

ACCION DE NULIDAD - Competencia / COMPETENCIA ACCION DE NULIDAD - Consejo de Estado Sección Tercera / ACCION DE NULIDAD - Legalidad de disposiciones administrativas relativas a contratos / NORMA CON FUERZA MATERIAL DE LEY - Estatuto Orgánico de Presupuesto / ESTATUTO ORGANICO DE PRESUPUESTO - Reglamentado mediante decreto / DECRETO REGLAMENTARIO - Acto administrativo / ACCION DE NULIDAD - Acto administrativo / ACCION DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD - Competencia / COMPETENCIA ACCION DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD - Sala Plena

Mediante proveído de 18 de agosto de 2009 el entonces magistrado sustanciador remitió el proceso a la Secretaría General de la Corporación al estimar que se trata de una acción de nulidad por inconstitucionalidad. Ésta mediante oficio de 23 de septiembre siguiente lo devolvió a la Sección al razonar que se trata de una acción de simple nulidad. Como quiera que se está delante de un decreto reglamentario, vale decir de un acto administrativo, conforme a lo prescrito por el numeral 7º del artículo 97 del C.C.A., modificado por el artículo 37 de la L.E.A.J. y adicionado por el artículo 33 de la Ley 446 de 1998 en armonía con los derroteros trazados por la jurisprudencia de la Sala Plena de la Corporación, la acción incoada es de simple nulidad, y no de nulidad por inconstitucionalidad. En efecto, aunque las normas invocadas como violadas solo aluden a preceptos de naturaleza constitucional, se advierte que entre éstas y el acto acusado se encuentra una norma con fuerza material de ley objeto de reglamentación, por lo que implícitamente los cargos son sustentados por violación de ésta, lo que comporta que la infracción de las disposiciones constitucionales estaría mediatizada por la violación de la norma con fuerza de ley invocada. En consecuencia, el proceso debe resolverse mediante decisión de Sección y no de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. En cuanto hace a la distribución de los negocios entre las distintas Secciones del Consejo de Estado el artículo 12 del Acuerdo 58 de 1992, modificado por el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, por el cual se adoptó el Reglamento del Consejo de Estado, dispuso que la Sección Tercera conoce de los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos contractuales. La Sección Tercera es competente para conocer de este asunto, habida cuenta que lo que se está discutiendo es la legalidad de unas disposiciones administrativas relativas a contratos. Y tratándose de un asunto sin cuantía expedido por una autoridad del orden nacional impugnado en ejercicio de la acción de nulidad, el asunto lo conoce privativamente y en única instancia el Consejo de Estado (art. 128 numeral 1º del C.C.A.).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 237. NUMERAL 6 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 97. NUMERAL 7 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 37 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 33 / ACUERDO 58 DE 1992 - ARTICULO 12 / ACUERDO 58 DE 1999 - ARTICULO 13

NOTA DE RELATORIA: En este sentido consultar, Consejo de Estado Sala Plena, sentencia de 23 de julio de 1996, expediente número S-612

DECRETO 1086 DE 1997 - Disposición de carácter temporal / DECRETO DEMANDADO - Pérdida de fuerza ejecutoria / PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA - Efectos hacía el futuro / DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Extinción del acto administrativo / DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Opera hacía el futuro / ACTO ADMINISTRATIVO QUE PIERDE VIGENCIA - Deja de producir efectos jurídicos / DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO - No impide su juicio de legalidad / DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Juicio de validez

El Decreto 1086 de 1997 dada su especial naturaleza es una disposición de carácter eminentemente temporal que rigió únicamente para la vigencia fiscal de 1997, en atención a que su fundamento jurídico así lo prevé. En efecto, el artículo 76 del Estatuto Orgánico autoriza al Gobierno Nacional “en cualquier mes del año fiscal” a reducir o aplazar total o parcialmente las apropiaciones presupuestales, obviamente en relación con el Presupuesto de esa anualidad, en determinados eventos y en consecuencia, a prohibir o someter a condiciones especiales la asunción de nuevos compromisos u obligaciones (Ley 38/89, artículo 63, Ley 179/94, artículo 34). (...) No obstante, la Sala advierte que como la pérdida de fuerza ejecutoria naturalmente sólo produce efectos hacia el futuro, es válido el enjuiciamiento de la legalidad del Decreto demandado, mientras estuvo vigente en su texto original. Al respecto, el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo prescribe, al regular la pérdida de fuerza ejecutoria, que “Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos: (...) 5. Cuando pierdan su vigencia (...)”. A partir de esta norma, jurisprudencial y doctrinariamente se ha construido el instituto del “decaimiento del acto administrativo” como una suerte de “extinción” del mismo, que corresponde a la situación en la cual un acto administrativo que cobró firmeza deja de ser obligatorio al perder vigencia deja de producir efectos jurídicos. Esta Corporación ha sostenido mayoritariamente que la figura del decaimiento del acto administrativo no impide el juicio de legalidad del mismo, en tanto éste debe realizarse según las circunstancias vigentes al momento de su expedición y habida consideración de que el decaimiento sólo opera hacia el futuro (...) En tal virtud, la presunción de legalidad que ostentan los actos administrativos tan sólo puede ser desvirtuada por el juez del acto, de suerte que el “decaimiento” del acto administrativo no trae aparejado el juicio de validez del mismo.

FUENTE FORMAL: ESTATUTO ORGANICO DE PRESUPUESTO - ARTICULO 76 / LEY 38 DE 1989 - ARTICULO 63 / LEY 179 DE 1994 - ARTICULO 34

NOTA DE RELATORIA: La Sala de Sección Primera ha considerado que para que se produzca un fallo de mérito respecto de un acto administrativo, no se requiere que el mismo se encuentre produciendo efectos, en este sentido consultar sentencia de 15 de junio de 1992, expediente número 1948; igualmente, ha resuelto que la nulidad del acto administrativo, concierne a la validez del mismo, y en el evento de prosperar, se remonta hasta el momento de su expedición, mientras que la causal de decaimiento que acaeció estando en trámite este proceso, atañe a circunstancias posteriores al nacimiento del acto administrativo y no atacan su validez, ver sentencia de 3 de agosto de 2000, expediente número 5722; en el mismo sentido se ha pronunciado la Sala de la Sección Tercera al concluir que la presunción de legalidad que ostentan los actos administrativos tan solo puede ser desvirtuada por el juez del acto, de suerte que el decaimiento del acto administrativo no trae aparejado el juicio de validez del mismo, consultar sentencia de 5 de julio de 2006, expediente número 21051 y sentencia de 3 de febrero de 2010, expediente número 19526

LEGITIMACION EN LA CAUSA - Excepción / NACION - Persona jurídica / PERSONA JURIDICA NACION - Representación / DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - Vocación jurídica / ACTO ACUSADO - Refrendado por su Director / EXCEPCION DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA - No prospera

En el sub iudice se cumplió con el presupuesto de la legitimación en la causa por pasiva, en cuanto el actor dirigió la demanda contra la Nación, quien tiene vocación jurídica para obrar como demandada en este tipo de procesos, donde el acto cuya legalidad se cuestiona fue proferido por varias de sus autoridades [el Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República]. El Estado Colombiano está constituido por un conjunto de personas jurídicas de derecho público que ejercen las distintas facetas del poder público (funciones públicas) y dentro de ellas se encuentra la Nación quien “es la persona jurídica principal de la organización estatal en la cual se centraliza el conjunto de dependencias que ejercen las funciones públicas esenciales propias del Estado Unitario”. Así lo previó de vieja data nuestro ordenamiento jurídico al reconocer que la Nación es una persona jurídica (art. 80 Ley 153 de 1887), a la cual pertenecen múltiples entidades y dependencias de las distintas ramas del poder público. Pero esa persona jurídica Nación está representada por diversos funcionarios de las distintas ramas del poder público que despliegan las tradicionales funciones públicas legislativa, administrativa y jurisdiccional y de los órganos autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado (vgr. las funciones públicas fiscalizadora y electoral), tal y como lo establece el artículo 149 del C.C.A. (modificado por el artículo 49 de la Ley 446 de 1998). Nótese que no puede alegarse falta de legitimación por pasiva cuando la Nación es la entidad demandada, sino que lo que hay que determinar es cuál de sus dependencias o entidades está encargada de su representación judicial en una acción contenciosa particular y concreta. (...) Lo anterior indica que el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República tiene vocación jurídica para comparecer a este proceso, toda vez que el acto acusado aparece refrendado por su Director, como integrante del Gobierno Nacional. Y si bien la aplicación y ejecución de los preceptos atañe directamente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el acto acusado aparece también suscrito por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y por ese mismo hecho se hace responsable, tal y como lo dispone claramente el artículo 115 constitucional. En otros términos, en tanto constituye Gobierno en este negocio particular y por haber intervenido en la producción de los actos acusados, dicha entidad tiene la vocación de llevar la representación judicial de la Nación, con arreglo a lo dispuesto por el C.C.A. De conformidad con el inciso segundo del artículo 149 del C.C.A. en los procesos contencioso administrativos la Nación estará representada por el ministro o “por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto” (se subraya). En la misma línea, el artículo 150 del CCA (subrogado por el artículo 29 del DE 2304 de 1989) prescribe que las entidades públicas y las privadas que ejerzan funciones públicas son partes en todos los procesos contencioso administrativos que se adelanten contra ellas “o contra los actos que expidan”. Por esta razón se despachará negativamente la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 115 / LEY 53 DE 1887 - ARTICULO 80 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 149 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 150 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 49 / DECRETO 2304 DE 1989 - ARTICULO 29

NOTA DE RELATORIA: En este sentido consultar sentencia de 17 de marzo de 2010, expediente número 35726, Consejera Ponente doctora Ruth Stella Correa Palacio

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Organo o ente autónomo sometido al ordenamiento jurídico / CONTRALORIA GENERAL DE LA

REPUBLICA - Historia / CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - En vigencia de la Constitución de 1886

La Contraloría General de la República es una institución antiquísima en el ámbito nacional (como lo es también en el internacional), que se remonta al Consejo de Indias en el siglo XVI, a los Tribunales de Cuentas creados en 1604 y a las Cortes de Cuentas del siglo XIX. Luego, a instancias de la célebre primera misión Kemmerer, se expidió la Ley 42 de 1923 que creó el Departamento de Contraloría, encargado de los asuntos contables y fiscales del Estado. Con la expedición del Acto Legislativo No. 1 de 1945 adquirió rango constitucional, al señalar sus funciones, elección y período. Al hacerlo el constituyente de 1945 estableció que la Contraloría tendría a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y que ésta se “ejerce conforme a las leyes” (Art. 59). A su vez, el Acto Legislativo No. 1 de 1968 amplió el período a cuatro años, redefinió sus funciones y fijó las calidades del Contralor. Pero en todo caso, desde entonces, estaba claro que la función de fiscalización, que explica la autonomía de ese ente, debía ejercerse “conforme a la ley”. En vigencia de la Carta de 1886, tanto nuestra doctrina como la jurisprudencia constitucional pusieron de presente que era necesario replantear la vieja idea liberal de la tridivisión del poder público, en orden a reconocer status constitucional a una serie de entes que orgánicamente no pertenecía a ninguna de las ramas del poder, pero tampoco funcionalmente cumplía una de estas tres tradicionales facetas del poder público. Una de esos entes era, justamente, la Contraloría General de la República. Así la Sala Plena Corte Suprema de Justicia, entonces guardiana de la integridad de la Constitución (art. 214 C.P. de 1886) en histórico pronunciamiento de 23 de agosto de 1984, con ponencia de Manuel Gaona Cruz, al estudiar la noción de administración reiteró un viejo criterio jurisprudencial con arreglo al cual era preciso reconocer la existencia de la función de control o fiscalizadora a cargo de organismos que no pertenecían a la estructura de la Rama Legislativa, ni a la Jurisdiccional ni tampoco a la Ejecutiva: “aunque tiene una organización administrativa, no depende orgánica ni estructuralmente de la Rama Ejecutiva. El Constituyente le entrega expresamente a la Contraloría la competencia autárquica de ejercer las funciones administrativas inherentes a su propia organización (art. 59, inc. 2º) y realiza la autonomía del organismo que tiene a cargo la vigilancia de la gestión fiscal de toda la Administración (art. 59, inc. 1º), al disponer que el Contralor es elegido por cuatro años por la Cámara de Representantes (art. 59, inc. 3º) y no por el Gobierno”. Esta trascendental decisión de nuestro antiguo juez de constitucionalidad sentó las bases que servirán al Constituyente de 1991, para que éste en los artículos 117 a 119 de la Constitución vigente perfilara lo que hoy conocemos como “organización de control”, y dentro de ella ubicara a la Contraloría General de la República.

FUENTE FORMAL: CONSEJO DE INDIAS - SIGLO XVI / TRIBUNALES DE CUENTAS CREADOS EN 1604 / CORTES DE CUENTAS - SIGLO XIX / LEY 42 DE 1923 / ACTO LEGISLATIVO NUMERO 1 DE 1945 / ACTO LEGISLATIVO NUMERO 1 DE 1968 / CONSTITUCION POLITICA DE 1886 - ARTICULO 59 / CONSTITUCION POLITICA DE 1886 - ARTICULO 59. INCISOS 1, 2 Y 3 / CONSTITUCION POLITICA DE 1886 - ARTICULO 60 / CONSTITUCION POLITICA DE 1886 - ARTICULO 214 / ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE - GACETA CONSTITUCIONAL NUMERO 59 DE 25 DE ABRIL DE 1991 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 117 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 119

NOTA DE RELATORIA: La Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, en sentencia de 5 de febrero de 1981 dispuso que la función de fiscalización que explica la autonomía de la Contraloría General de la República debía ejercerse

conforme a la ley. De igual forma, esa Corporación en pronunciamiento de 9 de agosto de 1924, reconoció que se trataba de un ente independiente y autónomo, creado para fiscalizar la administración confiada al Presidente de la República de modo directo o indirecto; así mismo, en sentencia de 2 de agosto de 1933 consideró que las funciones de fiscalización de la administración de la cosa pública no pueden ser encomendadas a empleados o corporaciones dependientes del Presidente de la República o de los ministros del despacho ejecutivo y reiteró en sentencia de 23 de agosto de 1984, con ponencia del doctor Manuel Gaona Cruz, que era preciso reconocer la existencia de la función de control o fiscalizadora a cargo de organismos que no pertenecían a la estructura de la Rama Legislativa, ni a la Jurisdiccional ni tampoco a la ejecutiva. En sentido similar consultar Corte Suprema de Justicia - Sala Plena, sentencia 14 de 28 de febrero de 1985.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Asamblea Nacional Constituyente / CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Constitución Política de 1991 / CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Función fiscalizadora / FUNCION FISCALIZADORA DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Funciones / CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Estructura y Organización / CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Debe actuar con sujeción al ordenamiento jurídico nacional / FINALIDAD DE LA VIGILANCIA DE LA GESTION FISCAL - Principio de legalidad / CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Hace parte de la Administración Pública

La Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente admitió la existencia de otros órganos autónomos e independientes de las tres ramas tradicionales, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, dentro de los cuales se ubica la Contraloría General de la República (artículos 113, inciso 2º, 117 a 119 y 267 y ss.). (...) Y al referirse a la existencia y justificación del órgano fiscalizador, en la Constituyente de 1991 se puso de presente que existe una faceta del poder público, a la que le corresponde primordialmente el ejercicio de una función fiscalizadora, como una “función distinta de las demás tradicionales del Estado”. Luego de ocuparse del Ministerio Público, la ANAC advirtió que la Contraloría representa a la sociedad en cuanto que es ella la titular de sus finanzas en último término, pues en principio lo son del Estado y por ello “[v]ela porque los recursos que le proporciona al Estado estén correctamente manejados”. Función fiscalizadora que a la sazón reconoció el artículo 117 constitucional, al disponer que el Ministerio Público y la Contraloría General de la República son órganos de control, correspondiéndole a ésta la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración (art. 119 ibid.). En consonancia con estas preceptivas, el artículo 267 superior dispuso que la Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal, que no tiene funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización. Preceptos todos que se subordinan al principio de legalidad propio de todo Estado de Derecho y que la Constitución enmarca como pilar fundamental de nuestra organización estatal, al disponer en el artículo 121 justamente luego de reconocer la existencia de esos nuevos órganos constitucionales autónomos e independientes, que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley. En desarrollo de estos mandatos constitucionales, la Ley 106 de 1993 y el Decreto 267 de 2000 determinaron la estructura y organización de la Contraloría General de la República y al hacerlo dispusieron naturalmente que ésta obraría con sujeción al ordenamiento jurídico nacional. Por esta razón, no le asiste razón al demandante cuando asegura que la Contraloría General de la República no hace parte de la

“Administración Pública”, lo cual a su juicio implica que no se sujeta a determinadas reglas legales y reglamentarias de orden presupuestal. Este concepto, como de antaño lo tiene determinado la jurisprudencia, cubre todo el sistema de organización administrativa estatal y todas las otras son especies suyas: la administración nacional, la administración departamental y la administración municipal: (...) Ya en vigencia de la nueva Carta Política, la Corte Constitucional ha destacado que la finalidad de la vigilancia de la gestión fiscal consiste básicamente en la verificación del cumplimiento del principio de legalidad. Y el ejercicio de la función pública de control fiscal, que es la que justifica la autonomía del órgano constitucional encargado de ella, naturalmente se ha de desplegar con arreglo al ordenamiento jurídico (Constitución, ley y reglamento). Así lo establece el artículo 267 al prever esta función fiscalizadora tendiente a verificar el manejo adecuado de los recursos públicos, deber que ejerce conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley.

FUENTE FORMAL: ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE - GACETA CONSTITUCIONAL NUMERO 59 DE 25 DE ABRIL DE 1991 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 113. INCISO 2 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 117 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 118 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 119 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 121 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 267 / LEY 106 DE 1993 / DECRETO 267 DE 2000

NOTA RELATORIA: Consultar. Corte Suprema de Justicia - Sala Plena, sentencia 14 de 28 de febrero de 1985 y Corte Constitucional, sentencia C-132 de 1993; sentencia C-529 de 1993; sentencia C-534 de 1993; sentencia C-167 de 1995; sentencia C-374 de 1995; sentencia C-586 de 1995; sentencia C-54 de 1997 y sentencia C-1148 de 2001

APROPIACION PRESUPUESTAL - Reducción y aplazamiento / GOBIERNO NACIONAL - Podrá prohibir o someter a condiciones especiales la asunción de nuevos compromisos y obligaciones / ESTATUTO ORGANICO DE PRESUPUESTO ARTICULO SETENTA Y SEIS - Reducción o aplazamiento total o parcial de las apropiaciones

Estudio de la censura: la autonomía de la Contraloría General de la República no entraña “soberanía presupuestal” El artículo 76 del Estatuto Orgánico del Presupuesto (Ley 179 de 1994 artículo 34, modificatorio del artículo 63 de la Ley 38 de 1989), compilado por el Decreto 111 de 1996, se ocupa de señalar que: “ARTICULO 76. En cualquier mes del año fiscal, el Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo de Ministros, podrá reducir o aplazar total o parcialmente, las apropiaciones presupuestales, en caso de ocurrir uno de los siguientes eventos: que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público estimare que los recaudos del año puedan ser inferiores al total de los gastos y obligaciones contraídas que deban pagarse con cargo a tales recursos; o que no fueren aprobados los nuevos recursos por el Congreso o que los aprobados fueren insuficientes para atender los gastos a que se refiere el artículo 347 de la Constitución Política; o que no se perfeccionen los recursos del crédito autorizados: o que la coherencia macroeconómica así lo exija. En tales casos el Gobierno podrá prohibir o someter a condiciones especiales la asunción de nuevos compromisos y obligaciones (Ley 38/89, artículo 63, Ley 179/94, artículo 34). El carácter atributivo de competencia del enunciado jurídico transcrito se infiere sin dificultad de su contenido. En efecto, la norma habilita en forma clara al Gobierno Nacional -en tanto sobre éste descansa fundamentalmente la ejecución presupuestal- para reducir o aplazar total o parcialmente las apropiaciones. Y al

hacerlo no distingue el destinatario de esas eventuales medidas: bien sea una entidad integrante de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional (art. 38 de la Ley 489 de 1998), ya se trate de otra de las dos ramas del poder público (artículo 113 constitucional), ora - por fin- de una de las entidades y organismos estatales sujetos a régimen especial (Arts. 113 in fine eiusdem y 40 de la Ley 489 de 1998). Este precepto, además, no establece restricción temporal alguna para el uso de esta competencia (“en cualquier mes del año fiscal”) y condiciona su ejercicio a que medie previo concepto del Consejo de Ministros (art. 47 de la Ley 489 de 1998), como una forma de moderar y controlar políticamente tan amplia atribución. Si la ley anual de presupuesto, como advierte la doctrina, involucra un estimativo de los ingresos que se espera recibir en una determinada vigencia fiscal a la vez que autoriza los gastos, es apenas obvio que la reducción o aplazamiento de las apropiaciones sea un asunto propio de su ejecución, que no constituye una modificación al mismo (que está reservada al legislador, en virtud del principio de legalidad del gasto) y por lo mismo es del resorte de su ejecutor por antonomasia: el Gobierno Nacional.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 113 / ESTATUTO ORGANICO DE PRESUPUESTO - ARTICULO 76 / LEY 179 DE 1994 - ARTICULO 34 / LEY 38 DE 1989 ARTICULO 63 / DECRETO 111 DE 1996 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 38 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 40

CELEBRACION DE CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS Y DE CONSULTORIA - Requisitos y condiciones especiales / AUTONOMIA PRESUPUESTAL - Constitución Política y Ley

La Sala encuentra que con arreglo a lo prescrito por el artículo 76 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, el Gobierno mediante la norma impugnada, sometió a condiciones especiales la asunción de nuevos compromisos y obligaciones a través de contratos de prestación de servicios. En los considerandos del acto administrativo acusado se indica que el Consejo de Ministros en sesión del primero de abril de 1997, conceptuó sobre la necesidad de someter a requisitos especiales la asunción de nuevos compromisos u obligaciones mediante contratos de prestación de servicios y de consultoría “con el fin de racionalizar el manejo de los recursos del Presupuesto Nacional”. Con arreglo a ello, los artículos 1º y 2º del Decreto 1086 de 1997 censurados sometieron a condiciones especiales la asunción de nuevos compromisos u obligaciones así: (i) Primera condición especial: Las entidades públicas que reciben aportes del Presupuesto Nacional, sólo podrán celebrar contratos de consultoría o de prestación de servicios con personas naturales o jurídicas cuando no exista personal de planta especializado para la labor requerida; (ii) Segunda condición especial: En estos casos el jefe de la entidad en forma indelegable deberá certificar la inexistencia de personal de planta para desarrollar las actividades que se pretendan contratar; (iii) Tercera condición especial: Copia de dicha certificación, al igual que del contrato que se suscriba debía remitirse dentro de los cinco días siguientes a su celebración a la Consejería Presidencial para la Administración Pública, a efectos de su seguimiento; (iv) Cuarta condición especial: las entidades públicas sólo podrá celebrar contratos de publicidad cuando éstos tengan por objeto publicar los bienes y servicios que ofrezcan en competencia con los particulares. En consecuencia, prohibió la celebración de contratos de publicidad cuyo objeto no se ajuste a ello. (v) Quinta condición especial: Toda celebración de contratos de publicidad requerirá el concepto previo de la Consejería Presidencial para las Comunicaciones. Según el actor, el Gobierno Nacional con la expedición del Decreto 1086 de 1997 vulneró el núcleo esencial de la autonomía presupuestal de rango constitucional, al limitar la ejecución y control del presupuesto, funciones

estas de gestión que atañen al ordenador del gasto. A su juicio, la Contraloría General de la República “goza de autonomía presupuestal en la administración de sus asuntos, consistente en las facultades de contratar, comprometer los recursos propios previamente asignados en la ley del Presupuesto General de la Nación, y de ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección del mismo, como garantía indiscutible de su independencia para el ejercicio del control fiscal”. A este respecto conviene no perder de vista que a términos del artículo 110 del Estatuto Orgánico del Presupuesto (Ley 38 de 1989, artículo 91; Ley 179 de 1994, artículo 51), los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, “lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley”.

FUENTE FORMAL: ESTATUTO ORGANICO DE PRESUPUESTO - ARTICULO 110 / LELY 38 DE 1989 - ARTICULO 91 / LEY 179 DE 1994 - ARTICULO 51

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Autonomía presupuestal / AUTONOMIA PRESUPUESTAL - La independencia no es absoluta

Si bien la ejecución del presupuesto por parte de los órganos autónomos e independientes (art. 113 inc. 2 C.P., art. 40 Ley 489 de 1998) que ostentan autonomía presupuestal - como es el caso de la Contraloría General de la República como parte de la organización fiscalizadora y de control (arts. 117, 119 y 267 y ss constitucionales)- supone la posibilidad de disponer, de manera independiente, de los recursos aprobados en la ley anual, esa independencia no comporta que: (i) No se requiera del trámite presupuestal previsto en la ley orgánica, en cuanto a la certificación de recursos y la racionalización de la programación presupuestal, y (ii) Ni la autonomía en la ejecución entraña independencia respecto de las metas macroeconómicas y los planes de financiamiento de la operación estatal. Así lo dejó en claro la Corte Constitucional al estudiar una demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 51 de la Ley 179 de 1994, modificatorio del artículo 91 de la Ley 38 de 1989, que cuestionaba la definición allí contenida de “autonomía presupuestal”, en el entendido de que la misma violaba la autonomía de los organismos de control - particularmente la Contraloría General de la República - garantizada en la Constitución (C.P. Arts. 267 y 272). Al despachar negativamente el cargo, la Corte destacó que la reducción o aplazamiento de apropiaciones presupuestales respeto de ese ente autónomo en particular, no comporta cercenarle su autonomía presupuestal: “La autonomía se cumple dentro de los límites que imponen intereses superiores como el equilibrio macroeconómico y financiero (art. 341 C.P.), el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda (art. 373 C.P.) y la regulación orgánica en materia de programación, aprobación, modificación y ejecución de los presupuestos de la Nación (CP arts. 352). (...) En consecuencia, la definición legal que restringe la autonomía presupuestal a las capacidades de contratación, disposición de los recursos propios previamente apropiados y ordenación del gasto, no desconoce el núcleo esencial de la autonomía presupuestal reconocida por la Constitución a ciertos órganos del Estado como la Contraloría General de la República.” De ahí que la naturaleza autónoma e independiente que el Constituyente reconoció a la Contraloría General de la República, no inhiba al Gobierno, en cuanto le corresponde el manejo de la política fiscal nacional, de ejercer la atribución legal de rango orgánico, de reducir o aplazar las apropiaciones presupuestales y de, consiguientemente, someter a condiciones especiales la asunción de nuevos compromisos u obligaciones (art.

76).En efecto, está fuera de discusión que el presupuesto de la Contraloría se somete a lo dispuesto por la Constitución y por la regulación orgánica en materia de programación, aprobación, modificación y ejecución de los presupuestos de la Nación (Arts. 352 superior y 3º del Estatuto Orgánico del Presupuesto). Al respecto, según el artículo 2º de dicho Estatuto (Ley 179/94, artículo 64) la Ley Orgánica del Presupuesto, su reglamento, las disposiciones legales que ésta expresamente autorice, además de lo señalado en la Constitución, serán las únicas que podrán regular la programación, elaboración, presentación, aprobación, modificación y ejecución del presupuesto.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 113. INCISO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 267 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 272 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 352 / ESTATUTO ORGANICO DE PRESUPUESTO - ARTICULO 2 / ESTATUTO ORGANICO DE PRESUPUESTO - ARTICULO 3 / LEY 89 DE 1998 - ARTICULO 40 / LEY 179 DE 1994 - ARTICULO 51 / LEY 179 DE 1994 - ARTICULO 64 / LEY 38 DE 1989 - ARTICULO 91

NOTA DE RELATORIA: Consultar Corte Constitucional, sentencia C-101 de 1996

PRESUPUESTO NACIONAL - Entidades incluidas / PRESUPUESTO NACIONAL - Entidades excluidas / CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Autonomía presupuestal / CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Ley orgánica de presupuesto / AUTONOMIA PRESUPUESTAL DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Limitaciones constitucionales y legales / AUTONOMIA PRESUPUESTAL DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Soberanía presupuestal / AUTONOMIA PRESUPUESTAL DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Límites

En concordancia con esta preceptiva, el documento matriz del sistema presupuestal colombiano -al regular la cobertura de dicho estatuto- en su artículo 3º (Ley 38/89, artículo 2o., Ley 179/94 artículo 1o.) prevé con claridad que el presupuesto nacional comprende las ramas legislativa y judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la organización electoral y la rama ejecutiva del nivel nacional, con excepción de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta. De otra parte, de conformidad con el artículo 267 constitucional la Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. En desarrollo de este canon fundamental, el artículo 4º de la Ley 106 de 1993 previó que la Contraloría General de la República tiene autonomía para el manejo, administración y fijación de su presupuesto, pero al mismo tiempo dispuso que esa autonomía debe ejercerse como ese mismo precepto establece, “en concordancia con la ley orgánica de presupuesto”. A su turno, el artículo 68 de la Ley 179 de 1994 establece que para garantizar la independencia que el ejercicio del control fiscal requiere, la Contraloría General de la República gozará de autonomía presupuestal para administrar sus asuntos según lo dispuesto por la Constitución y esta Ley. Es obligada inferencia de lo que se viene considerando que la autonomía presupuestal de la Contraloría General de la República está limitada por las disposiciones constitucionales y orgánicas y por lo mismo, como ya lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, no puede implicar el ejercicio de una mal denominada “soberanía presupuestal”, como pareciera insinuarlo el actor. La autonomía presupuestal de que goza la Contraloría no puede entenderse en términos absolutos, ilimitados ni omnímodos, pues como sección que hace parte del presupuesto general de la Nación - artículo 1 de la Ley 179 de 1994 - ella

está supeditada al manejo de la política fiscal que corresponde al Gobierno en lo concerniente a la fijación de las directrices formuladas por éste, como responsable de la política económica y de desarrollo del país. Atribución gubernamental que, desde luego, no puede usarse en forma desmesurada y arbitraria, sino que por el contrario, debe desplegarse razonablemente y ceñida a los principios que caracterizan el sistema presupuestal consagrado en la ley orgánica del presupuesto.

FUENTE FORMAL: ESTATUTO ORGANICO DE PRESUPUESTO - ARTICULO 3 / LEY 38 DE 1989 - ARTICULO 2 / LEY 179 DE 1994 - ARTICULO 1

NOTA DE RELATORIA: Corte Constitucional. Consultar sentencia C-592 de 1995 y sentencia C 315 de 1997.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA - Reducciones y aplazamientos / NORMAS ORGANICAS - Concepción / PRINCIPIOS PRESUPUESTALES - Coherencia macroeconómica / COHERENCIA MACROECONOMICA - Definición / COHERENCIA MACROECONOMICA - Desarrollo / CONTRATOS DE CONSULTORIA - No constituyen exceso gubernamental / CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS Y DE PUBLICIDAD - No constituyen exceso gubernamental / ARTICULO 34 DE LA LEY 179 DE 1994 - Exequibilidad / FACULTAD GUBERNAMENTAL - Discrecionalidad / FACULTAD GUBERNAMENTAL - Autonomía presupuestal

A la Contraloría también se le predicán las medidas relativas a reducciones y aplazamientos, pues de no ser así se podría afectar gravemente el cumplimiento de metas macroeconómicas, cometido específico de estas medidas. Como es sabido, las normas orgánicas están concebidas para evitar la dispersión de las reglas presupuestales, con una clara tendencia a homogeneizar la materia. Y si en desarrollo de dichas disposiciones que se ocupan no sólo de la elaboración y aprobación sino también de la ejecución del presupuesto, el Gobierno Nacional reduce o aplaza las apropiaciones por motivos de prudencia fiscal o por razones de orden macroeconómico y por ello prohíbe o somete a condiciones especiales la asunción de nuevos compromisos y obligaciones, es claro que no afecta la autonomía presupuestal de órganos autónomos de estirpe constitucional, como la Contraloría General de la República. De otro lado, uno de los principios presupuestales que debe tenerse en cuenta en la programación, aprobación, ejecución y modificación del Presupuesto General de la Nación es el de coherencia macroeconómica. De conformidad con lo previsto por el artículo 20 del Estatuto Orgánico el Presupuesto (Ley 179/94, artículo 7º) el presupuesto debe ser compatible con las metas macroeconómicas fijadas por el Gobierno en coordinación con la Junta Directiva del Banco de la República. Este principio es desarrollo de lo dispuesto por el artículo 346 superior, que establece que el Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que debe corresponder al plan nacional de desarrollo (Art. 339 eiusdem), y por lo mismo debe ser compatible con las metas macroeconómicas fijadas por el Gobierno en coordinación con la Junta Directiva del Banco de la República. Desde esta perspectiva, las condiciones especiales arriba referidas a que se someten la celebración de contratos de consultoría, de prestación de servicios y de publicidad no sólo no constituyen un exceso gubernamental, como erróneamente lo plantea el actor, sino que son corolario directo de atribuciones de rango legal orgánico asignadas al Gobierno Nacional, en quien recae de manera significativa la responsabilidad mayor en la ejecución presupuestal. Atribución que, en modo alguno, es omnímoda, arbitraria ni discrecional sino - muy por el contrario- reglada y sometida a condiciones de aplicación muy exigentes, como ya se expuso. En

todo caso, no debe perderse de vista que la Corte Constitucional en sentencia C 192 de 1997 declaró EXEQUIBLE el artículo 34 de la Ley 179 de 1994, incorporado al Estatuto Orgánico del Presupuesto por el artículo 76 del Decreto 111 de 1996, “en el entendido de que la reducción o aplazamiento, total o parcial, de las apropiaciones presupuestales no implica una modificación del presupuesto, y que el Gobierno debe ejercer esa facultad en forma razonable y proporcionada, y respetando la autonomía presupuestal de las otras ramas del poder y entidades autónomas”. (...) la Corte dejó en claro que esta facultad gubernamental no puede ser entendida como un vaciamiento de la autonomía presupuestal de las entidades estatales que gozan de tal prerrogativa. Y al efecto precisó que si bien la reducción o aplazamiento de las apropiaciones que el Gobierno efectúa en relación con las entidades que gozan de autonomía frente a la administración central -como es justamente el caso de la Contraloría- es legítima, su alcance debe ser delimitado tomando en consideración la autonomía de esas entidades.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 339 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 46 / ESTATUTO ORGANICO DE PRESUPUESTO - ARTICULO 20 / LEY 179 DE 1994 - ARTICULO 7 / LEY 179 DE 1994 - ARTICULO 34 / DECRETO 111 DE 1996 - ARTICULO 76

NOTA DE RELATORIA: Corte Constitucional, consultar sentencia C-315 de 1997 y sentencia C-1496 de 2000. La Corte Constitucional declaró exequible el artículo 34 de la Ley 179 de 1994, en este sentido ver sentencia C-192 de 1997

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Personas naturales / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Plantas paralelas / REGIMEN LABORAL - Desconocimiento / CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS - Vinculación de servidores públicos

Finalmente, como atinadamente lo resaltó el Ministerio Público, la previsión contemplada en el artículo 1º demandado se encuentra contenida en el artículo 32 numeral 3º de la Ley 80 de 1993, cuando señala que los contratos de prestación de servicios sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. A este respecto la Sala, al estudiar una acción de nulidad simple contra el Decreto 2170 de 2007, destacó la naturaleza excepcional de este negocio jurídico de la administración y precisó que por ello no puede utilizarse el contrato de prestación de servicios para establecer plantas paralelas con carácter permanente en las entidades públicas, en desconocimiento del régimen laboral, tal y como lo ha advertido esta Corporación al recalcar que no puede suplirse la vinculación de los servidores públicos a los cuadros del servicio oficial a través de estos contratos. Con arreglo al criterio sentado, se impone concluir que habida consideración que la demanda se limitó a cuestionar la legitimidad constitucional y legal de la atribución gubernamental de someter a condiciones especiales la asunción de nuevos compromisos u obligaciones en tratándose de la Contraloría General de la República, la Sala despachará negativamente las pretensiones anulatorias de los artículos 1º y 2º del Decreto 1086 de 1997, sobre la base de las consideraciones arriba expuestas y únicamente en relación con el cargo así estructurado.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 32. NUMERAL 3 / DECRETO 2170 DE 2007

NOTA DE RELATORIA: Corte Constitucional, consultar sentencia C-154 de 1997. Consejo de Estado, Sección Tercera, ver sentencia de 3 de diciembre de 2007,

expediente número 24715 (acumulados), Consejera Ponente doctora Ruth Stella Correa Palacio y sentencia de 1 de noviembre de 1994, expediente número 7960

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA SUBSECCION B

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de dos mil once (2011)

Radicación número: 11001-03-26-000-1997-13857-00(13857)

Actor: GERMAN EDUARDO PALACIO ZUÑIGA

Demandado: NACION-GOBIERNO NACIONAL

Referencia: ACCION DE NULIDAD-FALLO

Decide la Sala en única instancia el proceso iniciado por virtud de la demanda que, en ejercicio de la acción pública de nulidad establecida en el artículo 84 del C.C.A, interpuso Germán Eduardo Palacio Zúñiga contra el Gobierno Nacional para que se declare la nulidad de los artículos 1 y 2 del Decreto 1086 de 1997.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y norma acusada

El proceso se originó en la demanda presentada el 14 de mayo de 1997 por Germán Eduardo Palacio Zúñiga en contra del Gobierno Nacional, instaurada en nombre propio y en ejercicio de la acción de nulidad. Solicitó la declaración de nulidad de los artículos 1 y 2 del Decreto 1086 de 1997 expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual se somete a condiciones especiales la asunción de nuevos compromisos u obligaciones a través de contratos de prestación de servicios.

2. Normas violadas y concepto de la violación

Expuso que los artículos 1 y 2 del Decreto 1086 de 1997, reglamentarios del artículo 76 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, no pueden aplicarse a la

Contraloría General de la República, en tanto ésta es un ente autónomo y “como órgano superior de control, tiene la responsabilidad de asegurar el máximo grado de independencia y calidad, situación que no sería posible si formara parte de la administración pública sobre la cual debe ejercer el control fiscal o si no tuviera autonomía administrativa y presupuestal. Desde luego, como está concebida constitucionalmente como órgano de control, está por fuera de ella”.

Adujo que el Ejecutivo no puede establecer específicamente cuáles partidas pueden ser reducidas o aplazadas, ni consagrar trámites particulares que puedan afectar la autonomía administrativa de esa entidad. Estimó entonces que las normas acusadas atentan contra el principio de autonomía administrativa y presupuestal de la Contraloría General de la República, en cuanto limita la capacidad de distribución y ejecución de los recursos asignados a la entidad.

3. Admisión y contestación de la demanda

Por auto de 8 de julio de 1997 el expediente fue remitido de la Sección Primera a esta Sección y mediante proveído de septiembre 11 siguiente se admitió la demanda formulada y se negó la suspensión provisional solicitada. En providencia de 30 de abril de 1998 se tuvo por no contestada la demanda y mediante auto de 18 de julio de 2007 se declaró la nulidad de lo actuado desde la fijación del proceso en lista, en atención a que no fue notificado el admisorio de la demanda al accionado.

La secretaría Jurídica de la Presidencia al contestar la demanda se opuso a las pretensiones. Esgrimió que el actor más que acusar la ilegalidad e inconstitucionalidad del Decreto 1086 de 1997, se refiere a la inaplicabilidad de esta norma a la Contraloría, lo cual escapa a la naturaleza de la acción de nulidad. Advirtió que al Gobierno le corresponde fijar de manera general las políticas fiscales a las cuales deben sujetarse las entidades y demás organismos del Estado para la asunción de nuevos compromisos y obligaciones, especialmente, cuando se ve precisado a reducir o aplazar total o parcialmente las apropiaciones presupuestales, conforme lo dispone la Ley Orgánica del Presupuesto, sin que por ello se entienda cercenada la autonomía presupuestal.

4. Alegatos para fallo y concepto del Ministerio Público

Por auto de 31 de enero de 2008 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. El actor guardó silencio. El demandado se opuso de nuevo a la prosperidad de las pretensiones. El Ministerio Público solicitó despachar desfavorablemente las pretensiones. Conceptuó que en virtud del principio de unidad presupuestal y de coherencia macroeconómica, consagrados en la Constitución Política (artículos 346 y 352) como en el Estatuto Orgánico del Presupuesto (Arts. 11 literal b) y 20 del Decreto 111 de 1996), las entidades que gozan de autonomía presupuestal hacen parte de un mismo sistema de ingresos y gastos y los presupuestos de las diferentes entidades no son ruedas sueltas sin sujeción alguna a las políticas fiscales y macroeconómicas del gobierno.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Mediante proveído de 18 de agosto de 2009 el entonces magistrado sustanciador remitió el proceso a la Secretaría General de la Corporación al estimar que se trata de una acción de nulidad por inconstitucionalidad. Ésta mediante oficio de 23 de septiembre siguiente lo devolvió a la Sección al razonar que se trata de una acción de simple nulidad.

Como quiera que se está delante de un decreto reglamentario, vale decir de un acto administrativo, conforme a lo prescrito por el numeral 7º del artículo 97 del C.C.A., modificado por el artículo 37 de la L.E.A.J. y adicionado por el artículo 33 de la Ley 446 de 1998 en armonía con los derroteros trazados por la jurisprudencia de la Sala Plena de la Corporación¹, la acción incoada es de simple nulidad, y no de nulidad por inconstitucionalidad.

En efecto, aunque las normas invocadas como violadas solo aluden a preceptos de naturaleza constitucional, se advierte que entre éstas y el acto acusado se encuentra una norma con fuerza material de ley objeto de reglamentación, por lo que implícitamente los cargos son sustentados por violación de ésta, lo que comporta que la infracción de las disposiciones constitucionales estaría mediatizada por la violación de la norma con fuerza de ley invocada. En

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, sentencia de 23 de julio de 1996, expediente S-612.

consecuencia, el proceso debe resolverse mediante decisión de Sección y no de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

En cuanto hace a la distribución de los negocios entre las distintas Secciones del Consejo de Estado el artículo 12 del Acuerdo 58 de 1992², modificado por el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, por el cual se adoptó el Reglamento del Consejo de Estado, dispuso que la Sección Tercera conoce de los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos contractuales.

La Sección Tercera es competente para conocer de este asunto, habida cuenta que lo que se está discutiendo es la legalidad de unas disposiciones administrativas relativas a contratos. Y tratándose de un asunto sin cuantía expedido por una autoridad del orden nacional impugnado en ejercicio de la acción de nulidad, el asunto lo conoce privativamente y en única instancia el Consejo de Estado (art. 128 numeral 1º del C.C.A.).

2. La disposición acusada

El texto de los preceptos acusados es el siguiente:

“DECRETO 1086 DE 1997
(abril 15)

por el cual se somete a condiciones especiales la asunción de nuevos compromisos u obligaciones a través de contratos de prestación de servicios.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades que le confiere el ordinal 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo del artículo 76 del Decreto 111 de 1996, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 76 del Decreto 111 de 1996 (Compilatorio de las Leyes 38 de 1989, 179 de 1994 y 225 de 1995) dispone que el Gobierno Nacional en cualquier mes del año fiscal, previo concepto del Consejo de Ministros, puede reducir o aplazar total o parcialmente, las apropiaciones presupuestales, en caso de ocurrir uno de los siguientes eventos: Que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público estime que los recaudos del año pueden ser inferiores al total de los gastos y

² En desarrollo de lo dispuesto por el numeral 6º del artículo 237 de la Carta.

obligaciones contraídas que deban pagarse con cargo a tales recursos; o que no fueren aprobados los nuevos recursos por el Congreso o que los aprobados fueren insuficientes para atender los gastos a que se refiere el artículo 347 de la Constitución Política, o que no se perfeccionen los recursos del crédito autorizados; o que la coherencia macroeconómica así lo exija. En tales casos, el Gobierno podrá prohibir o someter a condiciones especiales la asunción de nuevos compromisos u obligaciones.

Que el Consejo de Ministros en sesión del primero de abril de 1997, conceptuó sobre la necesidad de someter a requisitos especiales la asunción de nuevos compromisos u obligaciones mediante contratos de prestación de servicios y de consultoría, con el fin de racionalizar el manejo de los recursos del Presupuesto Nacional.

DECRETA:

Artículo 1º.- A partir de la fecha de expedición del presente Decreto, las Entidades Públicas que reciben aportes del Presupuesto Nacional, sólo podrán celebrar contratos de consultoría o de prestación de servicios con personas naturales o jurídicas cuando no exista personal de planta especializado para la labor requerida.

A estos efectos, el Jefe de la Entidad en forma indelegable deberá certificar la inexistencia de personal de planta para desarrollar las actividades que se pretendan contratar.

Copia de la certificación así expedida, al igual que del contrato que se suscriba, deberá ser remitido dentro de los cinco días siguientes a su celebración a la Consejería Presidencial para la Administración Pública, a efectos de su seguimiento.

Artículo 2º.- Las entidades públicas sólo podrán celebrar contratos de publicidad cuando éstos tengan por objeto publicar los bienes y servicios que ofrezcan en competencia con los particulares. En consecuencia, prohíbese la celebración de contratos de publicidad cuyo objeto no se ajuste a lo dispuesto en el presente artículo.

Toda celebración de contratos de publicidad requerirá el concepto previo de la Consejería Presidencial para las Comunicaciones.

(...) Dado en Santa Fe de Bogotá, D.C., a 15 de abril de 1997.

El Presidente de la República, ERNESTO SAMPER PIZANO.

El Ministro de Hacienda y Crédito Público, JOSÉ ANTONIO OCAMPO GAVIRIA.

El Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, JUAN CARLOS POSADA.”³

3. Determinación del litigio

El demandante planteó que “históricamente se ha demostrado que la independencia de las entidades fiscalizadoras constituye el pilar fundamental sobre el cual se edifica la gestión fiscal de la administración. Es por su naturaleza y por la misión especial que debe cumplir, que el articulado superior le ha dado una organización especial, dotándola de autonomía administrativa y presupuestal

³ DIARIO OFICIAL No. 43024.

y de facultades para ejercer funciones administrativas a su interior, enmarcándola dentro de los órganos de control”.

En respuesta a la demanda, la Secretaría Jurídica de la Presidencia observó que el Gobierno cuenta con las facultades constitucionales y legales para reducir o aplazar obligaciones a las entidades y organismos de manera uniforme e igual, sin perjuicio de la autonomía presupuestal de ciertos organismos.

En su concepto el Ministerio Público estimó que el Gobierno está autorizado constitucional y legalmente para establecer, aún tratándose de organismos autónomos, condiciones especiales para la asunción de nuevos compromisos y obligaciones, cuando ocurra cualquiera de los eventos previstos en el artículo 34 de la Ley 179 de 1994.

En su criterio es legítimo el establecimiento por parte del Gobierno Nacional de especiales condiciones a las cuales debe sujetarse la celebración de los contratos de consultoría y prestación de servicios y en el caso concreto, no se observa que las exigencias generales previstas en los artículos 1 y 2 del Decreto 1086 de 1997 vulneren la autonomía presupuestal de la Contraloría.

Así las cosas, la Sala encuentra que la solicitud de nulidad de los artículos 1 y 2 del Decreto 1086 de 1997 se concreta, según lo dicho por el demandante, en que estos preceptos incurren en exceso de la potestad reglamentaria y violación de los artículos 117 y 267 constitucionales en tanto atentan contra la autonomía administrativa y presupuestal de la Contraloría General de la República, al limitar su capacidad de contratar y comprometer sus recursos.

La Sala adelantará el análisis de legalidad de las disposiciones censuradas únicamente en relación con los cargos formulados y sólo respecto de las normas expresamente invocadas por el actor como infringidas.

Ahora, el Decreto 1086 de 1997 dada su especial naturaleza es una **disposición de carácter eminentemente temporal** que rigió únicamente para la vigencia fiscal de 1997, en atención a que su fundamento jurídico así lo prevé. En efecto, el artículo 76 del Estatuto Orgánico autoriza al Gobierno Nacional “en cualquier mes del año fiscal” a reducir o aplazar total o parcialmente las apropiaciones presupuestales, obviamente en relación con el Presupuesto de esa anualidad, en

determinados eventos y en consecuencia, a prohibir o someter a condiciones especiales la asunción de nuevos compromisos u obligaciones (Ley 38/89, artículo 63, Ley 179/94, artículo 34).

De allí que las condiciones especiales a las que se sometió la asunción de nuevos compromisos u obligaciones, en particular en relación con la celebración de contratos de consultoría, de prestación de servicios y de publicidad, perdieron su vigencia el 31 de diciembre de 1997.

No obstante, la Sala advierte que como la **pérdida de fuerza ejecutoria** naturalmente sólo produce efectos hacia el futuro, es válido el enjuiciamiento de la legalidad del Decreto demandado, mientras estuvo vigente en su texto original. Al respecto, el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo prescribe, al regular la pérdida de fuerza ejecutoria, que “Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos: (...)5. Cuando pierdan su vigencia (...)”.

A partir de esta norma, jurisprudencial y doctrinariamente se ha construido el instituto del “*decaimiento del acto administrativo*” como una suerte de “extinción” del mismo, que corresponde a la situación en la cual un acto administrativo que cobró firmeza deja de ser obligatorio al perder vigencia deja de producir efectos jurídicos⁴.

Esta Corporación ha sostenido mayoritariamente que la figura del **decaimiento del acto administrativo no impide el juicio de legalidad del mismo**, en tanto éste debe realizarse según las circunstancias vigentes al momento de su expedición y habida consideración de que el decaimiento sólo opera hacia el futuro, en tanto:

“[dicho] fenómeno en nada afecta la validez del acto administrativo, no se afecta el principio de la presunción de legalidad del acto administrativo, ya que el juzgamiento de la legalidad de un acto administrativo debe hacerse con relación a las circunstancias vigentes al momento de su expedición.”

⁴ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique, *Manual del acto administrativo*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2009, p. 441.

No hay, por lo tanto, razón alguna que imposibilite proferir fallo de fondo con respecto a la legalidad de un acto respecto del cual se ha producido el fenómeno del DECAIMIENTO, entendiéndose que dicho fallo abarcará el lapso durante el cual dicho acto administrativo estuvo vigente, lapso durante el cual el acto administrativo gozó de presunción de legalidad.

Lo anterior, por cuanto para que se produzca un fallo de mérito respecto de un acto administrativo, no se requiere que el mismo se encuentre produciendo efectos, tal como se sostuvo por esta Sección en providencia de fecha junio 15 de 1992⁵, pues sólo el fallo de nulidad, al producir efectos ex tunc, desvirtúa la presunción de legalidad que acompañó al acto administrativo mientras éste produjo sus efectos.

(...) Lo anterior, debido a que la nulidad que se ha solicitado, concierne a la validez del acto administrativo y en el evento de prosperar, se remonta hasta el momento de su expedición, mientras que la causal de decaimiento que acaeció estando en trámite este proceso, atañe a circunstancias posteriores al nacimiento del acto administrativo y no atacan la validez del mismo.”⁶ (subrayas de la Sala)

En tal virtud, la presunción de legalidad que ostentan los actos administrativos tan sólo puede ser desvirtuada por el juez del acto, de suerte que el “*decaimiento*” del acto administrativo no trae aparejado el juicio de validez del mismo⁷.

4. Excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva

La Secretaría Jurídica de la Presidencia en los alegatos de conclusión anotó que si bien el decreto fue suscrito por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, esa entidad no es la autoridad responsable de las medidas ordenadas en el acto, pues el tema regulado en el Decreto 1086 de 1997 es de competencia del Gobierno Nacional, representado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, razón por la cual “no estaría legitimada en la causa por pasiva para ser parte en este proceso”.

En el *sub judice* se cumplió con el presupuesto de la legitimación en la causa por pasiva, en cuanto el actor dirigió la demanda contra la Nación, quien tiene vocación jurídica para obrar como demandada en este tipo de procesos, donde el

⁵ Sección Primera. Expediente 1948.

⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, sentencia de agosto 3 de 2000, Rad. 5722.

⁷ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, sentencias RD 21051 de 2006 y N 19526 de 2010.

acto cuya legalidad se cuestiona fue proferido por varias de sus autoridades [el Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República].

El Estado Colombiano está constituido por un conjunto de personas jurídicas de derecho público que ejercen las distintas facetas del poder público (funciones públicas) y dentro de ellas se encuentra la Nación quien *“es la persona jurídica principal de la organización estatal en la cual se centraliza el conjunto de dependencias que ejercen las funciones públicas esenciales propias del Estado Unitario”*⁸.

Así lo previó de vieja data nuestro ordenamiento jurídico al reconocer que la Nación es una persona jurídica (art. 80 Ley 153 de 1887), a la cual pertenecen múltiples entidades y dependencias de las distintas ramas del poder público.

Pero esa persona jurídica Nación está representada por diversos funcionarios de las distintas ramas del poder público que despliegan las tradicionales funciones públicas legislativa, administrativa y jurisdiccional y de los órganos autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado (*vgr.* las funciones públicas fiscalizadora y electoral), tal y como lo establece el artículo 149 del C.C.A. (modificado por el artículo 49 de la Ley 446 de 1998).

Nótese que no puede alegarse falta de legitimación por pasiva cuando la Nación es la entidad demandada, sino que lo que hay que determinar es cuál de sus dependencias o entidades está encargada de su representación judicial en una acción contenciosa particular y concreta.

Por otra parte, como advierte el profesor Vidal Perdomo, la condición de ejecutivo monocrático hace que las funciones principales estén asignadas al Presidente y no en forma directa a los ministros o a alguno de ellos, toda vez que éstos “colaboran en las funciones presidenciales según las materias, *refrendando con su firma, y dando lugar a lo que en el derecho colombiano (C.N., art. 115) se denomina *gobierno**, es decir, la actuación del Presidente y del ministro o ministros,

⁸ IBAÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, *Estudios de derecho constitucional y administrativo*, Bogotá, Legis, 2007, p. 222.

según el caso, que deben tomar determinada decisión según el ramo”⁹ (se subraya).

Lo anterior indica que el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República tiene vocación jurídica para comparecer a este proceso, toda vez que el acto acusado aparece refrendado por su Director, como integrante del Gobierno Nacional¹⁰.

Y si bien la aplicación y ejecución de los preceptos atañe directamente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el acto acusado aparece también suscrito por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y por ese mismo hecho se hace responsable, tal y como lo dispone claramente el artículo 115 constitucional.

En otros términos, en tanto constituye Gobierno en este negocio particular y por haber intervenido en la producción de los actos acusados, dicha entidad tiene la vocación de llevar la representación judicial de la Nación, con arreglo a lo dispuesto por el C.C.A.

De conformidad con el inciso segundo del artículo 149 del C.C.A. en los procesos contencioso administrativos la Nación estará representada por el ministro o “por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto” (se subraya). En la misma línea, el artículo 150 del CCA (subrogado por el artículo 29 del DE 2304 de 1989) prescribe que las entidades públicas y las privadas que ejerzan funciones públicas son partes en todos los procesos contencioso administrativos que se adelanten contra ellas “o contra los actos que expidan”.

Por esta razón se despachará negativamente la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada.

4. La Contraloría General de la República: Un órgano o ente autónomo sometido al ordenamiento jurídico

⁹ VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas*, Bogotá, Legis, 1999, p. 178.

¹⁰ En el mismo sentido vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, sentencia N 35726 de 2010, CP Ruth Stella Correa.

La Contraloría General de la República es una institución antiquísima en el ámbito nacional (como lo es también en el internacional¹¹), que se remonta al Consejo de Indias en el siglo XVI, a los Tribunales de Cuentas creados en 1604 y a las Cortes de Cuentas del siglo XIX. Luego, a instancias de la célebre primera misión Kemmerer, se expidió la Ley 42 de 1923 que creó el *Departamento de Contraloría*, encargado de los asuntos contables y fiscales del Estado.

Con la expedición del Acto Legislativo No. 1 de 1945 adquirió rango constitucional, al señalar sus funciones, elección y período. Al hacerlo el constituyente de 1945 estableció que la Contraloría tendría a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y que ésta se “ejerce conforme a las leyes”(Art. 59).

A su vez, el Acto Legislativo No. 1 de 1968 amplió el período a cuatro años, redefinió sus funciones y fijó las calidades del Contralor. Pero en todo caso, desde entonces, estaba claro que la función de fiscalización, que explica la autonomía de ese ente, debía ejercerse “conforme a la ley”¹².

En vigencia de la Carta de 1886, tanto nuestra doctrina¹³ como la jurisprudencia constitucional pusieron de presente que era necesario replantear la vieja idea liberal de la tridivisión del poder público¹⁴, en orden a reconocer *status* constitucional a una serie de entes que orgánicamente no pertenecía a ninguna de las ramas del poder, pero tampoco funcionalmente cumplía una de estas tres tradicionales facetas del poder público. Una de esos entes era, justamente, la Contraloría General de la República.

¹¹ Se atribuye al Rey Felipe V de Francia y II de Navarra la creación en 1319 de una Cámara de Cuentas, con poderes administrativos y jurisdiccionales para el control de los negocios financieros de la Corona, *vid.* PENAGOS, Gustavo, *Curso de control fiscal*, Bogotá, Librería del Profesional, 1979, p. 11.

¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CONSTITUCIONAL, sentencia de 5 de febrero de 1981.

¹³ El primero en hacerlo fue el profesor Luis Carlos SÁCHICA, quien en vigencia de la anterior Constitución denunció que la teoría de la tridivisión del poder “por fuerza de la evolución del aparato estatal, ya no corresponde ni en la teoría ni en la práctica a la estructura real del Estado moderno, cuya actuación se ha tornado más compleja y comprensiva (...) no es que la doctrina de la tridivisión haya perdido su validez política como fórmula para lograr la desconcentración y la racionalización del poder público, mediante la separación, distinción y equilibrio de las ramas del poder, en orden a impedir la concentración absoluta y totalitaria de la potestad pública, pues este principio es de la esencia del Estado de Derecho. Es que hoy se presenta una imposibilidad lógica de enmarcar e incluir en esta clasificación tan simplista, tan elemental, las múltiples funciones asumidas por el Estado que desbordan su nomenclatura. Esas nuevas funciones estatales no son, por naturaleza, consideradas específicamente, ni pura labor legislativa, ni mera ejecución de ésta, ni aplicación judicial de la norma, lo cual hace desueta la clasificación tripartita, moderada como ha sido por una racional colaboración (...)”, *vid.* SACHICA, Luis Carlos, *Constitucionalismo Colombiano*, Bogotá, Temis, 1977, pp. 191 y ss.

¹⁴ Que se debe en su visión moderna al padre del liberalismo filosófico: John Locke. Cfr. “Locke: una lectura de los derechos, vigente trescientos años después de su muerte”, en VVAA *Ideas políticas, filosofía y derecho, Liber amicorum en homenaje a Alirio Gómez Lobo*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2006, p. 303 y ss.

Así la Sala Plena Corte Suprema de Justicia, entonces guardiana de la integridad de la Constitución (art. 214 C.P. de 1886) en histórico pronunciamiento de 23 de agosto de 1984, con ponencia de Manuel Gaona Cruz, al estudiar la noción de administración reiteró un viejo criterio jurisprudencial¹⁵ con arreglo al cual era preciso reconocer la existencia de la función de control o fiscalizadora a cargo de organismos que no pertenecían a la estructura de la Rama Legislativa, ni a la Jurisdiccional ni tampoco a la Ejecutiva:

“aunque tiene una organización administrativa, no depende orgánica ni estructuralmente de la Rama Ejecutiva. El Constituyente le entrega expresamente a la Contraloría la competencia autárquica de ejercer las funciones administrativas inherentes a su propia organización (art. 59, inc. 2º) y realza la autonomía del organismo que tiene a cargo la vigilancia de la gestión fiscal de toda la Administración (art. 59, inc. 1º), al disponer que el Contralor es elegido por cuatro años por la Cámara de Representantes (art. 59, inc. 3º) y no por el Gobierno”.

Esta trascendental decisión de nuestro antiguo juez de constitucionalidad¹⁶ sentó las bases que servirán al Constituyente de 1991, para que éste en los artículos 117 a 119 de la Constitución vigente perfilara lo que hoy conocemos como “organización de control”, y dentro de ella ubicara a la Contraloría General de la República.

En efecto, la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente admitió la existencia de otros órganos autónomos e independientes de las tres ramas tradicionales, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, dentro de los cuales se ubica la Contraloría General de la República (artículos 113, inciso 2º,

¹⁵ Con mucha antelación en la sentencia de 9 de agosto de 1924 esa misma Corporación reconoció que se trataba de un ente independiente y autónomo, creado para “fiscalizar la administración confiada al Presidente de la República de modo directo o indirecto (...)”. Criterio reiterado en sentencia de 2 de agosto de 1933 al resaltar que “las funciones de fiscalización de la administración de la cosa pública no pueden ser encomendadas a empleados o corporaciones dependientes del Presidente de la República o de los ministros del despacho ejecutivo”. En la misma línea en sentencia de Sala Plena de 1º de agosto de 1969, se indicó que “Hacen parte del título V de la Constitución, al lado de las normas que definen las Ramas Legislativa, Ejecutiva y Jurisdiccional del Poder Público, las referentes a la vigilancia de la gestión fiscal de la administración contenidas en los artículos 59 y 60. establece así la Constitución la debida y necesaria independencia entre esas funciones administrativas y las propias del control fiscal, que emana de una auténtica organización democrática (...) El control fiscal es diferente del control administrativo (...)”. Asimismo, en sentencias de 5 de febrero de 1981 y 8 de junio de 1982 delimitó claramente las funciones de control de las administrativas (las providencias citadas en este fallo de la Corte Suprema de Justicia son tomadas de IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, *Estudios...op. cit.*, pp. 101 y ss.).

¹⁶ En sentido similar vid. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PLENA, sentencia 14 de 28 de febrero de 1985.

117 a 119 y 267 y ss.). Con apoyo en la jurisprudencia de la Corte¹⁷, el Constituyente razonó:

“Hay órganos que no encuadran en ninguna de las tres clásicas ramas del poder público, porque sus funciones ni son legislativas, ni administrativas, ni judiciales. Así la función fiscalizadora no la podemos encuadrar como encaminada a producir la ley, ni dentro de la rama que se encarga de ejecutarla, ni a la que corresponde aplicarla judicialmente.

(...) Hay casos en que esas nuevas funciones impropia­mente se han adscrito a una de las tres ramas clásicas del poder, como ocurrió con los órganos de la fiscalizadora, al sostener que la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República formaban parte de la rama ejecutiva del poder público. Lo indicado, entonces, es la presencia de órganos especializados que como tales, autónoma e independientemente, eso sí, en mutua y armónica colaboración con las ramas del Poder Público, desarrollen a cabalidad los fines y los propósitos de sus funciones, que son esencialmente los mismos del Estado.

(...) Como a nuestro juicio varias de esas nuevas (sic) instituciones no encajan dentro del sistema tradicional, creemos que debe abrirse paso en forma definitiva a la teoría de la existencia de otros órganos del poder público, autónomos e independientes”¹⁸

Y al referirse a la existencia y justificación del órgano fiscalizador, en la Constituyente de 1991 se puso de presente que existe una faceta del poder público, a la que le corresponde primordialmente el ejercicio de una función fiscalizadora, como una “función distinta de las demás tradicionales del Estado”¹⁹.

Luego de ocuparse del Ministerio Público, la ANAC advirtió que la Contraloría representa a la sociedad en cuanto que es ella la titular de sus finanzas en último término, pues en principio lo son del Estado y por ello “[v]ela porque los recursos que le proporciona al Estado estén correctamente manejados”²⁰.

Función fiscalizadora que a la sazón reconoció el artículo 117 constitucional, al disponer que el Ministerio Público y la Contraloría General de la República son

¹⁷ Sistematizada y analizada en el trabajo de grado de Jorge Enrique Ibáñez Najar *Las Cinco Ramas del Poder Público* (Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1985).

¹⁸ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Gaceta Constitucional No. 59, 25 de abril de 1991, pp. 4 y ss.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

órganos de control, correspondiéndole a ésta la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración (art. 119 *ibid.*).

En consonancia con estas preceptivas, el artículo 267 superior dispuso que la Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal, que no tiene funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización.

Preceptos todos que se subordinan al principio de legalidad propio de todo Estado de Derecho y que la Constitución enmarca como pilar fundamental de nuestra organización estatal, al disponer en el artículo 121 justamente luego de reconocer la existencia de esos nuevos órganos constitucionales autónomos e independientes, que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

En desarrollo de estos mandatos constitucionales, la Ley 106 de 1993 y el Decreto 267 de 2000 determinaron la estructura y organización de la Contraloría General de la República y al hacerlo dispusieron naturalmente que ésta obraría con sujeción al ordenamiento jurídico nacional.

Por esta razón, no le asiste razón al demandante cuando asegura que la Contraloría General de la República no hace parte de la “Administración Pública”, lo cual a su juicio implica que no se sujeta a determinadas reglas legales y reglamentarias de orden presupuestal. Este concepto, como de antaño lo tiene determinado la jurisprudencia, cubre todo el sistema de organización administrativa estatal y todas las otras son especies suyas: la administración nacional, la administración departamental y la administración municipal:

“(…) no sólo se refiere la Nacional a los organismos nacionales de la Rama Administrativa (Presidencia de la República, ministerios, etc.) sino a los nacionales que no pertenecen al órgano ejecutivo pero que tienen una organización administrativa, aun cuando desempeñen funciones distintas de las asignadas al ejecutivo, como las funciones fiscalizadoras. Son ellos, precisamente la Contraloría General de la República (C.N. arts. 76-9 y 59 inc. 2º) y el Ministerio Público que comprende la Procuraduría General de la Nación y las Fiscalías y las Personerías (C.N. arts. 76-9, 102-21 y 142). Estos organismos no pertenecen a la estructura de la Rama Legislativa ni de la Jurisdiccional, pero tampoco de la Ejecutiva, y sin embargo, caben

dentro del haz orgánico mayor denominado Administración Nacional²¹ (subrayas fuera de texto).

Ya en vigencia de la nueva Carta Política, la Corte Constitucional ha destacado que la finalidad de la vigilancia de la gestión fiscal consiste básicamente en la verificación del cumplimiento del principio de legalidad²². Y el ejercicio de la función pública de control fiscal, que es la que justifica la autonomía del órgano constitucional encargado de ella, naturalmente se ha de desplegar con arreglo al ordenamiento jurídico (Constitución, ley y reglamento). Así lo establece el artículo 267 al prever esta función fiscalizadora tendiente a verificar el manejo adecuado de los recursos públicos, deber que ejerce conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley.

En definitiva, si bien la Contraloría General de la República es un órgano autónomo (Arts. 113, 117 y 267 C.N.²³, Art. 1º Ley 42 de 1993) que ejerce la función pública de control fiscal (Arts. 119 C.P. y 4º Ley 42 de 1993), su autonomía no llega a convertirla en una suerte de ínsula soberana en el contexto de la organización estatal, que la autorice - so pretexto de una malentendida autarquía- a no someterse al principio de legalidad (preámbulo, artículos 2, 3, 4, 6, 121, 122, 123 y 230, entre otros, constitucionales), esto es, a las normas que establece el Congreso y a los preceptos reglamentarios que expida el Gobierno Nacional, para su cumplida ejecución (Art. 189.11 superior).

La independencia de la Contraloría General de la República, como la de todos los entes autónomos²⁴, se predica únicamente del cumplimiento de la función constitucional asignada y en atención a ella existe. Nada más. Como entidad estatal que es, obviamente está subordinada al ordenamiento jurídico estatal y dentro de él, a las normas presupuestales (constitucionales, orgánicas, legales y reglamentarias), como pasa a verse.

²¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PLENA, sentencia 14 de 28 de febrero de 1985.

²² CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C 529 de 1993. Sobre esta faceta del poder público ver igualmente sentencias C 132 de 1993, C 534 de 1993, C 586 de 1995, C 167 de 1995, C 374 de 1995, C 54 de 1997 y C 1148 de 2001.

²³ La función fiscalizadora es una faceta de la función de control, la cual fue encomendada por la Constitución a un ente autónomo, Cfr. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Informe Ponencia, Estructura del Estado, Gaceta Constitucional No. 59, 25 de abril de 1991 e Informe Ponencia Control Fiscal, Gaceta Constitucional No. 53, abril 18 de 1991.

²⁴ Así lo ha dicho esta Corporación respecto de otros entes autónomos, vgr. en relación con el Banco de la República en la sentencia AP 1856 de 2008, con la CNTV en la sentencia N 31223 de 2010 y con las Universidades Públicas en la sentencia AP 1089 de 2006.

5. Estudio de la censura: la autonomía de la Contraloría General de la República no entraña “soberanía presupuestal”

El artículo 76 del Estatuto Orgánico del Presupuesto (Ley 179 de 1994 artículo 34, modificatorio del artículo 63 de la Ley 38 de 1989), compilado por el Decreto 111 de 1996²⁵, se ocupa de señalar que:

“ARTICULO 76. En cualquier mes del año fiscal, el Gobierno Nacional, previo concepto del Consejo de Ministros, podrá reducir o aplazar total o parcialmente, las apropiaciones presupuestales, en caso de ocurrir uno de los siguientes eventos: que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público estimare que los recaudos del año puedan ser inferiores al total de los gastos y obligaciones contraídas que deban pagarse con cargo a tales recursos; o que no fueren aprobados los nuevos recursos por el Congreso o que los aprobados fueren insuficientes para atender los gastos a que se refiere el artículo 347 de la Constitución Política; o que no se perfeccionen los recursos del crédito autorizados: o que la coherencia macroeconómica así lo exija. En tales casos el Gobierno podrá prohibir o someter a condiciones especiales la asunción de nuevos compromisos y obligaciones (Ley 38/89, artículo 63, Ley 179/94, artículo 34).

El carácter atributivo de competencia del enunciado jurídico transcrito se infiere sin dificultad de su contenido. En efecto, la norma habilita en forma clara al Gobierno Nacional -en tanto sobre éste descansa fundamentalmente la ejecución presupuestal- para reducir o aplazar total o parcialmente las apropiaciones. Y al hacerlo no distingue el destinatario de esas eventuales medidas: bien sea una entidad integrante de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional (art. 38 de la Ley 489 de 1998), ya se trate de otra de las dos ramas del poder público (artículo 113 constitucional), ora - por fin- de una de las entidades y organismos estatales sujetos a régimen especial (Arts. 113 *in fine eiusdem* y 40 de la Ley 489 de 1998).

Este precepto, además, no establece restricción temporal alguna para el uso de esta competencia (“en cualquier mes del año fiscal”) y condiciona su ejercicio a que medie previo concepto del Consejo de Ministros (art. 47 de la Ley 489 de 1998), como una forma de moderar y controlar políticamente tan amplia atribución.

²⁵Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 en Diario Oficial 42.692 de enero 18 de 1996. Adicionado por La Ley 617 de 2000 (Diario Oficial No. 44.188, de 9 de octubre de 2000) y modificado por la Ley 819 de 2003 (Diario Oficial No. 45.243, de 9 de julio de 2003).

Si la ley anual de presupuesto, como advierte la doctrina, involucra un estimativo de los ingresos que se espera recibir en una determinada vigencia fiscal a la vez que autoriza los gastos, es apenas obvio que la reducción o aplazamiento de las apropiaciones sea un asunto propio de su ejecución, que no constituye una modificación al mismo²⁶ (que está reservada al legislador, en virtud del principio de legalidad del gasto) y por lo mismo es del resorte de su ejecutor por antonomasia: el Gobierno Nacional.

Ahora, la preceptiva legal que se examina prevé cuatro hipótesis que autorizan al Gobierno Nacional para reducir o aplazar las apropiaciones, que no - se insiste- para modificar el presupuesto, lo cual está reservado a los representantes del pueblo con arreglo al principio democrático. Los tres primeros relacionados con ausencia de recursos y por lo tanto se justifican en razones de **prudencia fiscal**:

(i) Que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público estimare que los recaudos del año puedan ser inferiores al total de los gastos y obligaciones contraídas que deban pagarse con cargo a tales recursos. Hipótesis, como advierte la jurisprudencia constitucional, perfectamente natural pues el presupuesto simplemente estima los ingresos del Estado, los cuales, por las inevitables variaciones de los ciclos económicos, pueden resultar inferiores a lo previsto²⁷;

(ii) Que no fueren aprobados los nuevos recursos por el Congreso o que los aprobados fueren insuficientes para atender los gastos a que se refiere el artículo 347 constitucional. Este canon superior establece que si los ingresos legalmente autorizados no fueren suficientes para atender los gastos proyectados (“presupuestos deficitarios”), el Gobierno propondrá por separado ante las mismas comisiones que estudian el proyecto de presupuesto, la creación de nuevas rentas o la modificación de las existentes para financiar el monto de gastos contemplados.

Comoquiera que el precepto constitucional en referencia autoriza la aprobación del presupuesto sin que se hubiere perfeccionado el proyecto de ley referente a los recursos adicionales, es factible que con posterioridad no sean aprobados, evento

²⁶ Cfr. TRUJILLO ALFARO, Jorge Luis, *Presupuesto: una aproximación desde la planeación y el gasto público*, Bogotá, Colegio Mayor del Rosario, 2007, p. 208.

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C 192 de 1997.

en el cual “se encuentra perfectamente justificado que se confiera al Gobierno la facultad de reducir o aplazar las apropiaciones”²⁸.

(iii) Que no se perfeccionen los recursos del crédito autorizados. Si el Gobierno pretendió financiar gastos con este tipo de recursos, pero finalmente no logra su perfeccionamiento, también es “razonable”²⁹ que se autorice una reducción o aplazamiento de las partidas.

De manera que estos tres primeros eventos explican la reducción o aplazamiento de las partidas, por razones de prudencia fiscal: “pues durante el desarrollo del período fiscal es perfectamente posible que el Gobierno constate una ausencia de recursos que impidan que se realicen en forma sana los gastos apropiados”³⁰.

(iv) Que la coherencia macroeconómica así lo exija.

Ya no es la prudencia fiscal, sino la **política económica general** la que aconseja reducir o aplazar total o parcialmente las apropiaciones presupuestales, en tanto el Gobierno tiene delicadas responsabilidades de orden macroeconómico. Así “incluso existiendo recursos suficientes, puede a veces ser necesario que el Gobierno reduzca o aplaze la ejecución de partidas, por ejemplo con el fin de corregir tendencias inflacionarias”³¹. En tanto instrumento de orden, el Presupuesto no puede conspirar contra las **metas macroeconómicas** y convertirse en factor de desorden y de imprecisión³²

Al estudiar una demanda de inconstitucionalidad presentada contra el texto legal *sub examine*, la Corte Constitucional estimó que no vulneraba la Constitución el que el Estatuto Orgánico del Presupuesto facultara al Gobierno Nacional para aplazar o reducir ciertas apropiaciones, pues justamente la regulación de la ejecución es materia reservada a la ley orgánica.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C 122 de 1997.

A este propósito anota la Corte que la Constitución en sus artículos 150, 303 y 371 le encomienda al Gobierno Nacional a la vez la responsabilidad primaria en la ejecución de la política económica general del Estado, lo mismo que reconoce en él al “órgano que posee las capacidades técnicas y el conocimiento detallado de la disponibilidad de recursos para asegurar una ejecución idónea del presupuesto”³³.

Por otro lado, el artículo 76 en comentario también faculta al Gobierno para prohibir o someter a condiciones especiales la asunción de nuevos compromisos y obligaciones³⁴. Lo cual resulta coherente, con la naturaleza misma del Presupuesto, en tanto las apropiaciones no son las cifras que obligatoriamente van a ser comprometidas y gastadas sino que representan las sumas máximas que pueden ser ejecutadas por las autoridades respectivas³⁵.

Al descender estas premisas al estudio de Decreto 1086 de 1997 acusado parcialmente, la Sala encuentra que con arreglo a lo prescrito por el artículo 76 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, el Gobierno mediante la norma impugnada, sometió a condiciones especiales la asunción de nuevos compromisos y obligaciones a través de contratos de prestación de servicios.

En los considerandos del acto administrativo acusado se indica que el Consejo de Ministros en sesión del primero de abril de 1997, conceptuó sobre la necesidad de someter a requisitos especiales la asunción de nuevos compromisos u obligaciones mediante contratos de prestación de servicios y de consultoría “con el fin de racionalizar el manejo de los recursos del Presupuesto Nacional”.

Con arreglo a ello, los artículos 1º y 2º del Decreto 1086 de 1997 censurados sometieron a condiciones especiales la asunción de nuevos compromisos u obligaciones así:

(i) Primera condición especial: Las entidades públicas que reciben aportes del Presupuesto Nacional, sólo podrán celebrar contratos de consultoría o de

³³ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C 192 de 1997.

³⁴ Este segmento normativo del artículo 63 de la Ley 38 de 1989, modificado por el artículo 34 de la Ley 179 de 1994, fue declarado exequible en el entendido de que la reducción o aplazamiento total o parcial de las apropiaciones presupuestales no implica la modificación del presupuesto ; y que, además, el Gobierno debe ejercer dicha facultad en forma razonable y proporcionada, respetando la autonomía presupuestal de las otras ramas del poder y de las entidades autónomas, en los términos consignados en la parte motiva de esta providencia, CORTE CONSTITUCIONAL sentencia C 315 de 1997.

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C 442 de 2001.

prestación de servicios con personas naturales o jurídicas cuando no exista personal de planta especializado para la labor requerida;

(ii) Segunda condición especial: En estos casos el jefe de la entidad en forma indelegable deberá certificar la inexistencia de personal de planta para desarrollar las actividades que se pretendan contratar;

(iii) Tercera condición especial: Copia de dicha certificación, al igual que del contrato que se suscriba debía remitirse dentro de los cinco días siguientes a su celebración a la Consejería Presidencial para la Administración Pública, a efectos de su seguimiento;

(iv) Cuarta condición especial: las entidades públicas sólo podrá celebrar contratos de publicidad cuando éstos tengan por objeto publicar los bienes y servicios que ofrezcan en competencia con los particulares. En consecuencia, prohibió la celebración de contratos de publicidad cuyo objeto no se ajuste a ello.

(v) Quinta condición especial: Toda celebración de contratos de publicidad requerirá el concepto previo de la Consejería Presidencial para las Comunicaciones.

Según el actor, el Gobierno Nacional con la expedición del Decreto 1086 de 1997 vulneró el núcleo esencial de la autonomía presupuestal de rango constitucional, al limitar la ejecución y control del presupuesto, funciones estas de gestión que atañen al ordenador del gasto. A su juicio, la Contraloría General de la República “goza de autonomía presupuestal en la administración de sus asuntos, consistente en las facultades de contratar, comprometer los recursos propios previamente asignados en la ley del Presupuesto General de la Nación, y de ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección del mismo, como garantía indiscutible de su independencia para el ejercicio del control fiscal”.

A este respecto conviene no perder de vista que a términos del artículo 110 del Estatuto Orgánico del Presupuesto (Ley 38 de 1989, artículo 91; Ley 179 de 1994, artículo 51), los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las

apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, “lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley”.

Si bien la ejecución del presupuesto por parte de los órganos autónomos e independientes (art. 113 inc. 2 C.P., art. 40 Ley 489 de 1998) que ostentan autonomía presupuestal - como es el caso de la Contraloría General de la República como parte de la organización fiscalizadora y de control (arts. 117, 119 y 267 y ss constitucionales)- supone la posibilidad de disponer, de manera independiente, de los recursos aprobados en la ley anual, esa independencia no comporta que:

- (i) No se requiera del trámite presupuestal previsto en la ley orgánica, en cuanto a la certificación de recursos y la racionalización de la programación presupuestal, y
- (ii) Ni la autonomía en la ejecución entraña independencia respecto de las metas macroeconómicas y los planes de financiamiento de la operación estatal.

Así lo dejó en claro la Corte Constitucional al estudiar una demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 51 de la Ley 179 de 1994, modificatorio del artículo 91 de la Ley 38 de 1989, que cuestionaba la definición allí contenida de “autonomía presupuestal”, en el entendido de que la misma violaba la autonomía de los organismos de control -particularmente la Contraloría General de la República - garantizada en la Constitución (C.P. Arts. 267 y 272).

Al despachar negativamente el cargo, la Corte destacó que la reducción o aplazamiento de apropiaciones presupuestales respecto de ese ente autónomo en particular, no comporta cercenarle su autonomía presupuestal:

“La autonomía se cumple dentro de los límites que imponen intereses superiores como el equilibrio macroeconómico y financiero (art. 341 C.P.), el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda (art. 373 C.P.) y la regulación orgánica en materia de programación, aprobación, modificación y ejecución de los presupuestos de la Nación (CP arts. 352).

(...) En consecuencia, la definición legal que restringe la autonomía presupuestal a las capacidades de contratación, disposición de los recursos propios previamente apropiados y ordenación del gasto, no desconoce el núcleo esencial de la autonomía presupuestal

reconocida por la Constitución a ciertos órganos del Estado como la Contraloría General de la República.”³⁶

De ahí que la naturaleza autónoma e independiente que el Constituyente reconoció a la Contraloría General de la República, no inhiba al Gobierno, en cuanto le corresponde el manejo de la política fiscal nacional, de ejercer la atribución legal de rango orgánico, de reducir o aplazar las apropiaciones presupuestales y de, consiguientemente, someter a condiciones especiales la asunción de nuevos compromisos u obligaciones (art. 76).

En efecto, está fuera de discusión que el presupuesto de la Contraloría se somete a lo dispuesto por la Constitución y por la regulación orgánica en materia de programación, aprobación, modificación y ejecución de los presupuestos de la Nación (Arts. 352 superior y 3º del Estatuto Orgánico del Presupuesto). Al respecto, según el artículo 2º de dicho Estatuto (Ley 179/94, artículo 64) la Ley Orgánica del Presupuesto, su reglamento, las disposiciones legales que ésta expresamente autorice, además de lo señalado en la Constitución, serán las únicas que podrán regular la programación, elaboración, presentación, aprobación, modificación y ejecución del presupuesto.

En concordancia con esta preceptiva, el documento matriz del sistema presupuestal colombiano -al regular la cobertura de dicho estatuto- en su artículo 3º (Ley 38/89, artículo 2o., Ley 179/94 artículo 1o.) prevé con claridad que el presupuesto nacional comprende las ramas legislativa y judicial, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la organización electoral y la rama ejecutiva del nivel nacional, con excepción de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta.

De otra parte, de conformidad con el artículo 267 constitucional la Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. En desarrollo de este canon fundamental, el artículo 4º de la Ley 106 de 1993³⁷ previó que la Contraloría General de la República tiene autonomía para el manejo, administración y fijación de su presupuesto, pero al mismo tiempo dispuso que esa

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C 101 de 1996.

³⁷ Por la cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría Externa, se organiza el Fondo de Bienestar Social, se determina el Sistema de Personal, se desarrolla la Carrera Administrativa Especial y se dictan otras disposiciones, en Diario Oficial No. 41.158, de 30 de diciembre de 1993.

autonomía debe ejercerse como ese mismo precepto establece, “en concordancia con la ley orgánica de presupuesto”.

A su turno, el artículo 68 de la Ley 179 de 1994 establece que para garantizar la independencia que el ejercicio del control fiscal requiere, la Contraloría General de la República gozará de autonomía presupuestal para administrar sus asuntos según lo dispuesto por la Constitución y esta Ley.

Es obligada inferencia de lo que se viene considerando que la autonomía presupuestal de la Contraloría General de la República está limitada por las disposiciones constitucionales y orgánicas y por lo mismo, como ya lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, no puede implicar el ejercicio de una mal denominada “soberanía presupuestal”³⁸, como pareciera insinuarlo el actor.

La autonomía presupuestal de que goza la Contraloría no puede entenderse en términos absolutos, ilimitados ni omnímodos, pues como sección que hace parte del presupuesto general de la Nación - artículo 1 de la Ley 179 de 1994 - ella está supeditada al manejo de la política fiscal que corresponde al Gobierno en lo concerniente a la fijación de las directrices formuladas por éste, como responsable de la política económica y de desarrollo del país. Atribución gubernamental que, desde luego, no puede usarse en forma desmesurada y arbitraria, sino que por el contrario, debe desplegarse razonablemente y ceñida a los principios que caracterizan el sistema presupuestal consagrado en la ley orgánica del presupuesto:

“Así pues, los instrumentos con los que la disposición acusada [artículo 63 de la Ley 38 de 1989, modificado por el artículo 34 de la Ley 179 de 1994] dota al Ejecutivo para garantizar el logro de las metas macroeconómicas del Estado y el equilibrio del sistema presupuestal, cuyos principios rectores son la coherencia macroeconómica y la homeostasis presupuestal, no desconocen el núcleo esencial de la autonomía presupuestal de la Contraloría General de la República, pues esta no debe entenderse en forma omnímoda ni ilimitada, sino sujeta a lo dispuesto en la Constitución y en la ley orgánica de presupuesto, con miras al logro y realización de los fines del Estado.”³⁹

Tampoco se puede poner en duda que el Estatuto Orgánico del Presupuesto incluye a la Contraloría General de la República como una de las secciones del

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C 592 de 1995. En el mismo sentido sentencia C 315 de 1997.

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C 315 de 1997.

presupuesto de la Nación (L. 38 de 1989, art. 23, modificado por la Ley 179 de 1994, art. 16).

De ahí que, sea apenas natural que en el ámbito de la ejecución presupuestal dicho ente autónomo también sea sujeto destinatario de la prescripción orgánica contenida en el artículo 76 de ese Estatuto y por consiguiente, de los enunciados jurídicos previstos en los artículos 1º y 2º del Decreto 1086 de 1997, acusados. O lo que es igual, a la Contraloría también se le predicen las medidas relativas a reducciones y aplazamientos, pues de no ser así se podría afectar gravemente el cumplimiento de metas macroeconómicas, cometido específico de estas medidas.

Como es sabido, las normas orgánicas están concebidas para evitar la dispersión de las reglas presupuestales, con una clara tendencia a homogeneizar la materia. Y si en desarrollo de dichas disposiciones que se ocupan no sólo de la elaboración y aprobación sino también de la ejecución del presupuesto, el Gobierno Nacional reduce o aplaza las apropiaciones por motivos de prudencia fiscal o por razones de orden macroeconómico y por ello prohíbe o somete a condiciones especiales la asunción de nuevos compromisos y obligaciones, es claro que no afecta la autonomía presupuestal de órganos autónomos de estirpe constitucional, como la Contraloría General de la República.

De otro lado, uno de los principios presupuestales⁴⁰ que debe tenerse en cuenta en la programación, aprobación, ejecución y modificación del Presupuesto General de la Nación es el de **coherencia macroeconómica**. De conformidad con lo previsto por el artículo 20 del Estatuto Orgánico el Presupuesto (Ley 179/94, artículo 7º) el presupuesto debe ser compatible con las metas macroeconómicas fijadas por el Gobierno en coordinación con la Junta Directiva del Banco de la República.

Este principio es desarrollo de lo dispuesto por el artículo 346 superior, que establece que el Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que debe corresponder al plan nacional de desarrollo (Art. 339 *eiusdem*), y por lo mismo debe ser compatible con las metas macroeconómicas

⁴⁰ Los otros son la planificación, la anualidad, la universalidad, la unidad de caja, la programación integral, la especialización, la inembargabilidad y la homeóstasis (art. 12 Estatuto Orgánico).

fijadas por el Gobierno en coordinación con la Junta Directiva del Banco de la República⁴¹.

Desde esta perspectiva, las condiciones especiales arriba referidas a que se someten la celebración de contratos de consultoría, de prestación de servicios y de publicidad no sólo no constituyen un exceso gubernamental, como erróneamente lo plantea el actor, sino que son corolario directo de atribuciones de rango legal orgánico asignadas al Gobierno Nacional, en quien recae de manera significativa la responsabilidad mayor en la ejecución presupuestal. Atribución que, en modo alguno, es omnímoda, arbitraria ni discrecional sino - muy por el contrario- reglada y sometida a condiciones de aplicación muy exigentes, como ya se expuso.

En todo caso, no debe perderse de vista que la Corte Constitucional en sentencia C 192 de 1997 declaró EXEQUIBLE el artículo 34 de la Ley 179 de 1994, incorporado al Estatuto Orgánico del Presupuesto por el artículo 76 del Decreto 111 de 1996, “en el entendido de que la reducción o aplazamiento, total o parcial, de las apropiaciones presupuestales no implica una modificación del presupuesto, y que el Gobierno debe ejercer esa facultad en forma razonable y proporcionada, y respetando la autonomía presupuestal de las otras ramas del poder y entidades autónomas”.

En la *ratio decidendi* de ese pronunciamiento destacó que si bien la facultad gubernamental de que trata el citado artículo 76 del Estatuto Orgánico del Presupuesto entraña un componente de discrecionalidad, ello no implica que autorice un ejercicio arbitrario de la misma, ni que sea una patente de corso para afectar la autonomía de órganos constitucionales autónomos, como es justamente el caso de la Contraloría General de la República:

“(…) es cierto que la norma acusada confiere un margen de apreciación al Gobierno, lo cual implica una cierta discrecionalidad, pero como esta Corporación lo ha señalado en diversas decisiones⁴², no se puede confundir lo discrecional con lo arbitrario, pues la Carta admite la discrecionalidad administrativa pero excluye la arbitrariedad en el ejercicio de la función pública. Esto significa que la reducción o el aplazamiento de las apropiaciones no puede ser adelantada por el Gobierno de manera arbitraria sino que se debe desarrollar en forma razonable y proporcionada, tomando en consideración la finalidad de la misma. Por ello, el artículo 36 del Código Contencioso

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C 315 de 1997 y C 1496 de 2000.

⁴² Ver, entre otras, sentencias C-031/95 y C-318/95.

Administrativo, a cuyo tenor la Corte considera que deben ser interpretadas estas facultades del Gobierno, señala con claridad que ‘en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.’ Por consiguiente, si el Gobierno utiliza estas facultades, no para enfrentar los problemas de recaudo tributario o responder a las exigencias macroeconómicas sino, por ejemplo, para afectar la autonomía de determinadas entidades, estaríamos en frente de una desviación de poder que -conforme al artículo 88 del C.C.A- implicaría la nulidad de la actuación gubernamental, pues la autoridad habría utilizado sus atribuciones con una finalidad distinta a aquella para la cual le fueron conferidas por la normatividad. Esto significa entonces que la posibilidad del Ejecutivo de reducir o aplazar las apropiaciones no escapa del control judicial, dado que los eventuales abusos son impugnables por la vía de lo contencioso-administrativo, lo cual no afecta la legitimidad constitucional de esa potestad gubernamental en sí misma considerada. Sin embargo, y como es obvio, la Corte precisa que esta posibilidad de revisión judicial implica, en armonía con los principios de publicidad e imparcialidad de la función administrativa (CP art. 209), que el Gobierno tiene el deber de motivar con precisión las razones y consideraciones fácticas que lo llevaron a aplazar o suspender, total o parcialmente, las apropiaciones presupuestales”⁴³.

También en la *ratio decidendi* del referido fallo, la Corte dejó en claro que esta facultad gubernamental no puede ser entendida como un vaciamiento de la autonomía presupuestal de las entidades estatales que gozan de tal prerrogativa. Y al efecto precisó que si bien la reducción o aplazamiento de las apropiaciones que el Gobierno efectúa en relación con las entidades que gozan de autonomía frente a la administración central -como es justamente el caso de la Contraloría- es legítima, su alcance debe ser delimitado tomando en consideración la autonomía de esas entidades.

Por lo mismo el ejercicio de esta atribución legal no puede entonces traducirse en una anulación de la autonomía orgánica y presupuestal que la Constitución reconoce a las otras ramas del poder y a los otros órganos autónomos:

“ (...) aparece claramente que el Gobierno, con el fin de poder cumplir su responsabilidades fiscales globales, sólo tiene necesidad de establecer reducciones o aplazamientos generales en las distintas entidades autónomas, pero no existe ninguna razón para que el Ejecutivo establezca específicamente cuáles partidas deben ser reducidas o aplazadas, ni que consagre trámites particulares que puedan afectar la autonomía administrativa de tales entidades. Esta decisión debe entonces ser tomada por las respectivas entidades

⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C 192 de 1997.

autónomas, conforme a la valoración que hagan de sus propias prioridades. Admitir que el Gobierno pueda reducir o aplazar partidas específicas de las otras ramas del poder y de los otros órganos autónomos del Estado, o pueda tener injerencia en la administración de sus recursos, implica entonces un sacrificio innecesario y desproporcionado de la autonomía de esas entidades estatales, en nombre de la búsqueda de la estabilidad macroeconómica y de la sanidad de las finanzas públicas, por lo cual esa interpretación es inadmisibles. Por ello la Corte considera que las normas acusadas son exequibles, pero en el entendido de que el Gobierno debe limitarse a señalar las reducciones globales necesarias en las entidades estatales autónomas, pero no puede entrar a determinar las partidas específicas que deben ser afectadas en las otras ramas del poder, ni en los otros órganos autónomos, ni afectar la gestión propia de esos recursos, ya que tal decisión es propia de la autonomía de gasto de esas entidades.

De otro lado, e íntimamente ligado a lo anterior, la Corte considera que en principio el Ejecutivo debe limitarse a establecer reducciones o aplazamiento uniformes e iguales para los diversos órganos y ramas del poder, ya que de esa manera se concilia la autonomía fiscal de esas entidades con las responsabilidades fiscales y macroeconómicas del Ejecutivo, pues se evita que el Gobierno afecte la autonomía de determinada entidad o rama del poder, descargando en ella el peso esencial del ajuste al gasto. Esta Corporación no desconoce que, en determinadas coyunturas, pueden existir prioridades que justifiquen que la reducción del gasto no sea uniforme para todos los órganos y ramas del poder. Sin embargo, debido a que tales decisiones pueden afectar la autonomía fiscal de otros órganos del Estado, la cual está ligada a un principio medular de la organización del Estado, como es la separación de poderes (CP art. 113), la Corte considera que en este caso el establecimiento de tratos diversos sólo puede justificarse si las prioridades son claras, de una evidente importancia constitucional, y no existen medios alternativos para alcanzar tales objetivos prioritarios.

Finalmente (...) en relación con las reducciones globales sobre entidades que gozan de autonomía presupuestal, se requiere una mayor justificación de las decisiones gubernamentales, por cuanto éstas son susceptibles de afectar la autonomía presupuestal de estos otros órganos. Por ello no sólo el deber de motivación del Gobierno es en estos eventos mayor sino que, además, el eventual escrutinio judicial sobre la legitimidad de las medidas tomadas por el Gobierno debe ser más intenso y riguroso. En tales casos, la autoridad judicial a quien corresponda analizar la legitimidad de estas intervenciones gubernamentales debe ser particularmente cuidadosa con el fin de proteger la autonomía de estos órganos.”⁴⁴

Ahora, como el actor no cuestionó si las decisiones discrecionales contenidas en los artículos 1º y 2º del Decreto 1086 de 1997 eran adecuadas a los fines de la norma que lo autoriza (artículo 76 del Estatuto Orgánico del Presupuesto), como

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C 192 de 1997. Criterio reiterado en la sentencia C 315 de 1997.

tampoco si era proporcional a los hechos que le sirven de causa (Art. 36 del C.C.A.), ni si el Gobierno Nacional cumplió con el deber de motivar con suficiente precisión las razones y consideraciones fácticas que lo llevaron a aplazar o suspender, total o parcialmente, las apropiaciones presupuestales, la Sala no hará pronunciamiento alguno al respecto.

Finalmente, como atinadamente lo resaltó el Ministerio Público, la previsión contemplada en el artículo 1º demandado se encuentra contenida en el artículo 32 numeral 3º de la Ley 80 de 1993, cuando señala que los contratos de prestación de servicios sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

A este respecto la Sala⁴⁵, al estudiar una acción de nulidad simple contra el Decreto 2170 de 2007, destacó la naturaleza excepcional de este negocio jurídico de la administración y precisó que por ello no puede utilizarse el contrato de prestación de servicios para establecer plantas paralelas con carácter permanente en las entidades públicas, en desconocimiento del régimen laboral, tal y como lo ha advertido esta Corporación al recalcar que no puede suplirse la vinculación de los servidores públicos a los cuadros del servicio oficial a través de estos contratos.⁴⁶

Con arreglo al criterio sentado, se impone concluir que habida consideración que la demanda se limitó a cuestionar la legitimidad constitucional y legal de la atribución gubernamental de someter a condiciones especiales la asunción de nuevos compromisos u obligaciones en tratándose de la Contraloría General de la República, la Sala despachará negativamente las pretensiones anulatorias de los artículos 1º y 2º del Decreto 1086 de 1997, sobre la base de las consideraciones arriba expuestas y únicamente en relación con el cargo así estructurado.

⁴⁵ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, sentencia N 24715 (acumulados) de 2007.

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de 1 de noviembre de 1994, Exp. 7960. También la CORTE CONSTITUCIONAL, en sentencia C-154 de 1997, al declarar exequible el numeral 3º del inciso 2º del artículo 32, distinguió los contratos de prestación de servicios de los laborales y precisó que los primeros podía devenir en los segundos cuando se presentaran sus elementos (contrato realidad: subordinación, dependencia, etc), cualquiera que fuera la denominación que le haya dado la entidad pública.

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

F A L L A

NIÉGANSE las pretensiones anulatorias de los artículos 1º y 2º del Decreto 1086 de 1997, por el cual se somete a condiciones especiales la asunción de nuevos compromisos u obligaciones a través de contratos de prestación de servicios, únicamente por los cargos formulados en la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta

RUTH STELLA CORREA PALACIO

DANILO ROJAS BETANCOURTH