265.625$ $1'062.500 + 265.625 = 1'328.125$	\$1'328.125
Diciembre (mes 22)	$1'062.500 \times 25\% = 265.625$ $1'062.500 + 265.625 = 1'328.125$	\$1'328.125

Año 2000		
Período	Fórmula	Valor mensual
Enero (mes 23)	$1'328.125 \times 25 = 332.031,25$ $1'328.125 + 332.031,25 =$ $1'660.156,25$	\$1'660.156,25
Febrero (mes 24)	$1'328.125 \times 25 = 332.031,25$ $1'328.125 + 332.031,25 =$ $1'660.156,25$	\$1'660.156,25

Cada suma mensual, empezando por la fracción de 22 días del mes de febrero de 1998, la indexará el Municipio, conforme a la fórmula que utiliza el Consejo de Estado –expresada a continuación–, desde el mes en que debió pagarse la mensualidad trabajada –de no haberse terminado el contrato. Y que corresponde al mes siguiente al de la ejecución, hasta la fecha de presentación, por parte de Darío Piedrahita Giraldo, de la factura o de la cuenta de cobro de cada mensualidad. De esta forma el valor mensual de los años 1998, 1999 y 2000 quedará expresada en pesos correspondientes a los años 2014, 2015 y 2016, que es cuando se calcula se cumplirá esta sentencia. La fórmula es la siguiente:

$$Va = Vh \times \frac{(\text{IPC final})}{\text{IPC inicial}}$$

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

FALLA

Primero. Revócase la sentencia proferida el 17 de marzo de 2003, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las pretensiones de la demanda. En su lugar se dispone:

Segundo. Declárase la nulidad de las Resoluciones No. 019 del 19 de enero de 1.998 y No. 048 del 1 de febrero del mismo año, expedidas por la Alcaldía Municipal de El Retiro.

Tercero. Condénase al Municipio de El Retiro –Antioquia- a continuar con el contrato de prestación de servicios profesionales suscrito en 1997 con el señor Darío Piedrahita Giraldo, en igualdad de términos. En consecuencia, el objeto del contrato, su alcance y demás condiciones y cláusulas de ejecución se conservarán durante los 24 meses y 22 días restantes del plazo, tal como se pactaron; salvo la cláusula octava –garantías- que no renovará el contratista.

Cuarto. Condénase al Municipio de El Retiro –Antioquia- a pagar a favor de Darío Piedrahita Giraldo las sumas mensuales expresada en el cuadro de lña parte motiva, en la forma mensual indicada allí mismo, que corresponde al tiempo que faltaba de ejecución del plazo del contrato, ya incluida la actualización del precio que pactaron en el contrato -25%-.

Quinta. Cada suma mensual, empezando por la fracción de 22 días del mes de febrero de 1998, la *indexará* el Municipio, conforme a la fórmula que utiliza el Consejo de Estado, desde el mes en que debió pagarse la mensualidad trabajada –de no haberse terminado el contrato- y que corresponde al mes siguiente al de la ejecución, hasta la fecha de presentación, por parte de Darío Piedrahita Giraldo, de la factura o de la cuenta de cobro de cada mensualidad.

Sexta. Expídanse las copias de que trata el artículo 115 del CODIGO de Procedimiento Civil, y se entregarán a quien ha venido actuando como apoderado.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G. OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL DOCTOR JAIME ORLANDO
SANTOFIMIO GAMBOA**

NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARO LA TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO POR AFECTACION DE VIGENCIAS FUTURAS - No procede la continuidad del contrato de prestación de servicios en igualdad de términos y condiciones / DECRETO DE NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO - Produce efectos ex nunc. No da derecho a retrotaer las cosas a su estado anterior / DECRETO DE NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO - No hace revivir el contrato. Terminación del contrato así lo haya decidido la Administración de manera ilegal

La mayoría de la Sala considera que por ser nulos los actos administrativos que dieron por terminado el contrato de prestación de servicios, se debe ordenar, como en efecto lo hace, que la Administración continúe con el contrato hasta que culmine el plazo pactado en él para su terminación. No comparto semejante decisión porque ella desconoce el principio según el cual el decreto de nulidad de los actos administrativos, a diferencia del decreto de nulidad de los negocios jurídicos, produce efectos ex nunc, es decir desde ahora, y por consiguiente no da derecho a retrotraer las cosas al estado anterior. En estas circunstancias si los actos administrativos aquí cuestionados son ilegales, como en efecto lo son, y con ellos se dio por terminado el contrato de prestación de servicios, su nulidad decretada no hace revivir el contrato pues este definitivamente se terminó cuando así lo decidió la administración aunque lo haya hecho de manera ilegal. La consecuencia que se desprende en tal caso es el deber de indemnizar el perjuicio que se hubiere ocasionado con el incumplimiento del contrato, pues a esto equivale terminarlo sin causa legal, pero jamás da lugar a revivirlo pues, se repite, el decreto de nulidad de un acto administrativo no tiene ese poder porque sus efectos no son ex tunc.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 05001-23-31-000-1998-01350-01(28565)

Actor: DARIO PIEDRAHITA GIRALDO

Demandado: MUNICIPIO EL RETIRO

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el respeto y consideración acostumbrada presento la razón que me mueve a salvar parcialmente el voto:

La mayoría de la Sala considera que por ser nulos los actos administrativos que dieron por terminado el contrato de prestación de servicios, se debe ordenar, como en efecto lo hace, que la Administración continúe con el contrato hasta que culmine el plazo pactado en él para su terminación.

No comparto semejante decisión porque ella desconoce el principio según el cual el decreto de nulidad de los actos administrativos, a diferencia del decreto de nulidad de los negocios jurídicos, produce efectos *ex nunc*, es decir desde ahora, y por consiguiente no da derecho a retrotraer las cosas al estado anterior.

En estas circunstancias si los actos administrativos aquí cuestionados son ilegales, como en efecto lo son, y con ellos se dio por terminado el contrato de prestación de servicios, su nulidad decretada no hace revivir el contrato pues este definitivamente se terminó cuando así lo decidió la administración aunque lo haya hecho de manera ilegal.

La consecuencia que se desprende en tal caso es el deber de indemnizar el perjuicio que se hubiere ocasionado con el incumplimiento del contrato, pues a esto equivale terminarlo sin causa legal, pero jamás da lugar a revivirlo pues, se repite, el decreto de nulidad de un acto administrativo no tiene ese poder porque sus efectos no son *ex tunc*.

En estos términos dejo presentado el salvamento de mi voto.

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA