



Concepto Sala de Consulta C.E. 550 de 1993 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

RACS05501993

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. / AUDITOR -Funciones / CONTROL FISCAL / JURISDICCION COACTIVA / AUDITORIA - Estructura / CONGRESO - Facultades / AUDITORIA / AUTONOMIA PRESUPUESTAL.

El auditor debe ejercer el control de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República. La gestión fiscal de la Contraloría General de la República consiste en la administración de los bienes y los recursos fiscales, asignados a ella para su funcionamiento, de manera que su manejo se afecte de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales. Los instrumentos o mecanismos jurídicos que tiene el auditor para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República, como son los controles financieros, de legalidad, de gestión, de resultados, y la revisión de cuentas, con las variantes propias de su función y atendiendo a la naturaleza de la entidad controlada. De este modo, el auditor puede expedir los actos administrativos necesarios para cumplir con sus atribuciones, incluidos los que deba expedir en los procesos de responsabilidad fiscal. El Auditor es el funcionario indicado para que pueda ejercer la jurisdicción coactiva con el fin de hacer efectivos los créditos a favor del Tesoro Público, por responsabilidad de los funcionarios de la Contraloría General de la República. Sin embargo, como esta función no hace parte del control fiscal sino que consiste en un procedimiento ejecutivo posterior, el legislador debe atribuir esta función expresamente al auditor para que la pueda ejercer. Mientras se expide la ley que prescriba el procedimiento para rendir cuentas los empleados de manejo de la Contraloría General de la República y los criterios evaluadores, el auditor debe revisar y fenecer las cuentas de dichos funcionarios con base en el reglamento general que sobre la materia haya dictado el Contralor General de la República. El parágrafo del artículo 64 de la ley 42 de 1993, dispone que las remuneraciones del personal de la Contraloría General de la República serán pagadas con cargo al presupuesto de esta entidad. En este orden de ideas, se tiene que los demás gastos de la auditoría deben hacerse con cargo a dicho presupuesto, en el que se determinan rubros específicos para la Auditoría. Además, mientras el legislador no dispone otra cosa, el ordenador del gasto de estos recursos será el Contralor General de la República.

CONTRALORIA MUNICIPAL / CONTRALORIA DISTRITAL / CONTRALORIA DEPARTAMENTAL / CONTRATOS - Celebración GOBERNADOR - Facultades / ALCALDE - Facultades / ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Autorización / CONCEJO MUNICIPAL - Autorización / CONCEJO DISTRITAL - Autorización / CONTRALORIAS / PERSONERIA JURIDICA - Inexistencia AUTONOMIA PRESUPUESTAL.

Las Contralorías departamentales, distritales y municipales no pueden celebrar directamente toda clase de contratos para el cumplimiento de sus funciones; estos deben ser celebrados respectivamente por el correspondiente gobernador o alcalde debidamente autorizados por la asamblea departamental o por el concejo distrital o municipal, según el caso. La Constitución no otorga personería jurídica a dichas entidades, ni autoriza a las entidades mencionadas para que se la reconociera; por este motivo las contralorías departamentales sí son entidades técnicas de los departamentos o municipios y dependen de ellos para celebrar los contratos necesarios para su funcionamiento. Además ni la ley 42 de 1993 ni la ley 80 de 1993 reconocen personería jurídica a los Contralores Departamentales, distritales y municipales. La autonomía presupuesta; de las contralorías departamentales se refiere a la ejecución del presupuesto ejercida directamente por ellas, sin la injerencia de otra entidad o funcionario, pero la determinación del presupuesto está limitada por el art. 245 del Código de Régimen Departamental. Autorizada su publicación el 3 de diciembre de 1993.

Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintitrés (23~ de noviembre de mil novecientos
noventa y tres (1993).

Consejero Ponente: Dr Jaime Betancur Cuartas.

Referencia: Radicación 550. Consulta sobre el alcance del Control Fiscal que debe ejercer el auditor ante la Contraloría General de la República y sobre la facultad de contratación de las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales.

El Ministro de Gobierno ha formulado a la Sala la siguiente consulta que textualmente dice:

El Ministro de Gobierno, a solicitud del Señor Contralor General de la República, comedidamente solicita el concepto de esa Honorable Sala: a) En relación con el control Fiscal que debe ejercer el Auditor ante la Contraloría General de la República y b) sobre el presupuesto de las contralorías departamentales y su facultad para contratar, de conformidad con las normas constitucionales y legales y en especial las de la ley No. 42 de 1993 "SOBRE LA ORGANIZACION DEL SISTEMA DE CONTROL FISCAL FINANCIERO Y LOS ORGANISMOS QUE LO EJERCEN"

a). - AUDITOR ANTE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.

En desarrollo del artículo 267 de la Constitución Política, el Congreso de la República expidió la ley 42 de 1993 y determinó el conjunto de preceptos reguladores de los principios, sistemas y procedimientos de control fiscal señalados en la citada ley.

No obstante lo anterior, se hace indispensable aclarar ciertas inquietudes que surgen, frente a la manera como el auditor ejercerá la vigilancia de la gestión fiscal en dicha Entidad, así como otras funciones relacionadas con personal y presupuesto para la Auditoría.

En relación con el tema se consulta:

- Qué interpretación debe darse al contenido del artículo 274 de la Constitución Política, en cuanto al alcance del control fiscal?

2. - Cómo ejercería en particular el Auditor la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría?

3. - En la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría, ejercida por el auditor, se entiende la de vigilar el control que el Contralor General de la República ejerce en la administración? esto implica que el auditor podría valorar si el órgano de Control vigiló tales entidades y cómo lo hizo?

4. - Cuál es el concepto de la gestión fiscal que realiza la Contraloría General?

- Qué instrumentos jurídicos tendría el auditor para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República?. Puede el auditor ante la Contraloría General de la República, proferir actos administrativos para el normal ejercicio de sus funciones, incluidos los que se deriven del "proceso de responsabilidad fiscal" a que hacen referencia los artículos 72 y siguientes de la ley 42 de 1993?

- Puede el auditor ante la Contraloría General ejercer la jurisdicción coactiva, según los artículos 90 y siguientes de la ley 42 de 1993, e imponer sanciones de acuerdo con los principios contenidos en los artículos 99 y siguientes de la citada ley?

7. - Cuál sería la forma de llevar a cabo la revisión de la cuenta de la Contraloría General de la República por parte del auditor?. Podría utilizar la reglamentación que con fundamento en la Constitución y la ley expida el Contralor?

- Mediante qué instrumento jurídico, que de el auditor de la Contraloría General de la República, designar, nombrar y remover funcionarios de despacho a su cargo?

- En cuanto que la ley 42 /93 no menciona qué entidad debe pagar los gastos de funcionamiento e inversión de la Auditoría de la Contraloría General de la República, se puede considerar que éstos serán igualmente pagados con cargo al presupuesto de la Contraloría General de la República?. Cómo se ordenarían dichos gastos?

b). - PRESUPUESTO DE LAS CONTRALORIAS DEPARTAMENTALES Y SU FACULTAD PARA CONTRATAR.

El artículo 245 del Código de Régimen Departamental - Decreto 1222 /86, establece:

"ARTICULO 245. - Las Partidas anuales para gastos totales de las Contralorías Departamentales, no podrán exceder, en ningún caso, y para cada Departamento del dos por ciento (2%) de sus respectivos presupuestos."

En la Constitución Política de Colombia se establece en relación con los gastos de las contralorías:

"Artículo 308. - La ley podrá limitar las apropiaciones departamentales destinadas a honorarios de los diputados y a gastos de funcionamiento de las asambleas y de las Contralorías Departamentales. (Las subrayas son fuera de texto).

De conformidad con los artículos transcritos, el dos por ciento (2%), de que trata el artículo 245 citado continuará vigente por cuanto no pugna con la Constitución de 199 ya que dicha limitación tiene su fundamento en el artículo constitucional, tal como existía en la Carta de 1886.

Sin embargo, el artículo 272 de la Constitución Política en su inciso tercero establece que:

"Artículo 272. -:

Corresponde a las Asambleas y a los Concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

El Honorable Consejo de Estado a través de su SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL conceptuó con, fecha del 11 de diciembre de 1992,

"4.) La autonomía presupuestal y administrativa de las contralorías departamentales, distritales y municipales no significa que no tengan o que se les debe reconocer personería jurídica, sino que los recursos necesarios para su funcionamiento deben ser manejados directa o exclusivamente por cada una de esas entidades y que ellas deben ejercer sus funciones sin ninguna injerencia extraña de entidad, órgano o funcionario."

"5.) Los contralores departamentales, distritales y municipales, para ejercer la ' facultad excepcional que les confiere la Constitución (art. 272, Inciso 6o.) de contratar, mediante autorización legal, "con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal", no requieren autorización especial de ordenanza departamental o acuerdo municipal: la Constitución sólo exige que mediante autorización legal".

En los términos anteriores quedó claramente establecido por el Consejo de Estado, que la autonomía presupuestal y administrativa de las contralorías no les permitía contratar en general, como personas jurídicas independientes del departamento o municipio, según fuera el caso. Y por otra parte, no existía duda sobre la vigencia de la limitación del dos por ciento (2%) de los presupuestos departamentales para los gastos de las contralorías.

Sin embargo, con la expedición de la ley 42 de 1993, surgieron dudas al atribuir a las contralorías departamentales, distritales y municipales, autonomía contractual; y en cuanto a la vigencia de la limitación del dos por ciento (2%), del cual se ha venido hablando al establecer:

"Artículo 66. - En desarrollo del artículo 272 de la Constitución Nacional, las Asambleas y Consejos distritales y municipales deberán dotar a las Contralorías de su jurisdicción de autonomía presupuestal, administrativa y contractual, de tal suerte que les permita cumplir con sus funciones técnicas". (la negrilla es fuera de texto).

Con fundamento en lo expuesto se consulta sobre este tema:

I, Pueden las contralorías departamentales, distritales y municipales celebrar toda clase de contratos que requieran para el cumplimiento de sus funciones ?

- La autonomía presupuestal de las Contralorías departamentales las libera del límite del dos por ciento (2%) de que trata el artículo 245 del Código de Régimen Departamental?. O, puede entenderse que esta norma no pugna con la Constitución de conformidad con su artículo 308, y que por tanto la autonomía presupuestal de que trata el H. Consejo de Estado en el concepto ya citado, se refiere al manejo directo, por el Contralor Departamental, de las partidas que en el presupuesto del departamento se le asignan, pero manteniendo siempre en dicha asignación el citado dos por ciento (2%)?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

I.) El artículo 274 de " la Constitución Nacional dispone que "La vigilancia

de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República se ejercerá por un auditor elegido para períodos de dos años por el Consejo de Estado, de tema enviada por la Corte Suprema de Justicia.

2.) A la función de vigilancia que la Constitución atribuye al auditor de la Contraloría General de la República corresponde el control fiscal regulado en el artículo 267 ibídem que se manifiesta a través de los controles financiero, de gestión y de resultado.

El artículo 63 de la ley 42 de 1993 prevé que el auditor de la Contraloría General de la República ejercerá sus funciones de acuerdo con los principios, sistemas y procedimientos de control fiscal señalados en dicha ley. Al respecto, el artículo 9o. ibídem, establece que en el ejercicio del control fiscal se pueden aplicar los sistemas de control financiero, de legalidad, de gestión y de resultado, la revisión de cuentas y la evaluación del control financiero.

Cada uno de estos controles tiende a verificar si la gestión fiscal se cumplió eficazmente, es decir, si las entidades públicas hicieron una utilización adecuada de los recursos financieros de la Nación.

En los artículos 72 y siguientes de la ley 42 de 1993, se regula todo lo relativo al proceso de responsabilidad fiscal, mediante el cual se puede .establecer la responsabilidad de los funcionarios cuya gestión fiscal haya sido objeto de observación.

El artículo 74 ibídem, dispone que los organismos de Control Fiscal pueden iniciar el proceso de responsabilidad fiscal de oficio o a solicitud de parte.

De manera que el auditor de la Contraloría General de la República, como funcionario de control fiscal, está obligado a aplicar todos los mecanismos que establece la ley 42 de 1993, en cuanto sean necesarios. La ley debe conferirle las facultades indispensables para el cumplimiento de sus funciones, que son independientes y autónomas de la autoridad del Contralor General de la República.

Según el artículo 91 de la mencionada ley 42 de 1993, "los contralores para exigir el cobro coactivo de las deudas fiscales podrán delegar el ejercicio de esta atribución en la dependencia que de acuerdo con la organización y funcionamiento de la entidad se cree para este efecto". De esta disposición se deduce que las mismas entidades que ejercen el control fiscal deben adelantar los procesos de jurisdicción coactiva para hacer, efectivos los créditos por responsabilidad fiscal.

Sinembargo, como la norma legal específicamente no menciona al auditor de la Contraloría General de la República, es necesario que el legislador otorgue esta competencia a dicho funcionario para que ejerza la jurisdicción coactiva directamente y no a través de la dependencia respectiva de la Contraloría, lo que no es conveniente por cuanto los empleados que la componen son subalternos del Contralor General y porque, además ellos también pueden llegar a ser sujetos del control fiscal y por parte de la Auditoría.

Según lo dispuesto por el número 7, del artículo 150 de la Constitución al congreso le corresponde determinar la estructura de las entidades del orden nacional. De este modo, es claro que la estructura de la auditoría, debe ser señalada por el legislador.

Como se indicó, para que el auditor y sus colaboradores puedan tener plena independencia para ejercer el control fiscal en la Contraloría General de la República, la designación de los empleados no la puede efectuar el Contralor General, sino el auditor atendiendo a la estructura establecida en la ley y a las disposiciones vigentes sobre carrera administrativa y administración de personal civil. Del mismo modo, este organismo debe gozar de autonomía administrativa y presupuestal que le permita actuar sin depender de la Contraloría General de la República.

L Con fundamento en todas las anteriores consideraciones, la Sala responde los interrogantes formulados en la consulta en relación con el auditor de la Contraloría General de la República:

lo) La Constitución Nacional previó en el artículo 274 que debía ejercerse un control fiscal sobre la gestión financiera de la Contraloría General de la República, a través de un auditor designado por el Consejo de Estado de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia.

2o) El auditor debe ejercer el control de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República de conformidad con lo preceptuado por el artículo 267, de la Constitución Nacional y la ley 42 de 1993.

3o) Como consecuencia de la aplicación de las normas citadas, el auditor ejercerá un control sobre la utilización de los recursos financieros de la Contraloría General de la República. Este control no va dirigido a valorar la vigilancia que la Contraloría ejerce sobre los órganos del Estado, sino la forma como se efectúa el manejo de los mencionados - recursos. La vigilancia de la conducta de los funcionarios públicos, incluidos los de la Contraloría General de la República, corresponde a la Procuraduría General de la Nación de conformidad con la Constitución y la ley.

4o) La gestión fiscal de la Contraloría General de la República consiste en la administración de los bienes y los recursos fiscales, asignados a ella para su funcionamiento, de manera que su manejo se efectúe de conformidad con disposiciones constitucionales y legales.

5o) Los instrumentos o mecanismos jurídicos que tiene el auditor para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República son los señalados en la ley 42 de 1993, como son los controles financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, y la revisión de cuentas, con las variantes propias de su función y atendiendo a la naturaleza de la entidad controlada.

De este modo, el auditor puede expedir los actos administrativos necesarios para cumplir con sus atribuciones, incluidos los que deba expedir en los procesos de responsabilidad fiscal.

6o) El auditor es el funcionario indicado para ejercer la jurisdicción coactiva con el fin de hacer efectivos los créditos a favor del Tesoro Público, por responsabilidad de los funcionarios de la Contraloría General de la República. Sinembargo, como esta función no hace parte del control fiscal sino que consiste en un procedimiento ejecutivo posterior, el legislador debe atribuir esta función expresamente al auditor para que la pueda ejercer.

De otra parte el auditor puede aplicar las sanciones señaladas en el artículo 99 y siguientes de la ley 42 de 1993, cuando los funcionarios sujetos a control hayan obrado contrariando los principios de eficacia, eficiencia, economía y equidad y cuando obstaculicen las investigaciones fiscales.

7o) Por la autonomía que debe tener el auditor de la Contraloría General de la República, corresponde a la ley determinar y regular sus funciones.

Mientras se expide la ley que prescriba el procedimiento para rendir cuentas los empleados de manejo de la Contraloría General de la República y los criterios de evaluación, el auditor debe revisar y fenecer las cuentas de dichos funcionarios con base en el reglamento general que sobre la materia haya dictado el Contralor General de la República en desarrollo del artículo 268, numeral 1, de la Constitución.

8o) Como se indicó en las consideraciones, el legislador debe determinar la estructura de la auditoría y crear los cargos necesarios para que pueda ejercer idóneamente la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República.

La ley 42 de 1993 no regula ni la estructura de la auditoría ni los cargos que le estén adscritos.

La Sala reitera que los servidores de la auditoría deben pertenecer a esta entidad.

9o) La Sala estima que la auditoría de la Contraloría General debe gozar de autonomía presupuestal. Sin embargo, el parágrafo del artículo 64 de la ley 42 de 1993, dispone que las remuneraciones del personal de la auditoría de la Contraloría General de la República serán pagadas con cargo al presupuesto de ésta entidad.

En este orden de ideas, se tiene que los demás gastos de la auditoría deben hacerse con cargo a dicho presupuesto, en el que se determinan rubros específicos para la auditoría. Además, mientras el legislador no disponga otra cosa, el ordenador del gasto de estos recursos será el Contralor General de la República.

De otra parte, en cuanto la consulta se refiere a las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Sala conceptúa sobre los interrogantes planteados, lo siguiente:

- Las Contralorías departamentales, distritales y municipales no pueden celebrar directamente toda clase de contratos para el cumplimiento de sus funciones; éstos deberán ser celebrados respectivamente por el correspondiente gobernador o alcalde debidamente autorizados por la Asamblea departamental o por el Concejo distrital o Municipal, según el caso.

Excepcionalmente, por expresa disposición del inciso quinto, del artículo 272 de la Constitución Nacional, los contralores departamentales, distritales y municipales, pueden contratar a empresas privadas nacionales para que ejerzan la vigilancia fiscal que les corresponde.

Además, el inciso tercero del artículo 272 de la Constitución Nacional ordena que "corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías, como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

De donde se deduce que la Constitución no otorgó personería jurídica a dichas entidades, ni autorizó a las corporaciones mencionadas para que se la reconociera; por este motivo, las contralorías departamentales sólo son entidades técnicas de los departamentos o municipios y dependen de ellos para celebrar los contratos necesarios para su funcionamiento. Además ni la ley 42 de 1993 ni la ley 80 de 1993 reconocen personería jurídica a los Contralores Departamentales, distritales y municipales.

El artículo 308 de la Carta Política prevé que la ley podrá limitar las apropiaciones departamentales destinadas, entre otras, a los gastos de funcionamiento de las contralorías departamentales. Sobre este aspecto, el artículo 245 del Código de Régimen Departamental dispone que las partidas anuales para gastos totales de las contralorías departamentales no podrán exceder del dos por ciento (2%) de los respectivos presupuestos de los departamentos.

Esta norma no contraría la disposición Constitucional mencionada, de manera que conserva su vigencia mientras no sea derogada o modificada por una ley posterior.

Así las cosas, la Sala estima que la autonomía presupuestal de las contralorías departamentales se refiere a la ejecución del presupuesto ejercida directamente por ellas, sin la injerencia de otra entidad o funcionario, pero la determinación del presupuesto está limitada por el artículo 245 del Código de Régimen Departamental mencionado.

Transcríbase, en sendas copias auténticas a los señores Ministro de Gobierno y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Humberto Mora Osejo, Presidente de la Sala; Javier Henao Hidrón (con aclaración de voto); Jaime Betancur Cuartas, Roberto Suárez Franco (con aclaración de voto).

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala,

Autorizada su publicación el 3 de diciembre de 1993.

CONTRALORIA DEPARTAMENTAL - Facultades / CONTRALORIA DISTRITAL - Facultades / CONTRALORIA MUNICIPAL - Facultades / CONTRATOS - Celebración (Aclaración de Voto).

Las contralorías departamentales, distritales y municipales pueden celebrar todos los contratos contemplados en la ley 80 de 1993, para el cabal cumplimiento de sus funciones; deben ser celebrados por sus respectivos jefes o directores en los términos de la ley citada.

ACLARACION DE VOTO DEL DR. ROBERTO SUAREZ FRANCO

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993).

1 Referencia : Radicación No. 550. Consulta sobre el alcance del control fiscal que debe ejercer el Auditor ante la Contraloría General de la República y sobre la facultad de contratación de las contralorías departamentales, distritales y municipales.

El suscrito Consejero aclara su voto en cuanto a la pregunta No. 1 de la segunda parte de la consulta; y que se formula en los siguientes términos:

"Pueden las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales celebrar toda clase de contratos que requieran para el cumplimiento de sus funciones?".

Se Considera:

- El artículo 272 de la Constitución Política faculta a las asambleas departamentales y concejos distritales y municipales para organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de "autonomía administrativa y presupuestal".

Tal disposición, al permitir tal autonomía, implícitamente está concediendo una Incipiente Iniciativa de carácter contractual a los contralores a que se refiere la norma.

- El artículo 20. de la ley 80 de 1993, para efectos de la contratación administrativa, enumera lo que denomina entidades~ estatales.

En el literal a)

"La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los, municipios; los establecimientos públicos, las empresas Industriales y comerciales del Estado las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles".

Agrega en el literal b)

"El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos."

Lo expresado en las disposiciones transcritas nos llevan a la conclusión que por la ley citada se reafirmó la facultad para contratar de las personas jurídicas estatales, dentro del marco que les fija la ley 80 de 1993; pero a su vez crea una especie de personería jurídica limitada exclusivamente para contratar que la misma ley denomina "capacidad para celebrar contratos", reservada a ciertos y determinados organismos del Estado que carecen de personería jurídica común concedida por ministerio de la ley a los sujetos del derecho del Estado, entre los que específicamente menciona a la Contraloría General de la República, a las contralorías departamentales, distritales y municipales.

Ello no quiere decir que con la facultad que confiere la ley 80 de 1993, se les esté otorgando a estos organismos personería jurídica con capacidad plena semejante a los demás sujetos de derecho estatal; simplemente se les está permitiendo celebrar contratos en los términos y condiciones establecidos por la ley 80.

Pero es más, en el artículo 60. de la ley 80 de 1993 se está reafirmando la capacidad de contratación; y en el 11 se está otorgando la competencia para la celebración de licitación o concursos para escoger contratistas al Jefe de la entidad, especificando luego, en el literal b) del

numeral 3o. del mismo artículo, que tal representación la tienen los contralores departamentales, distritales y municipales a nombre de sus respectivas entidades.

Agrega el artículo 30, en su numeral lo. que el Jefe o representante de la entidad estatal ordenará la apertura por medio de acto administrativo motivado.

Luego la misma ley 80 de 1993 en su artículo 32 enumera los contratos estatales generadores de obligaciones que pueden celebrar las entidades del Estado; y en el artículo 39 se reglamenta la forma, que debe adoptarse en todo contrato estatal.

Por último, en la ley 80 se trata., en el Capítulo V, sobre la "responsabilidad estatal", pero específicamente en el artículo 50 se dispone que "Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista."

- Además, debe anotarse que la concesión de personería jurídica a las entidades del Estado no está reservada a normas de carácter constitucional. Antes, por el contrario, tal personería generalmente está asignada a estatutos de carácter legal o de naturaleza jurídica inferior.

Ello explica el porqué del artículo 80 de la ley 153 de 1887 norma, según la cual la Nación, los departamentos, los municipios, los establecimientos públicos de beneficencia y los de instrucción pública, y las corporaciones creadas y reconocidas por la ley son personas jurídicas".

.No se apreciaría entonces con claridad el porqué el Estado puede conceder personería jurídica a muchos de sus organismos a través de una ley y porque no puede dotar a otros de un atributo de esa personería cual es el de la capacidad jurídica para contratar.

Solo una limitación constitucional que prohibiera tal beneficio, no facultaría para la concesión de capacidad jurídica a ciertos organismos del Estado, lo que no ocurre en el caso en que se consulta.

Todo lo anterior no quiere decir que el nuevo estatuto de contratación y con relación al tema propuesto sea una panacea; sin embargo, ante su viabilidad debe estarse a él en aquello que no contraría la Constitución.

En consecuencia considero que *esta pregunta de la consulta ha debido responderse así:

Las contralorías departamentales, distritales y municipales pueden celebrar todos los contratos contemplados en la ley 80 de 1993, para el cabal cumplimiento de sus funciones; deberán ser celebrados por sus respectivos jefes o directores en los términos de la ley citada.

Respetuosamente,

CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA - Facultades / CONTRALOR DEPARTAMENTAL - Facultades / CONTRALOR DISTRITAL, - Facultades / CONTRALOR MUNICIPAL - Facultades / CONTRATO ADMINISTRATIVO - Celebración (Aclaración de Voto)

El Contralor General de la República, los contralores departamentales, distritales y municipales, disponen, con sujeción a la ley, de capacidad para celebrar toda clase de contratos que requieran para el cumplimiento de sus funciones, sin necesidad de acudir, como en la legislación anterior, al presidente, gobernadores y alcaldes, respectivamente.

ACLARACION DE VOTO DEL DR. JAVIER HENAO HIDRON

Referencia: Radicación Numero 550,

De la consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno acerca del alcance del control fiscal que debe ejercer el Auditor ante la Contraloría General de la República y sobre la facultad de contratación de las Contralorías, con el debido respeto me aparto de la respuesta dada a la pregunta que textualmente dice :

¿Pueden las contralorías departamentales, distritales y municipales celebrar toda clase de contratos que requieran para, el cumplimiento de sus funciones?.

La ponencia considera que las contralorías departamentales, distritales y municipales no pueden celebrar directamente toda clase de contratos para el cumplimiento de sus funciones, por cuanto la competencia para la celebración de los mismos corresponde al gobernador o alcalde,
Concepto Sala de Consulta C.E. 550 de 1993 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

debidamente autorizados por la respectiva Corporación Pública. Y que sólo excepcionalmente, por disposición del art. 272 de la Constitución, dichos contralores pueden contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.

Sin embargo, sobre las leyes 42 y 80 de 1993, que expedidas con posterioridad a la Constitución de 1991 tratan importantes temas relacionados con la facultad de contratación de los contralores, la ponencia se limita a decir que las mencionadas leyes "no reconocen personería jurídica a los Contralores (sic) departamentales, distritales y municipales".

. Ciertamente, es preocupante que la Sala se hubiera abstenido,. no obstante nuestra insistencia, en hacer un análisis detenido de la ley 30 de 1993 que dictada con fundamento en el art. 150 inciso final, de la Constitución Política, contiene el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en el aspecto relacionado con la capacidad de contratación que es donde resulta decididamente innovadora.

La tesis de la ponencia es admisible si quien la sostiene se sitúa cronológicamente con anterioridad a la expedición de las leyes ya citadas, las cuales interpretan el espíritu de la nueva Constitución en relación con la descentralización y el ejercicio de la función administrativa.

Ante todo es menester distinguir entre la personería jurídica y la capacidad de contratación, aunque generalmente esta última se presenta como un atributo de aquélla.

No es la Constitución Política sino la ley, la que tradicionalmente ha reconocido personería jurídica a entidades públicas y regulado, en general, el régimen de las sociedades. Y tampoco ha sido la Constitución sino la ley, la encargada de determinar la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.

La Nación, los departamentos, los municipios y otras entidades públicas son personas jurídicas, porque así lo dispuso el art. 80 de la ley 153 de 1887 y, en relación con las entidades descentralizadas, leyes posteriores. Y han sido los estatutos de contratación expedidos por el legislador en 1976, 1983 y 1993 los que han regulado la capacidad contractual.

Sólo excepcionalmente, la Constitución del 91 alude a la capacidad de contratación por parte del Presidente de la República (Art. 189 -23), de los gobernadores y alcaldes (Arts. 300 -9, 313 -3), de los contralores -para el efecto de contratar, en casos especiales, la vigilancia fiscal con empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos -, y del Registrador Nacional del Estado Civil (Arts. 266, 267, 272). Pero de manera general, la Constitución ha autorizado a la ley para expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y para regularla capacidad de las dependencias y entidades del Estado para contratar (Arts. 150 inciso final y 352).

Es así como la ley 80 de 1993, de reciente expedición, define para los solos efectos del Estatuto Contractual que ella contiene, cuáles son las entidades estatales y qué funcionarios públicos tienen capacidad para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva (Arts.2o. y 1 I).

. Como consecuencia de la nueva orientación imprimida por el legislador al sistema de contratación pública, no solamente las personas de derecho público sino también los organismos y dependencias del Estado a los que la ley otorgue la correspondiente capacidad, están habilitados para celebrar contratos.

De esa manera, la capacidad de contratación surge como una característica especial de ciertos organismos o dependencias del Estado que, por regla general, carecen de personería jurídica, pero que por disposición de la ley adquieren competencia para celebrar contratos por intermedio de sus jefes o representantes. Así ocurre, por ejemplo, con los ministros y directores de departamentos administrativos, superintendentes y otros funcionarios públicos, incluidos los contralores.

Para tales funcionarios la capacidad de contratación comprende el ámbito de los contratos estatales, como una manera de cumplir las tareas asignadas a la dependencia que, ha sido puesta bajo su responsabilidad y no puede, por ende, ser restringida por el intérprete cuando ha sido otra la intención de la ley.

Es menester concluir que el Contralor General de la República, los contralores departamentales, distritales y municipales, disponen, con sujeción a la ley, de capacidad para celebrar toda clase de contratos que requieran para el cumplimiento de sus funciones, sin necesidad de acudir, como en la legislación anterior, al presidente, gobernadores y alcaldes, respectivamente.

Javier Henao Hidrón