



## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

#### Salvamento de voto

**Dr. Enrique José Arboleda Perdomo**

**Radicación No. 1.889 del 5 de junio de 2008**

**11001-03-06-000-2008-0022-00**

**Referencia: Actividad contractual de los municipios. Autorizaciones de los Concejos a los Alcaldes. Modificaciones al presupuesto anual. Formas y mecanismos de relación entre el Concejo y el Alcalde Municipales.**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, me aparto del concepto cuya referencia acaba de transcribirse, en el cual se asume que el alcalde de un municipio carece de competencia para celebrar cualquier contrato, si en forma previa el concejo municipal no ha expedido un acuerdo en el que reglamente y autorice la celebración de los contratos, pues esta interpretación rompe el equilibrio entre las instituciones municipales, dado que el concejo está en posibilidad de impedir el normal ejercicio de las funciones ejecutivas propias del alcalde, y por lo mismo le da una preeminencia política y administrativa sobre el ejecutivo local, a todas luces inconveniente; llegando, como en el caso que origina la consulta, a un verdadero bloqueo institucional, en el que el alcalde se encuentra sin posibilidad de ejecutar el presupuesto aprobado por el mismo concejo, por la supuesta falta de un requisito meramente formal.

Si bien es cierto, y en esto comparto el concepto, que la actitud del concejo municipal al actuar en la forma que acabo de describir es completamente contraria a derecho, también es claro que las normas que instituyen los diferentes órganos del Estado para que se controlen entre ellos, deben interpretarse de tal forma que sus funciones sean equilibradas y que ninguno pueda llegar al extremo de imponer al otro su criterio, por lo que en su interpretación y aplicación deben prevalecer aquellas posiciones que favorezcan el equilibrio y eviten el posible abuso de un órgano sobre otro.

Como ha sido tradicional en las corporaciones judiciales, transcribo en lo pertinente la ponencia llevada a discusión por la Sala de Consulta y Servicio Civil, y que fuera negada.

Sobre las competencias para la contratación de los municipios, dispone la Constitución Política:

*“Art. 313: Corresponde a los Concejos: ... 3. Autorizar al Alcalde para celebrar contratos...”*

*“Art. 314: En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio...”*

*“Art. 315: Son atribuciones del alcalde: ... 3. Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los*

*servicios a su cargo.../ 9. Ordenar los gastos municipales de acuerdo con el plan de inversión y el presupuesto... ”*

Como puede verse en los textos copiados, en materia de contratación la Carta reserva a los concejos una atribución de reglamentación, mientras que a los alcaldes les señala indubitadamente funciones de ejecución, relacionadas de manera expresa con la responsabilidad de la prestación de los servicios a cargo del municipio.

La ley 136 de 1994<sup>1</sup>, al determinar las funciones de los concejos, dispone:

*“Art. 32: Atribuciones. Además de las funciones que se le señalan en la Constitución y la ley, son atribuciones de los Concejos las siguientes: ... 3. Reglamentar la autorización al Alcalde para contratar, señalando los casos en que requiere autorización previa del Concejo.”*

La ley es clara al precisar el contenido reglamentador atribuido a los concejos; como también hace explícito el carácter excepcional de la autorización previa, significando que la regla general es la facultad del alcalde para contratar y, por lo mismo, no está sujeta a las autorizaciones del concejo municipal, esto es, que el alcalde dispone de una autorización general para contratar. Dado *el carácter instrumental del contrato estatal para la realización de los cometidos estatales*<sup>2</sup>, la atribución de éstos debe complementarse con la de contratar.

La Corte Constitucional en la sentencia C-738-01<sup>3</sup>, declaró exequible el numeral transcrito de la ley 136 de 1994, sosteniendo que desarrolla el numeral 1º, del artículo 313 constitucional, que faculta a los concejos municipales para “Reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo del municipio”; y advirtió que *siendo como es una función administrativa, sólo podrá ser ejercida por los Concejos con el alcance y las limitaciones propias de su naturaleza*, de modo que *“no puede entrar a establecer procedimientos de selección, normas generales aplicables a los contratos, etc., puesto que ello forma parte del núcleo propio del Estatuto de Contratación”*; y analizando las autorizaciones que el Congreso de la República puede dar al gobierno nacional en virtud del artículo 150, numeral 9º, constitucional, precisó:

*“... El anterior razonamiento es aplicable, mutatis mutandi, a las autorizaciones que los concejos municipales otorgan a los alcaldes para contratar, y por lo mismo, a la reglamentación que sobre el particular expidan tales Corporaciones, en ejercicio de lo dispuesto en la norma acusada. Por lo mismo, no podrán los Concejos, so pretexto de reglamentar el tema de las autorizaciones, extralimitarse en sus atribuciones e intervenir sobre la actividad contractual propiamente dicha; dirección que corresponde al alcalde, en tanto jefe de la acción administrativa del municipio, de conformidad con el artículo 315-3 de la Carta. En otras palabras, la reglamentación que expidan estas corporaciones deberá limitarse a trazar las reglas aplicables al acto concreto y específico mediante el cual el concejo autoriza al alcalde para contratar, señalando los casos en que es necesario, sin entrar a regular aspectos como la selección de los contratistas, los contratos específicos a realizar, etc.*

*“Asimismo, deberán tener en cuenta los concejos municipales que, en tanto función administrativa, la atribución que les confiere la norma que se analiza debe ser ejercida en forma razonable y proporcionada, respetando lo dispuesto en el artículo 209 constitucional; y que no se puede interpretar dicha norma en forma tal que se*

---

<sup>1</sup> Ley 136 de 1994 (junio 2) “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, Diario Oficial No. 41.377, junio 2 / 1994.

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia C-949-01 (septiembre 5), Exp. D-3277, Norma demandada, varias disposiciones de la ley 80 de 1993, M. P. Clara Inés Vargas Hernández

<sup>3</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-738-01 (11 de julio), Exp. -3250, Norma demandada, artículo 32-3 de la Ley 136 de 1994, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

*obligue al alcalde a solicitar autorizaciones del concejo en todos los casos en que vaya a contratar, sino únicamente en los que tal corporación disponga, en forma razonable, mediante un reglamento que se atenga a la Carta Política.”*

Es pertinente también citar la sentencia C-086-95<sup>4</sup>, que declaró inexecutable el primer inciso del numeral 5º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, según el cual *las entidades estatales sólo podían celebrar contratos de fiducia pública cuando las autorizara la ley, la asamblea departamental o el concejo municipal, según el caso.* La Corte Constitucional expresó:

*“Para efectos de esta providencia, conviene señalar que esta Corte ha establecido que el inciso final del artículo 150 superior “contiene una autorización general, impersonal, no individualizada para la celebración de un contrato cuyo objeto sea la satisfacción del funcionamiento del servicio bajo ciertas condiciones.”<sup>5</sup> En otras palabras, la autorización general para contratar por parte de las entidades públicas estatales, que se encuentra en la ley 80 de 1993, permite que no sea necesario contar con una norma especial expedida por una corporación pública cada vez que se pretenda celebrar un contrato por parte de alguna de las entidades u organismos a que hace referencia la citada ley... Adicionalmente se observa que no se puede convertir en regla general las autorizaciones expresas contenidas en los artículos 150-9, 300-9 y 313-3 de la Carta Política, como pretende hacerlo la norma acusada respecto del contrato de fiducia.”*

Se trata pues, de que las autorizaciones de los concejos municipales a los alcaldes, para contratar, son excepcionales y siempre que medie el reglamento en el que esas corporaciones las establezcan junto con el procedimiento para su operatividad, sin tocar los aspectos ya regulados por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y sin inmiscuirse en la contratación como tal, pues como se verá, el Estatuto en mención se lo prohíbe expresamente.

Ahora bien, la autorización que de manera general tienen los alcaldes para contratar tiene los fundamentos y condiciones que procede la Sala a analizar.

El numeral 9º del artículo 315 superior, consagra como atribución del alcalde la de “ordenar los gastos municipales de acuerdo con el plan de inversión y el presupuesto”.

La jurisprudencia constitucional tiene dicho que *“el concepto de ordenador del gasto se refiere a la capacidad de ejecución del presupuesto. Ejecutar el gasto, significa que, a partir del programa de gastos aprobado – limitado por los recursos aprobados en la ley de presupuesto -, se decide la oportunidad de contratar, comprometer los recursos y ordenar el gasto, funciones que atañen al ordenador del gasto...”<sup>6</sup>*

La Constitución indica que el plan de inversiones, de mediano y corto plazo, es una de las partes de los planes de desarrollo de las entidades territoriales, los que a su vez, *deben asegurar el uso eficiente de sus recursos y el desempeño adecuado de sus funciones.*<sup>7</sup> Sobre el presupuesto ordena que en tiempo de paz todas las rentas y erogaciones deben figurar en él y que no podrá hacerse gasto alguno que no haya sido decretado por el congreso, las

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-086-95 (marzo 1º), Exp. D-647 y D-672 (acumulados), M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-449/92 del 9 de junio de 1992. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencia C-365/01 (abril 2), Exp. D- 3190, normas demandadas, Arts. 108 y 110 (parcial) del Decreto 111 de 1996 - Estatuto Orgánico del Presupuesto- M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>7</sup> Constitución Política, Art. 339. “Habrán un Plan Nacional de Desarrollo ... / Las entidades territoriales elaborarán y adoptarán de manera concertada entre ellas y el gobierno nacional, planes de desarrollo, con el objeto de asegurar el uso eficiente de sus recursos y el desempeño adecuado de las funciones que les hayan sido asignadas por la Constitución y la ley. Los planes de las entidades territoriales estarán conformados por una parte estratégica y un plan de inversiones de mediano y corto plazo.”

asambleas departamentales o los concejos distritales o municipales<sup>8</sup>, con lo cual consagra el principio de legalidad del gasto público

Manda también la Constitución que las entidades territoriales deben aplicar los principios y las disposiciones que en la materia establece la misma Carta, para la elaboración, aprobación, y ejecución de su presupuesto, y que la ley orgánica del presupuesto regulará estos temas, su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo y la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.<sup>9</sup>

En el plano de la ley, deben conjugarse las siguientes disposiciones contenidas en el Estatuto Orgánico del Presupuesto<sup>10</sup> y en las leyes 80 de 1993 y 136 de 1994. Así:

a) El Estatuto Orgánico del Presupuesto – Decreto 111 de 1996:

*“Artículo 89. Las apropiaciones incluidas en el Presupuesto General de la Nación, son autorizaciones máximas de gasto que el Congreso aprueba para ser ejecutadas o comprometidas durante la vigencia fiscal respectiva. Después del 31 de diciembre de cada año estas autorizaciones expiran y, en consecuencia, no podrán comprometerse, adicionarse, transferirse ni contracreditarse...”*

*“Capítulo XVI. De la capacidad de contratación, de la ordenación del gasto y de la autonomía presupuestal.*

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

*“En la sección correspondiente a la Rama Legislativa...”*

*“En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las superintendencias, unidades administrativas especiales, las entidades territoriales, asambleas y concejos, las contralorías y personerías territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica.*

*“...”*

b) El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – Ley 80 de 1993:

*“Artículo 3º. De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e*

---

<sup>8</sup> Constitución Política, Art. 345: “En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos. / Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto.”

<sup>9</sup> Cfr. Constitución Política, Arts. 352 y 353; Decreto 111 de 1996 – Estatuto Orgánico del Presupuesto -, Capítulo XV.

<sup>10</sup> Decreto 111 de 1996, (enero 15), “Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto.” Diario Oficial 42.692, enero 18 de 1996, Capítulo XI. De la ejecución del presupuesto.

*interese de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines...”*

*“Art. 25. Del principio de economía: En virtud de este principio: ... 11. Las corporaciones de elección popular y los organismos de control y vigilancia no intervendrán en los procesos de contratación, salvo en lo relacionado con la solicitud de audiencia pública para la adjudicación en caso de licitación. / De conformidad con lo previsto en los artículos 300, numeral 9º y 313, numeral 3º, de la Constitución Política, las asambleas departamentales y los concejos municipales autorizarán a los gobernadores y alcaldes, respectivamente, para la celebración de contratos.”*

c) La ley 136 de 1994:

*Art. 91. “Funciones. Los alcaldes ejercerán las funciones que les asignan la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y las que le fueren delegadas por el Presidente de la República o gobernador respectivo. / “Además de las funciones anteriores, los alcaldes tendrán las siguientes: ...*

*“D) En relación con la Administración Municipal: ...*

*“5. Ordenar los gastos y celebrar los contratos y convenios municipales de acuerdo con el plan de desarrollo económico, social y con el presupuesto, observando las normas jurídicas aplicables.”*

El conjunto de disposiciones legales transcritas ratifican que la atribución constitucional de los alcaldes municipales, relativa a *asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a cargo del municipio*, exige una autorización general para la celebración de contratos, por lo que el legislador la confirió de manera expresa como función, en el literal D), numeral 5, del artículo 91 de la ley 136 de 1994, especificando el marco normativo dentro del cual ha de ejercerse, que se conforma, en primer término con el plan de desarrollo y el presupuesto, porque por disposición constitucional ambos deben ser expedidos por los concejos municipales, pues con ello se cumple en el nivel municipal el principio de legalidad del gasto público y además, son el modo como los concejos participan en la realización de los fines del municipio; y en segundo lugar, a “las normas jurídicas aplicables”, es decir, al régimen aplicable a la actividad contractual de la administración.

La autorización general dada por la ley excluye, por supuesto, una nueva autorización general proveniente de los concejos municipales, pues estos como autoridad territorial deben ejercer sus funciones con sujeción a la Constitución y a la ley; pero además, porque tal autorización devendría en inconstitucional puesto que desconocería los principios de eficacia, economía y celeridad que deben regir el ejercicio de la función administrativa.<sup>11</sup>

Con todo respeto,

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

---

<sup>11</sup> Cfr. Constitución Política, Arts. 209, 287, 288, 313, 315; ley 136/94, Arts. 2º, 3º y 5º