



730

1189

386

CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA

Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

ACCIÓN DE NULIDAD. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Bogotá, D.C., once (11) de noviembre de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 110010326000200800018 00 (35177)

Actor: CAMILO ANDRÉS PATIÑO DUARTE

Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN Y MINISTERIO DEL INTERIOR

Referencia: **ACCIÓN DE NULIDAD**

Se decide la acción de nulidad interpuesta por el actor contra el parágrafo 2 del artículo 54 y contra la expresión "*y jurídica*" contenida en el artículo 81 del Decreto 066 de enero 16 de 2008, "*por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva y se dictan otras disposiciones*", expedido por el Gobierno Nacional.

**I. EL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO**

Sin perjuicio de la naturaleza de acto administrativo que detenten las disposiciones demandadas, la cual será analizada más adelante, se discute la legalidad del parágrafo 2 del artículo 54 y de la expresión "*o jurídica*" contenida en el artículo 81 del Decreto 066 de enero 16 de 2008. Se transcriben a continuación los preceptos aludidos y se subrayan los apartes cuya legalidad es cuestionada por el actor:



**"DECRETO 066 DE 2008**  
(Enero 16)

*"por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva y se dictan otras disposiciones.*

"El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y los artículos 2° y 5° de la Ley 1150 de 2007,

**DECRETA:**

"(...) **Artículo 54. Aplicabilidad del concurso de méritos.** Para la selección de consultores o proyectos a que se refiere el numeral 3 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 las entidades estatales utilizarán sistemas de precalificación, salvo que se trate de selección de proyectos de arquitectura, en cuyo caso utilizarán sistemas de concurso abierto por medio de jurados.

"Son objeto de selección mediante concurso de méritos con precalificación, los servicios de consultoría a que se refiere el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

"En ningún caso el precio de la propuesta constituirá factor de escogencia en la selección.

"Si el objeto contractual a adquirir es de tipo complejo, de manera que involucre además de servicios de consultoría, otras prestaciones, como por ejemplo en el caso de ejecución de proyectos que incluyen diseño y construcción de la obra, la selección deberá adelantarse mediante licitación pública o selección abreviada, según corresponda, de conformidad con lo señalado en la ley.

Parágrafo 1°. Por labores de asesoría, y de asesoría técnica de coordinación, control y supervisión a que se refiere el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 entendiéndose las llevadas a cabo con ocasión de la construcción, el mantenimiento y la administración de construcciones de edificios y viviendas de toda índole, de puentes, presas, muelles, canales, puertos, carreteras, vías urbanas y rurales, aeropuertos, ferrocarriles, teleféricos, acueductos, alcantarillados, riesgos, drenajes y pavimentos; oleoductos, gasoductos, poliductos, líneas de conducción y transporte de hidrocarburos; líneas de transmisión eléctrica, y en general todas aquellas actividades relacionadas la ingeniería a que se refiere el artículo 2° de la Ley 842 de 2003.

"Parágrafo 2°. Cuando el objeto de los contratos a que se refiere el literal c) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 sea de consultoría, los mismos deberán someterse a las reglas previstas en el presente capítulo. La disposición contenida en el presente parágrafo, no se aplicará a los contratos interadministrativos celebrados por el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade.



"(...) Artículo 81. *Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales.* Para la prestación de servicios profesionales la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.

"De igual forma se procederá para la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad, los que sólo se realizarán cuando se trate de fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar.

"Los servicios profesionales corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad.

"Los servicios de apoyo a la gestión serán aquellos en los que la persona contratada realiza labores predominantemente materiales y no calificadas, para la atención de necesidades de la entidad, sin que sea posible entender comprendida dentro de los mismos, la contratación de actividades que supongan la intermediación de la relación laboral, ni la contratación de empresas de servicios temporales.

## II. LAS NORMAS INVOCADAS COMO VIOLADAS POR EL DEMANDANTE Y SU CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como normas violadas, indicó:

Constitución Política: Artículo 189 numeral 11.

Ley 1150 de 2007: Literales c y h del numeral 4 del artículo 2.

Los argumentos expuestos en la demanda que constituyen sustento de la violación alegada se pueden sintetizar así:<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Folios 1 a 6.



1. Las normas acusadas son contrarias al artículo 189.11 de la Constitución Política al desbordarse la potestad reglamentaria confiada al ejecutivo.
2. El parágrafo 2 del artículo 54 del Decreto 066 de 2008 es violatorio del literal c del numeral cuatro del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, toda vez que la entidad pública que pretenda ser la ejecutora del contrato de consultoría debe someterse a las reglas del concurso de méritos y competir por su adjudicación con los demás oferentes; se desborda de esta forma la potestad reglamentaria al establecerse una prohibición no contemplada por el legislador.

Para el actor, la ley al referirse a los contratos interadministrativos señaló la posibilidad de su realización mediante contratación directa y sólo exceptuó los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando se pretendan realizar con entidades de educación superior, caso en el cual, estas entidades deben participar en los correspondientes procesos de licitación pública o selección abreviada. La norma demandada, por tanto, agregó una excepción más: el contrato de consultoría, de tal manera que no desarrolló la ley sino que la completó.

Adicionalmente, la ley establece una excepción a la contratación directa que sólo es predicable de las instituciones de educación superior, por ello la posibilidad de utilización de éste mecanismo de selección para contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública es procedente para otra clase de entidades. Al determinarse que el contrato de consultoría debe someterse al procedimiento de concurso público, se extralimita la norma superior dado que no se tiene en cuenta la naturaleza de quien contrata.



3. La expresión "*o jurídica*" del inciso 1º del artículo 81 del Decreto 066 de 2008 vulnera el literal h del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, toda vez que con esta expresión la norma cuestionada permite que todos los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión definidos en el artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993, puedan realizarse por contratación directa independientemente de que el ejecutor sea persona jurídica o natural. Esta situación es contraria al ordenamiento jurídico y desborda la potestad reglamentaria porque el legislador permite este modo de selección de contratistas en aquellos negocios jurídicos cuando se celebren con personas naturales. Por tanto, si el objeto contractual lo debe desarrollar una persona jurídica, ésta debe someterse a las reglas de la licitación o de la selección abreviada según el caso.

### III. EL TRÁMITE DEL PROCESO

La demanda fue presentada a esta Corporación el 7 de marzo de 2008<sup>2</sup>; en el escrito correspondiente se solicitó también la suspensión provisional de las disposiciones demandadas, por considerar que existía una contradicción directa de las mismas con las disposiciones constitucionales y legales alegadas como violadas.

En auto de 7 de Mayo de 2008, la demanda fue admitida y se negó la solicitud de suspensión provisional del párrafo 2 del artículo 54 del Decreto 066 de 2008 y en contra de la expresión "*o jurídica*", contenida en el artículo 81 del mismo cuerpo normativo, por considerar que no se dio el requisito indispensable para el decreto de la medida cautelar: de la simple confrontación de la disposición demandada con los preceptos de rango superior que se invocan como vulnerados no puede evidenciarse la ilegalidad.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Folios 1 a 6.

<sup>3</sup> Folios 9 a 14.



La demanda fue contestada por el apoderado de la Nación, Departamento Administrativo de Planeación, en los términos que se resumen a continuación<sup>4</sup>:

En primer lugar, señaló que el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 no hace una distinción entre persona natural y jurídica para la celebración de los contratos de prestación de servicios, la referencia dentro de esta disposición sólo denota que es posible la contratación con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

Indicó que el Decreto 066 guarda consonancia con el literal h del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, al determinar el procedimiento para la aplicación de la modalidad de selección por contratación directa en los casos de prestar servicios profesionales y de apoyo a la gestión como dos modalidades diferentes de contratos a celebrarse por las entidades estatales. De tal modo que, para el demandado, el actor hace una errónea lectura de la norma acusada y de la causal de contratación directa señalada en la ley en "*tanto extiende la condición de persona natural a quien sólo puede encomendar la ejecución de determinados trabajos artísticos, respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales*". El supuesto delimitado por el legislador es la suma de dos eventos diferentes, de ello queda constancia en los distintos debates legislativos.

También presentó escrito de contestación el apoderado del Ministerio del Interior, aduciendo los siguientes razonamientos:<sup>5</sup>

De acuerdo con la ley el concurso de méritos es la modalidad de selección prevista para el contrato de consultoría, mientras que la contratación directa procede, entre

<sup>4</sup> Folios 17 a 23.

<sup>5</sup> Folios 30 a 35.

Expediente No. 35177. Radicación: 110010326000200800018 00  
Actor: Camilo Andrés Patiño Duarte



otros casos, para la celebración de contratos interadministrativos, siempre y cuando las obligaciones que de éstos se deriven tenga una relación directa con el objeto de la entidad ejecutora.

Por tanto, para el demandado, el actor hace equiparaciones equivocadas al referirse a conceptos disímiles: en el caso del procedimiento de concurso público el criterio relevante es el objeto contractual; en el caso de la contratación directa, el criterio relevante es la naturaleza de las partes que participan en el negocio jurídico. Luego, al referirse la norma acusada a los contratos interadministrativos de consultoría no contraría la ley 1150 de 2007.

En efecto, la defensa, señala que, de acuerdo con la ley, aunque generalmente el mecanismo de selección de los contratos interadministrativos sea la contratación directa, se admiten algunas circunstancias en que dicha regla no es aplicable. Esta afirmación encuentra asidero en el literal c del numeral 4 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007, pues de acuerdo con dicho precepto las excepciones al mecanismo de contratación directa no se circunscriben sólo a los negocios jurídicos señalados (obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública) sino también al supuesto en el que los contratos no tengan una relación directa con el objeto de la entidad ejecutora.

De otra parte, respecto de la supuesta vulneración del literal h del numeral 4 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007 afirmó que en este caso también se presentó una incorrecta lectura de lo dispuesto por el legislador. Para el demandado es errado sostener que los contratos a los cuales se refiere la disposición referenciada sólo pueden ser ejecutados por personas naturales, puesto que es necesario diferenciar entre la prestación de servicios profesionales, la prestación de servicios de apoyo a la gestión y la ejecución de trabajos artísticos. Son estos últimos los que justifican la restricción de su celebración sólo con personas naturales; en los eventos



restantes, no existe limitación alguna para que se pueda contratar directamente con personas jurídicas.

La Procuraduría Quinta Delegada ante esta Corporación rindió concepto y expuso los argumentos que se resumen a continuación<sup>6</sup>:

En primer término, sostuvo que el decreto 066 de 2008 no es violatorio del artículo 189.11 de la constitución política, toda vez que el Gobierno nacional no hizo otra cosa distinta a reglamentar la Ley 1150 de 2007, desarrollando alguno de sus artículos para permitir su adecuada ejecución. De igual modo, afirmó, que resulta ajustado a la legalidad que los contratos de consultoría se sometan al mecanismo de selección de concurso público, toda vez que esta es la finalidad perseguida por la ley y de ello dan cuenta los antecedentes legislativos de la Ley 1150 de 2007.

Por último, indicó que resulta ajustado a la legalidad la utilización del mecanismo de selección de contratación directa en el caso de la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales con personas jurídicas, porque esa posibilidad se desprende directamente del tenor del artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993. Adicionalmente, la simple lectura del literal h del numeral 4 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007, hizo una precisión referente a la "*contratación específica de personas naturales*" sólo respecto de la ejecución de trabajos artísticos.

De manera adicional, a la intervención del Ministerio Público, de su derecho a alegar de conclusión hicieron ejercicio los apoderados del Departamento Administrativo de Planeación y del Ministerio del interior, reiterando los argumentos expuestos en los escritos de contestación<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Folios 49 a 57.

<sup>7</sup> Folios 42 a 48.



#### IV. CONSIDERACIONES

Para adoptar una decisión de fondo, se revisará, en primer lugar, la naturaleza del instrumento normativo en que se inserta la disposición demandada, para efectos de constatar la procedencia de la acción de nulidad (punto 1); luego, se hará alusión a la competencia de esta Sección (punto 2); para finalmente, resolver los cargos presentados por el actor (punto 3).

##### 1. La naturaleza del Decreto No. 066 de 16 de enero de 2008.

La revisión de la naturaleza del Decreto demandado es un aspecto fundamental, toda vez que la normatividad vigente concibe a la acción de nulidad solamente frente a actos administrativos<sup>8</sup>, es decir, manifestaciones de la voluntad, realizadas en ejercicio de la autoridad propia de las entidades administrativas, de otras entidades públicas o de los particulares en ejercicio de la función administrativa, capaces de producir efectos frente a un sujeto de derecho o a un grupo determinado o indeterminado de ellos, de manera indiferente a la anuencia de estos.

De las consideraciones y de la suscripción del Decreto cuyas disposiciones se demandan, se deriva de manera inequívoca que se trata de una reglamentación de

<sup>8</sup> En efecto, prescribe el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo: "Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos..." Más adelante señala la misma disposición que ésta acción puede también interponerse contra "circulares de servicio" y contra "actos de certificación y registro"; la jurisprudencia de esta Corporación, ha señalado, sin embargo, que en estos casos, estas manifestaciones deben producir también efectos jurídicos frente a terceros, es decir deben detentar los elementos propios de los actos administrativos. Sobre este punto pueden consultarse las siguientes providencias de esta Corporación: Sección cuarta, Sentencia de enero 22 de 1988, Consejero Ponente: Hernán Guillermo Aldana Duque; Sección Primera, Sentencia de 14 de Octubre de 1.999 expediente No. 5064, Consejero Ponente: Manuel Urueta Ayola; Sección Primera, Sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente No. 3531 Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero.



la ley, en virtud de lo establecido en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, es decir, de un Decreto reglamentario.

En lo que respecta a este tipo de decretos, vale la pena señalar que constituyen una típica expresión de la función administrativa, y desde una perspectiva formal, hacen parte de la categoría de actos administrativos de carácter general.

En efecto, la capacidad de trazar efectivas reglas de conducta en desarrollo de lo prescrito por el legislador, con alcances generales y de obligatorio cumplimiento por parte de la comunidad destinataria de estos decretos, denota la verificación de los elementos propios del acto administrativo como son: (1) manifestación unilateral de la voluntad de la administración o de la entidad pública o el particular en ejercicio de la función administrativa, (2) capaz de producir efectos jurídicos frente a otros sujetos de derecho (3) sin necesidad de contar con su anuencia para ello.

## **2. La competencia de esta Sección para conocer del caso objeto de estudio**

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, es competente para conocer de las acciones de simple nulidad que interpongan los ciudadanos contra actos administrativos proferidos por autoridades del orden nacional en materia contractual, de conformidad con lo establecido en el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 del Consejo de Estado. En el caso objeto de análisis no existe duda de la connotación nacional del Decreto demandado, ni de su contenido contractual.



### 3. Análisis de los cargos presentados por el actor

Para tomar una decisión respecto de los cargos formulados, la Sala se ocupará de los siguientes puntos: La posibilidad de pronunciamiento del juez contencioso administrativo cuando la norma demandada se encuentra derogada (3.1); El alcance de la potestad reglamentaria en el caso objeto de estudio (3.2).

#### 3.1. La posibilidad de pronunciamiento del juez contencioso administrativo cuando la norma demandada se encuentra derogada.

Aunque el Decreto 066 de 2008 fue derogado por el artículo 92 del Decreto 2474 de julio de 2008<sup>9</sup>, la Sala se pronunciará de fondo teniendo en cuenta que las disposiciones demandadas durante el período de su vigencia pudieron llegar a producir efectos, circunstancia que no permite al juez contencioso administrativo emitir un fallo inhibitorio o cuya argumentación se base en una sustracción de materia. Tal como ha puesto de presente la Corporación, aun cuando la vigencia del acto administrativo haya sido afectada, esto no conlleva a una afectación de su presunción de validez, la cual sólo es posible desvirtuar a través de pronunciamiento judicial.<sup>10</sup>

En palabras de la Corporación:

*"la derogatoria de una norma no restablece per se el orden jurídico supuestamente vulnerado, sino apenas acaba con la vigencia de la norma en cuestión. Porque resulta que un acto administrativo, aún si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege, y que solo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de donde se desprende*

<sup>9</sup> Artículo 92: "Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga en su integridad el Decreto 066 de 2008 salvo su artículo 83; así como las demás normas que le sean contrarias."

<sup>10</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de enero 14 de 1996. Ver también. Sección Primera. Sentencia de octubre 23 de 2008. C. P. María Claudia Rojas Lasso. Exp. 0063 - 01; Sección Primera. Sentencia de febrero 14 de 2002. C. P. Olga Inés Navarrete Barrero. Exp. 7010.



*que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, o lo declara ajustado a derecho...*<sup>11</sup>

De acuerdo con lo anterior, se procederá al examen de fondo de los preceptos acusados, bajo el entendimiento de que, pese a que sus efectos terminaron con la expedición del Decreto 2474 de 2008, éstos pudieron haberse causado durante el tiempo en que estuvieron vigentes.

### 3.3. El alcance de la potestad reglamentaria.

La potestad reglamentaria encuentra su sustento directo en el artículo 189.11 de la Constitución, y puede definirse como la posibilidad que se reconoce en cabeza del Gobierno Nacional para la expedición de disposiciones que gozan de un valor normativo y que se caracterizan por las notas de generalidad, obligatoriedad e impersonalidad. Las normas que se producen en ejercicio de la potestad se denominan reglamentos y su objeto no es otro distinto que servir de instrumento y complemento de la norma superior que justifican su existencia.<sup>12</sup> Puede sostenerse entonces que se trata de normas de ejecución puesto que la razón de su presencia en el ordenamiento jurídico se halla en la necesidad de hacer más precisas y detalladas las disposiciones que tienen fuerza material de ley.

Así, la norma de carácter reglamentario tiene una relación de subordinación con la ley, su obligatoriedad está en un ámbito inferior al regirse por el principio de jerarquía normativa. El carácter secundario del reglamento respecto de la ley constituye su principal presupuesto de validez, por ello, la primacía de la norma legal no sólo es formal sino también material, de contenido; ésta se torna

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de enero 14 de 1991. C. P. Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

<sup>12</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de diciembre 3 de 2007. C. P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 31447.



invulnerable frente a las disposiciones que emanan del ejecutivo<sup>13</sup>, al poder optar por agotar la materia objeto de regulación no dejando ningún posible espacio a la administración o poder también hacer un desarrollo más general para su correcta aplicación.

Tal como ha señalado esta Corporación:

*"De manera pues, que el ejercicio de esa potestad por el Gobierno, se amplía o restringe en la medida en que el Congreso haya utilizado sus poderes jurídicos. El grado de la reglamentación lo señala tácitamente y en cada caso el cuerpo legislativo. Tanta será la materia reglamentable por el Ejecutivo, cuanto determine la necesidad de realizar el estatuto expedido por las cámaras. Se puede inferir, que la fuerza jurídica del Decreto reglamentario participa de la misma fuerza jurídica de la Ley, es decir, que la fuerza jurídica del Decreto Reglamentario equivale al poder del legislador, de tal suerte, que la extensión de la potestad reglamentaria es inversamente proporcional a la extensión de la ley..."<sup>14</sup> (subraya la sala)*

De lo dicho pueden inferirse los dos límites que enmarcan la potestad reglamentaria: de un lado se encuentra un criterio de competencia; del otro, un criterio de necesidad. El primero hace referencia al alcance de la atribución que se entrega al ejecutivo, de tal manera que le está prohibido, so pretexto de reglamentar la ley, adicionar nuevas disposiciones, por lo que debe entonces, para

<sup>13</sup> SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo. Volumen I. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Pág. 325.

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de agosto 21 de 2008. C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Exp.01(0295-04) La doctrina también ha reiterado la subordinación del reglamento a la ley: "Como todos los productos administrativos, el Reglamento es una norma necesitada de justificación, caso por caso, condicionada, con posibilidades limitadas y tasadas, libremente justiciable por el juez (y aún, como hemos de ver, enjuiciable también por los destinatarios). Su sumisión a la Ley es absoluta en varios sentidos: no se produce más que en los ámbitos que la ley le deja, no puede intentar dejar sin efectos los preceptos legales o contradecirlos, no puede suplir a la Ley allí donde ésta sea necesaria para producir un determinado efecto o regular un cierto contenido". GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. Madrid, Civitas. 2001. Pág. 178.



asegurar la legalidad de su actuación, limitarse al ámbito material desarrollado por el legislativo.<sup>15</sup>

La necesidad de reglamento se desprende de la ley que le sirve de soporte, pues solo tendrá lugar el ejercicio de la potestad cuando la norma emanada del poder legislativo sea genérica, imprecisa, oscura y ello obligue a su mayor desarrollo y precisión. Si la ley es en demasía clara o, como ya se tuvo ocasión de mencionar, agota el objeto o materia regulado, la intervención del ejecutivo no encuentra razón de ser puesto que las posibilidades se reducen a la repetición de lo dispuesto en la norma reglamentaria (lo cual resulta inoficioso), la exigencia de requisitos adicionales o la supresión de condicionamientos exigidos en la ley (lo cual supone una extralimitación en la competencia); en este último supuesto, se presentaría una ampliación o restricción de las disposiciones que emanan del legislador a través de una competencia de carácter instrumental, lo cual en un Estado sustentado en un principio de jerarquía normativa es impensable.<sup>16</sup>

En la jurisprudencia de esta Corporación al desarrollar el tema se ha dicho:

*"Los límites del poder reglamentario de la Ley, los señala la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado; si los ordenamientos expedidos por el Congreso, suministran todos los elementos necesarios para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar y por consiguiente, no habrá oportunidad para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Pero, si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer la regulación de esos detalles".<sup>17</sup>*

<sup>15</sup> A propósito de la imposibilidad de exigir requisitos adicionales a los establecidos por el legislador se puede consultar: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de Noviembre 22 de 2007. M. P. Jaime Moreno García. Exp.0476-04.

<sup>16</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de Septiembre 5 de 1997. C. P. Germán Ayala Mantilla. Exp. 8308. Ver también: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de mayo 5 de 2003. M. P. Ligia López Díaz. Exp. 13212.

<sup>17</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de agosto 21 de 2008. *Ob. Cit.*



En el presente caso, el límite basado en el criterio de la competencia no ha sido sobrepasado, toda vez que el decreto que contiene las disposiciones acusadas fue expedido en virtud del artículo 189.11 de la Constitución; además, su objeto fue precisamente el desarrollo e implementación de los preceptos contenidos en la ley 1150 de 2007. No obstante, la constatación de la existencia del criterio basado en la competencia no es suficiente y por ello la sala debe dilucidar si el criterio de necesidad fue respetado en el presente caso, pues sólo de esta forma será posible corroborar si el reglamento, como norma secundaria, realmente tiene un carácter instrumental y no incurre en los vicios de contradicción o extralimitación de la norma que le sirve de fundamento.

1. El demandante sostiene que el parágrafo 2 del artículo 54 del Decreto 066 de 2008 es violatorio del literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, toda vez que la entidad pública que pretenda ser la ejecutora del contrato de consultoría debe someterse a las reglas del concurso de méritos y competir por su adjudicación con los demás oferentes. La disposición señalada como vulnerada preceptúa:

*"(...) 4. **Contratación directa.** La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:*

*"(...) c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la Ley o en los reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del presente artículo." (Subraya la sala)*

La sala comparte las razones de la defensa expuestas por los apoderados de las entidades demandadas por dos motivos: a) la ley 1150 de 2007 establece como regla general que el concurso de méritos es la modalidad de selección prevista



cuando el objeto contractual es el de consultoría,<sup>18</sup> y; b) dentro de las causales de contratación directa señaladas por el legislador se encuentran los contratos de carácter interadministrativo. Esta regla admite una excepción: extensible a los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior sean las ejecutoras.

Sobre este evento, la Sala pone de presente que con la modificación introducida en la ley 80 de 1993, operó una verdadera diferenciación entre el concurso de méritos y otras modalidades de selección de los contratistas, sobre todo de la licitación. El desarrollo separado del concurso, entonces, busca destacar que sea "...la selección más idónea a partir de condiciones técnico – subjetivas."<sup>19</sup>

En consecuencia, en el concurso de méritos, como forma de selección de contratistas, lo determinante es la constatación de requisitos de orden técnico y de factores de valoración encaminados a la búsqueda de la mayor capacidad profesional entre quienes presentan sus propuestas a la Administración, por ello las calidades personales asumen una mayor importancia que los requerimientos financieros o económicos y en consecuencia su utilización se restringe a trabajos de carácter intelectual. *"En otros términos, es un medio de selección de la persona más idónea para ejecutar una prestación pública, de allí que se tenga en cuenta preferentemente las condiciones personales del candidato, v. gr., para proveer un cargo de profesor universitario, para realizar*

<sup>18</sup> Artículo 2.3 de la ley 1150 de 2007: *"Concurso de méritos. Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistema de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y organización de los proponentes, según sea el caso. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, en desarrollo de estos procesos de selección, las propuestas técnicas o de proyectos podrán ser presentadas en forma anónima ante un jurado plural, impar deliberante y calificado"*.

<sup>19</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Octubre 3 de 2007. C. P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 10757.



*una maqueta de un monumento, proyecto o esbozo o bosquejo de obra, etc., y su aplicación primordial sea a los contratos intuito personae en que las cualidades técnico-subjetivas sirven de mérito para la selección".<sup>20</sup>*

Es precisamente la búsqueda de cualidades técnico subjetivas lo que justifica que el concurso de méritos sea la forma adecuada, de acuerdo con la legislación vigente, para la celebración de contratos de consultoría, al referirse éstos a *"los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, pre-factibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión"*. De igual modo, estos negocios jurídicos pueden también tener por objeto *"la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos"*<sup>21</sup> Esta circunstancia es concordante con el tenor literal del numeral 3 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007 al señalar:

***"Concurso de méritos. Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en las que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación (...)"*** (Subraya la sala)<sup>22</sup>

La Sala observa entonces, que la disposición demandada responde a la regla general: la modalidad de selección de los consultores de la Administración debe ser el concurso de méritos. Esta premisa, conduce a un segundo cuestionamiento ¿si el contrato de consultoría se celebra entre entidades públicas opera una excepción a la regla expuesta?, o lo que es igual

<sup>20</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Junio 15 de 2000. C. P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10963.

<sup>21</sup> Artículo 32.2. de la Ley 80 de 1993.

<sup>22</sup> Regla que se reitera en el artículo 54 del Decreto 2474 de 2008: ***"Procedencia del concurso de méritos. A través de la modalidad de selección de concurso de méritos se contratarán los servicios de consultoría a que se refiere el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y los proyectos de arquitectura"***. (subraya la sala)



¿tratándose de un contrato interadministrativo de consultoría es permitido acudir a la contratación directa?

Para responder el anterior interrogante primero se debe señalar que: la modalidad de selección de contratación directa en nuestro ordenamiento jurídico busca el establecimiento de un mecanismo que sea más expedito, sin que ello suponga un desconocimiento de los principios que deben regir la actividad de la Administración. De igual forma, se está ante una excepción a la regla general, al permitirse la celebración de negocios jurídicos sin la implementación y utilización del procedimiento de licitación o concurso público y selección abreviada. Este último aspecto, no es dejado a la libre determinación del ente contratante, toda vez que cuando pretenda contratar directamente su actividad debe encuadrarse en una de las causales taxativas que el legislador ha señalado.

Tal como ha indicado la doctrina, se trata de un listado cerrado que no admite interpretaciones extensivas y no da cabida a la analogía. *"De modo que si el hecho que da lugar a la contratación no puede enmarcarse con exactitud dentro de una de las causales de contratación directa, corresponderá al funcionario responsable de justificar la escogencia de la modalidad de selección, verificar si procede una selección abreviada, un concurso o una licitación pública. Se hace necesario anotar que las causales de contratación son autónomas y basta con que una de ellas se configure para que el funcionario de la selección pueda acudir a la contratación directa."*<sup>23</sup>

Una de las causales de contratación directa es precisamente la celebración de contratos interadministrativos; la norma es clara al excepcionar de esta

<sup>23</sup> ESTRADA SÁNCHEZ, Juan Pablo. "Contratación directa, convenios interadministrativos y contratos de cooperación internacional". En: Contratación Estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2009. Pág. 298.



posibilidad los contratos de suministro, obra pública, fiducia y encargo fiduciario cuando sus ejecutores sean instituciones públicas de educación superior.<sup>24</sup> Adicionalmente, y a modo de regla general, la posibilidad de no acudir a los procedimientos de licitación, concurso o selección abreviada se restringe a que las obligaciones de los negocios jurídicos celebrados entre entidades administrativas *tengan relación directa* con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. De tal manera que, el factor determinante lo constituye la misión de la entidad y por ende todas aquellas actividades relacionadas con el cúmulo de competencias que el ordenamiento jurídico le asigna para su cabal desarrollo, las cuales se encuentran enmarcadas por el "*principio de especificidad*."

Salvo el caso de los entes territoriales, los cuales se caracterizan precisamente por la *universalidad de los fines*,<sup>25</sup> los denominados entes y organismos públicos rigen su actividad de acuerdo con el principio de especificidad o especialidad, de manera tal que su ámbito de actuación se circunscribe a la

<sup>24</sup> La ley también contiene una prohibición expresa de celebración de contratos de interadministrativos en el caso de las cooperativas y Asociaciones de entidades territoriales; de tal manera que se exceptiona a estas entidades expresamente de la posibilidad de contratación directa sustentada en la causal consagrada en el artículo 2 numeral cuarto literal c. La disposición referenciada preceptúa: "**Artículo 10: Tratamiento para las Cooperativas y Asociaciones de entidades territoriales.** Las cooperativas, las asociaciones conformadas por entidades territoriales y en general los entes solidarios de carácter público estarán sometidos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La celebración de contratos de entidades estatales con asociaciones o cooperativas de entidades territoriales y en general con entes solidarios, se someterán a los procesos de selección de que trata la presente ley, en los que participarán en igualdad de condiciones con los particulares."

<sup>25</sup> Tal como señala la doctrina española los entes territoriales atienden a una universalidad de fines, lo cual implica una atribución de poderes públicos superiores, entre ellos: potestad reglamentaria, potestad expropiatoria, potestad tributaria, capacidad de ser titular de dominio pública, entre otros. Adicionalmente, corresponde a los entes territoriales calificar una necesidad como pública, aspecto que lo conduce a asumir nuevas actividades, a determinar los fines a perseguir, a la creación de organismos administrativos que las lleven a cabo y a su organización y puesta en funcionamiento. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás – Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. Madrid, Thomson Civitas. 2006. Pág. 383. Es necesario aclarar, que la posibilidad de actuación de los entes territoriales se materializa a través de entes instrumentales regidos por el principio de especificidad; De otro lado, la llamada "*universalidad de fines*" se circunscribe a aquellos asuntos que se derivan de las competencias reconocidas por el ordenamiento jurídico y de los intereses comunes de los administrados que se encuentran dentro de su territorio.



gestión de los servicios concretos o a *la satisfacción de intereses confiados por el ordenamiento jurídico, los cuales son una parte del círculo de las atribuciones del Estado.*<sup>26</sup> Esta circunstancia se desprende del principio de legalidad el cual se materializa mediante la asignación de competencias, de forma tal que, a toda organización (conformada por recursos materiales, presupuestales, humanos y reales) se le asigna un sector o ámbito de actividad principal que se identifica con su objeto. Este aspecto, no desconoce que para el logro directo del fin asignado es indispensable el desarrollo de actividades conexas, indispensables para el cumplimiento de la actividad principal, pero perfectamente diferenciables de la misma.<sup>27</sup>

De lo anterior se desprende un reconocimiento de la posibilidad de utilizar el contrato para llevar a cabo las actividades conexas, sin que ello signifique desconocer la relación mediata entre éstas y el objeto principal confiado a la entidad u organismo administrativo. No obstante lo anterior, el legislador colombiano ha hecho una distinción en cuanto a los modalidades de selección de los contratistas, en el entendimiento que la posibilidad de contratación directa, tratándose de contratos interadministrativos, se circunscribe a que el negocio jurídico *tenga una relación inmediata con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.* De este modo, la posibilidad de que dos entidades públicas pacten directamente un contrato de consultoría, se halla limitada a que éste se relacione directamente con el objeto de aquella que se encargará de su ejecución; si está circunstancia no se presenta, se debe acudir al concurso de méritos como la modalidad de selección prevista dentro del ordenamiento jurídico colombiano para este tipo comercial.

<sup>26</sup> Cfr. GARCÍA OVIEDO, Carlos. Derecho Administrativo. Volumen I. Introducción –Doctrina general – Organización Administrativa. Madrid, Librería General del Victoriano Suárez. 1943.

<sup>27</sup> Cfr. CHAPUS, Rene. Droit administratif général. Tome1. Paris, Montchrestien. 2001. Pág. 67.

Expediente No. 35177. Radicación: 110010326000200800018 00  
Actor: Camilo Andrés Patiño Duarte



Con fundamento en los anteriores razonamientos la Sala declarará la nulidad de la disposición demandada, toda vez que aunque no contraríe el ordenamiento jurídico el que dos entidades públicas utilicen el concurso de méritos para la celebración de contratos de consultoría cuando estos no tengan *una relación directa con el objeto de la entidad encargada de su ejecución*, la disposición contenida en el parágrafo 2 del artículo 54 del decreto 066 del 2008 limita la posibilidad de acudir a la contratación directa en aquellos supuestos en los que el contrato de consultoría se utilice para el adelantamiento de actividades relacionadas de forma inmediata con la misión principal confiada al organismo público encargado de su ejecución.

Por ende, el precepto cuestionado incurre en una verdadera extralimitación de la potestad reglamentaria, toda vez que al utilizar el imperativo "*deberán*" no hace diferenciación alguna y cierra cualquier posibilidad de utilizar el mecanismo de contratación directa para la celebración de contratos interadministrativos de consultoría; se desconoce así, lo dispuesto en el literal c del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. La disposición legal es abierta y de los supuestos señalados se desprenden dos situaciones perfectamente diferenciables: eventos en los que la Administración "*deberá*" acudir al concurso de méritos o en los que "*no podrá*" contratar directamente, y, otros en los cuales, es posible acudir a la contratación directa.

2. El demandante sostiene la expresión "*o jurídica*" del inciso 1º del artículo 81 del Decreto 066 de 2008 vulnera el literal h del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, toda vez que con esta expresión la norma cuestionada permite que todos los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión definidos en el artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993, puedan realizarse por contratación directa independientemente de que el ejecutor sea persona jurídica o natural. De acuerdo con el actor, se



desborda la potestad reglamentaria porque el legislador sólo permite este modo de selección de contratistas en aquellos negocios jurídicos cuando se celebren con personas naturales. Por tanto, si el objeto contractual lo debe desarrollar una persona jurídica, ésta debe someterse a las reglas de la licitación o de la selección abreviada según el caso. La disposición señalada como vulnerada preceptúa:

***"Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:  
"(...) h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a personas naturales"*** (Subraya la sala)

Para la Sala los cargos formulados contra la disposición demandada no están llamados a prosperar por las siguientes razones: Los contratos de prestación de servicios, de acuerdo con lo previsto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pueden ser celebrados con personas naturales o jurídicas. Es cierto que la ley señala que pueden suscribirse con las primeras cuando se trata de actividades relacionadas con el funcionamiento de la entidad que no pueda realizarse con personal de planta o que requieran conocimientos especializados. Empero, la norma no consagra un imperativo y abre la posibilidad de que estos objetos contractuales también sean desarrollados por personas jurídicas. Circunstancia que se ve reiterada por el literal h del numeral 4 del artículo 2 de la ley 1150 de 2007, en la cual se hace una diferenciación entre contratos de prestación de servicios profesionales, contratos de apoyo a la gestión y contratos para la ejecución de trabajos artísticos, restringiendo la posibilidad de contratación directa con personas naturales sólo en el último supuesto.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Diciembre 3 de 2007. C. P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 24715.



Vistas así las cosas, la Sala considera que la expresión demandada no incurre en ilegalidad, toda vez que la interpretación hecha por el actor no encuentra correspondencia con lo dispuesto por la norma legal que aduce como vulnerada. En efecto, la disposición legal delimita perfectamente tres supuestos en los cuales puede utilizarse la contratación directa, por ende, la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión encuentran identidad propia y son perfectamente separables de la ejecución de trabajos artísticos; por ello, el precepto los une mediante la conjunción disyuntiva "o", dando así especificidad a cada tipo negocial.<sup>29</sup> De este modo, resulta evidente que la finalidad del artículo 2 de la ley 1550 de 2007 en su numeral 4 literal h, es permitir que las tres clases de contratos se celebren directamente en consideración de las calidades personales de quienes estarán obligados a su ejecución; de igual modo, tampoco cabe duda que la excepción a la licitación, concurso o selección abreviada sólo se restringe a las personas naturales tratándose de ejecución de trabajos artísticos, ya que en los dos eventos restantes, al no existir mención expresa alguna, no puede deducirse una prohibición concreta de utilizar la modalidad de selección de contratación directa cuando el contratista sea una persona jurídica.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**Primero. DECLARÁSE** la nulidad del parágrafo 2 del artículo 54 del decreto 066 de 2008, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

<sup>29</sup> Ver en igual sentido: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de abril 28 de 1994. C. P. Humberto Mora Osejo. Rad. 596.



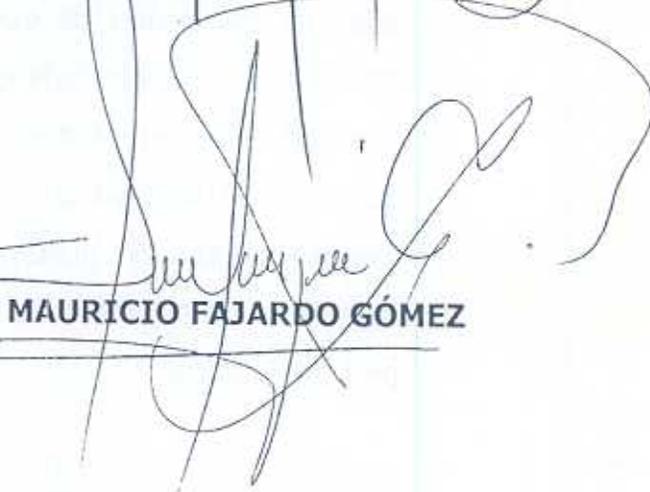
**Segundo. DENIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda, con base en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**MIRIAM GUERRERO DE ESCOBAR**

  
**ENRIQUE GIL BOTERO**  
*Presidente*

  
**RUTH STELLA CORREA PALACIO**

  
**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**



**Segundo. DENIÉGANSE** las demás pretensiones de la demanda, con base en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**MIRIAM GUERRERO DE ESCOBAR**

  
**ENRIQUE GIL BOTERO**  
*Presidente*

  
**RUTH STELLA CORREA PALACIO**

  
**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**