

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C, veintidós (22) de febrero dos mil veintitrés (2023)

Radicación: 11001-03-24-000-2022-00393-00 (69.231)

Actor: Joel David Gaona Lozano y Sebastián Rojas Sánchez

Demandado: Nación - Presidencia de la República

Referencia: Nulidad

De conformidad con lo previsto en los artículos 125<sup>1</sup> y 229 y siguientes<sup>2</sup> de la Ley 1437 de 2011, decide el Despacho la solicitud de medida cautelar formulada por los señores Joel David Gaona Lozano y Sebastián Rojas Sánchez.

Demanda

1. Los demandantes pretenden que se declare la nulidad parcial del inciso 4° del numeral 1.1 de la Directiva Presidencial No. 08 de 2022, mediante la cual se impartieron medidas para fortalecer la racionalización, la probidad y la eficiencia del gasto público, en cuanto estableció una limitación para que personas naturales que hubieren celebrado previamente contratos de prestación de servicios con el Estado, suscriban contratos de apoyo a la gestión con entidades pertenecientes al orden nacional de la Rama Ejecutiva del poder público, cuando la justificación para la contratación sea la insuficiencia de personal de planta<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Artículo 125. “<Artículo modificado por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> La expedición de las providencias judiciales se sujetará a las siguientes reglas:

Corresponderá a los jueces proferir los autos y las sentencias.

Las salas, secciones y subsecciones dictarán las sentencias y las siguientes providencias:

Las que decidan si se avoca conocimiento o no de un asunto de acuerdo con los numerales 3 y 4 del artículo 111 y con el artículo 271 de este código;

Las que resuelvan los impedimentos y recusaciones, de conformidad con los artículos 131 y 132 de este código;

Las que resuelvan los recursos de súplica. En este caso, queda excluido el despacho que hubiera proferido el auto recurrido;

Las que decreten pruebas de oficio, en el caso previsto en el inciso segundo del artículo 213 de este código;

Las que decidan de fondo las solicitudes de extensión de jurisprudencia;

En las demandas contra los actos de elección y los de contenido electoral, la decisión de las medidas cautelares será de sala;

Las enunciadas en los numerales 1 a 3 y 6 del artículo 243 cuando se profieran en primera instancia o decidan el recurso de apelación contra estas;

El que resuelve la apelación del auto que decreta, deniega o modifica una medida cautelar. En primera instancia esta decisión será de ponente.

Será competencia del magistrado ponente dictar las demás providencias interlocutorias y de sustanciación en el curso de cualquier instancia, incluida la que resuelva el recurso de queja”.

<sup>2</sup> Regulan lo relacionado con la procedencia, el trámite, el contenido y alcance de las medidas cautelares en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

<sup>3</sup> La demanda se admitió a través de proveído del 9 de diciembre de 2022 que ordenó notificar a los demandantes, a la Nación – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Por auto del 3 de febrero de 2023 se ordenó notificar la demanda al Presidente de la República. Notificaciones, índices SAMAI 18, 20, 21, 33 y 34.

#### Solicitud de medida cautelar

Los demandantes solicitaron que se suspenda provisionalmente el aparte cuestionado del inciso 4° del numeral 1.1 de la Directiva Presidencial No. 08 de 2022, con fundamento en los siguientes argumentos:

- i. Es contrario a los artículos 6° y 150 Constitucionales, así como al artículo 12 de la Ley 153 de 1887, en tanto el Presidente de la República no tiene competencia para regular inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar, pues esa es una materia que corresponde exclusivamente al legislador.
- ii. Vulnere el derecho a la igualdad, en tanto establece una discriminación negativa respecto de personas naturales que suscriban contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión, sin que para ello medie una justificación constitucionalmente válida, a la vez que desconoce la obligación del Estado de garantizar a todos los ciudadanos el acceso, en las mismas oportunidades, a los diferentes procesos de selección de sus contratistas.
- iii. Desconoce el derecho fundamental al trabajo en tanto impide de manera infundada su ejercicio a través de dos o más contratos de prestación de servicios.

#### Trámite de la solicitud

En los términos del artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, el Despacho corrió traslado al Presidente de la República<sup>4</sup> y al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República<sup>5</sup> para que se pronunciaran sobre la solicitud de suspensión provisional.

El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República señaló que, no obstante no ser su Director el llamado en este proceso a representar al Presidente de la República, se pronunciaba para oponerse a la prosperidad de la medida cautelar pretendida por la parte actora, con fundamento en que la solicitud no cumple con los requisitos exigidos por el inciso 1° del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 en tanto no contiene una confrontación entre el aparte de la Directiva Presidencial No. 08 de 2022 demandado y las normas que se enunciaron como violadas,

ni un análisis que ponga en evidencia tal vulneración. Añadió que el referido aparte no es manifiestamente contrario a las normas constitucionales y legales a las que se aludió en la demanda, por lo cual ese análisis debe realizarse al momento de emitir sentencia.

El Presidente de la República no se pronunció.

<sup>4</sup> Auto del 3 de febrero de 2023, notificación SAMAI, índices 35 y 36.

<sup>5</sup> Auto del 9 de diciembre de 2022, notificación SAMAI, índices 23 y 24.

## II. CONSIDERACIONES

### Medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos

El artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 preceptúa que, a petición de parte debidamente sustentada, el juez o magistrado ponente podrá decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

El artículo 231 de dicha normativa –en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 238 Constitucional<sup>6</sup>– prevé la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos y dispone que su procedencia está sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) que sea solicitada por el demandante o por quien la ley le otorgue esa facultad; (ii) que exista una violación que surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud; y, (iii) si se trata del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que se acrediten, al menos de manera sumaria, los perjuicios que se alegan como causados.

Contrario a lo sostenido por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Despacho encuentra que la parte actora sí sustentó la solicitud de medida cautelar, en tanto expresó con claridad las razones por las cuales estima que la norma acusada vulnera las normas legales y constitucionales que invocó. En efecto, como se dejó reseñado en los antecedentes de esta providencia, al referirse a los artículos 6º y 150 Constitucionales y al artículo 12 de la Ley 153 de 1887, indicó que imponer la restricción para que personas naturales que previamente hubieran celebrado contratos de prestación de servicios con el Estado pudieran celebrar contratos de apoyo a la gestión con entidades públicas del orden nacional cuando la justificación radicara en la falta de personal supuso una intromisión del Presidente de la República en competencias que eran propias y privativas del legislador, en tanto por esa vía se estableció una inhabilidad o incompatibilidad para contratar; asimismo, al pronunciarse frente al derecho a la igualdad adujo que la norma demandada estableció una discriminación negativa injustificada respecto de las personas naturales que se encontraran en esa condición; y al hacer alusión al derecho al trabajo señaló que la norma en cuestión lo trasgrede porque impide de manera infundada su ejercicio a través de dos o más contratos de prestación de servicios.

En consecuencia, dado que la parte demandante solicitó de manera sustentada que se suspendieran los efectos del inciso 4º del numeral 1.1 de la Directiva Presidencial No. 08 de 2022 en cuanto estableció una inhabilidad o incompatibilidad para contratar con el Estado (i), y en atención a que la demanda que se instauró es una de nulidad (ii), para determinar la procedencia de esa medida cautelar, corresponde al Despacho establecer, de manera preliminar y sin perjuicio

<sup>6</sup> “La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”.

de lo que deba resolverse en la sentencia, si a partir de la confrontación del aparte del acto demandado respecto de las normas invocadas como sustento de la medida cautelar, surge una violación de aquéllas (iii).

Empieza el Despacho por reseñar que el 17 de septiembre de 2022, el Presidente de la República emitió la Directiva Presidencial No. 08<sup>7</sup> dirigida a las entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional, por medio de la cual, entre otras cosas, se adoptaron medidas para la optimización de recursos en la contratación pública, tema sobre el cual se dispuso que: (i) tales entidades sólo podrán celebrar contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión cuando sean estrictamente necesarios por el volumen de trabajo que tenga a su cargo su planta de personal, o por la necesidad de conocimientos especializados, debiendo justificar debidamente la necesidad<sup>8</sup>, (ii) cuando se celebren por el primero de los referidos motivos, la entidad debe adoptar las medidas necesarias para que tales labores puedan ser desarrolladas por la planta de personal lo más pronto posible; (iii) excepcionalmente, los contratos se podrán suscribir con recursos de proyectos de inversión<sup>9</sup>; (iv) finalmente y para lo que interesa a este proceso señaló que:

“Las entidades públicas no podrán justificar la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión por insuficiencia de personal de planta para evacuar el respectivo trabajo, **si tales contratos serán suscritos con personas naturales que ya tienen otros contratos de prestación de servicios con otras entidades públicas, lo cual verificarán previamente en la plataforma del SECOP.** Tampoco si en sus plantas de personal hay cargos en vacancia definitiva por más de 6 meses.

Cada representante legal verificará que la entidad que representa cumpla con lo establecido en esta directiva en relación con este tipo de contratos”.

Se detiene en este punto el Despacho para precisar que el inciso de la Directiva Presidencial que se acaba de transcribir hace alusión a dos supuestos en los cuales se impide a las entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional justificar la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión en la insuficiencia de la planta de personal, uno asociado a una situación propia del posible contratista –persona natural que previamente hubiere celebrado un contrato de prestación de servicios con otra entidad pública– y, el otro, referente a una situación propia de la entidad contratante –que tenga en su planta de personal cargos en vacancia definitiva por más de 6 meses–. Los argumentos que sustentan la demanda de nulidad, y de manera concordante la solicitud de medida cautelar, se refieren únicamente al primero de los mencionados supuestos –que comprende exclusivamente el texto que se deja resaltado–, por lo cual el pronunciamiento que ahora se emite se circunscribe a tal apartado.

<sup>7</sup> Por medio de la cual “se imparten medidas para fortalecer la racionalización, la probidad y la eficiencia del gasto público, en desarrollo de los principios que rigen la función pública, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política”.

<sup>8</sup> “La necesidad de estos contratos deberá justificarse detalladamente, caso a caso, en los documentos precontractuales, entre otros, con las cifras de procesos, el número de proyectos, la gestión mensual, razones de la complejidad del servicio a contratar y el tiempo durante el cual se requerirá ese apoyo, que en ningún caso tendrá vocación de permanencia”.

<sup>9</sup> “Excepcionalmente se podrán suscribir con recursos de proyectos de inversión, contratos de prestación de servicios para apoyar la gestión de las entidades estatales. Al estructurarse nuevos proyectos de inversión, el Departamento Nacional de Planeación verificará la razonabilidad de los porcentajes que se incluyan en las fichas de los proyectos para rubros como Gastos o Apoyo a la Gerencia del proyecto”.

Antes de proceder a la confrontación del aparte demandado con las normas que se invocaron como vulneradas, es necesario advertir que la Directiva Presidencial No. 08 de 2022 –y para lo que interesa a este proceso, el apartado del inciso 4° del numeral 1.1 que se demanda– es un acto administrativo susceptible de control judicial, en tanto no se limita a dar una instrucción de tipo estrictamente operativo para el funcionamiento u organización de las entidades a las cuales está dirigido, sino que expresa un contenido eminentemente normativo, en la medida que impone, con carácter mandatorio y vinculante una condición de ineludible cumplimiento para poder celebrar contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión justificados en la insuficiencia de la planta de personal, consistente en que la persona natural que aspire a suscribirlos no hubiere celebrado previamente con otra entidad estatal otro contrato de prestación de servicios.

En efecto, aunque en la redacción del texto de la norma la expresión “no podrán” está referida a la “justificación” del contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión, lo cierto es que materialmente ese impedimento, leído en concordancia con la condición que se le agrega, lo que expresa es que cuando la necesidad que impone la celebración de un contrato de ese tipo sea la falta de personal de planta para el desempeño de una determinada labor, el negocio sólo podrá suscribirse con una persona natural si ésta no ha celebrado previamente otro contrato de prestación de servicios con cualquier entidad pública, o en sentido negativo, prohíbe que cuando esa sea la justificación que motiva el contrato se celebre con una persona natural que sea ya prestadora de servicios del Estado.

Se advierte que la lectura que acaba de hacerse del supuesto normativo contenido en el inciso 4° del numeral 1.1 de la Directiva Presidencial No. 08 de 2022 es la única posible, pues no podría suponerse, por ejemplo, que lo que indica es que este tipo de contratos de prestación de servicios, cuando la necesidad está determinada por la insuficiencia de personal, no se puede justificar en ese supuesto si se celebra con una persona natural que tenga previamente otro contrato de prestación de servicios con el Estado, pero que sí podría justificarse en otro motivo para que el contrato se pueda suscribir con un sujeto que esté en esa condición, por la sencilla, pero potísima razón de que la justificación que determina la necesidad de la contratación debe ser real.

Como se observa, la disposición demandada constituye un verdadero acto administrativo susceptible de control judicial, en tanto contiene una manifestación unilateral del Presidente de la República expresada en ejercicio de su función como suprema autoridad administrativa que no se limita a una mera indicación o sugerencia que pueda ser aplicada o no por las entidades a las que está dirigida según sus necesidades, sino que tiene plena fuerza vinculante y obligatoria en la medida que impide de manera definitiva que cuando la necesidad que impone la celebración de un contrato de apoyo a la gestión sea la insuficiencia de personal, el contrato pueda suscribirse con una persona natural que tenga otro contrato de prestación de servicios con el Estado.

En consecuencia, en virtud del principio normativo que supone que en el sistema jurídico debe existir coherencia y correspondencia entre normas de mayor

y menor jerarquía en procura de la unidad del orden jurídico y su armonía, se procede analizar de manera preliminar si el aparte demandado de la Directiva Presidencial No. 08 de 2022 es o no

contrario a los preceptos legales superiores que se invocaron como vulnerados en la demanda y en la solicitud de la medida cautelar con miras a determinar, en este momento procesal, si se deben suspender provisionalmente sus efectos, sin perjuicio de lo que posteriormente deba resolverse con carácter definitivo en la sentencia.

Como se indicó previamente, como sustentación de la solicitud de medida cautelar se invocaron tres argumentos: (i) la falta de competencia del Presidente de la República para regular el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para celebrar contratos con el Estado, (ii) la violación del derecho a la igualdad y (iii) la vulneración del derecho al trabajo.

El Despacho estudiará en ese mismo orden los argumentos, anticipando que de llegar a encontrar asidero en alguno de ellos para suspender provisionalmente los efectos del aparte del inciso 4° del numeral 1.1 de la Directiva Presidencial No. 08 de 2022 se relevará de estudiar los siguientes, por resultar inane de cara a la decisión que se deba adoptar.

La falta de competencia del Presidente de la República para regular el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado

Los demandantes estiman que al establecer el condicionamiento a las entidades del orden nacional de la Rama Ejecutiva del poder público consistente en que para la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión motivados por la insuficiencia de personal de planta, el contratista no puede tener otro u otros contratos de prestación de servicios con el Estado, el Presidente de la República se inmiscuyó en un aspecto que es de competencia exclusiva del legislador, por lo cual se vulneraron los artículos 6 y 150 Constitucionales y 12 de la Ley 153 de 1887. Con los elementos de juicio que se tienen hasta ahora y que se pasan a exponer, el Despacho encuentra fundada la solicitud de suspensión provisional del aparte del inciso 4° del numeral 1.1 de la Directiva Presidencial No. 08 de 2022.

De acuerdo con la Constitución Política, la estructura general del Estado Colombiano se define bajo un modelo de organización conformado por Ramas del Poder Público y por órganos autónomos e independientes; cada uno singularizado en sus funciones y autoridades según lo dispuesto en esa misma normativa. Para lo que interesa a este estudio, basta con mencionar que las competencias del órgano legislativo –el Congreso de la República– están definidas en el artículo 150 Constitucional (invocado en la demanda como norma vulnerada) al que corresponde, en términos generales, hacer las leyes, mientras que las competencias del Presidente de la República en su calidad de Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa están consagradas en el artículo 189 ibídem, en esta última condición sus funciones están orientadas a lograr el cometido de los fines estatales asignados a la administración pública, para lo cual tiene, entre otras, la facultad de “[e]jercer la potestad reglamentaria, mediante la

expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes” (núm. 11).

La facultad reglamentaria del Presidente de la República inicia con un presupuesto mínimo ineludible, la existencia de una ley materialmente susceptible de reglamentación<sup>10</sup>, y delimita su campo de acción en función de la amplitud o grado de generalidad de ésta<sup>11</sup>, en tanto, por ser de menor jerarquía normativa y por tener por objeto desarrollarla, el reglamento debe estar supeditado a ella; de manera que, de una parte, en ejercicio de esta facultad no le está dado al ejecutivo crear normas en materias que son privativas del legislativo y, de otro, no puede

extralimitar el marco de la ley que regula modificándola, ampliándola, restringiéndola, cambiando su sentido y alcance o suprimiendo o adicionando disposiciones no contenidas en ella, porque en estos escenarios estaría usurpando las funciones del Congreso de la República.

En mira lo dicho y revisado el compendio de normas de orden legal que regulan la contratación estatal –que, dicho sea de una vez, en los términos del inciso 2° del numeral 25 del artículo 150 Constitucional corresponde definirlo al Congreso de la República– no se encuentra una limitación o condicionamiento para celebrar un contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión que se justifique en la insuficiencia de personal de planta como la creada a través de la Directiva Presidencial No. 008 de 2022, consistente, como ya se dijo, en la imposibilidad para las entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional de celebrar este tipo de contratos con personas naturales que previamente hubieren suscrito otro u otros contratos de prestación de servicios con cualquier otra entidad pública.

En efecto, en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 que regula las inhabilidades e incompatibilidad para participar en procesos de selección y celebrar contratos con entidades estatales<sup>12</sup> y en las demás normas que lo complementan<sup>13</sup> no se

<sup>10</sup> “... el elemento esencial para que se pueda ejercer la potestad reglamentaria es la preexistencia de un contenido mínimo material legislativo a reglamentar y su ejercicio se amplía o restringe en la medida en que el Congreso utilice en mayor o menor grado sus poderes jurídicos, como derecho propio constitucionalmente otorgado al Presidente de la República en su calidad de primera autoridad administrativa, no necesita de norma legal expresa que la conceda, ni puede ser limitada en cuanto a la materia y el tiempo en que pueda utilizarla, siempre que continúe vigente la norma legal reglamentada”. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, Exp. 24.175, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>11</sup> “... el poder reglamentario se encuentra limitado en función a la necesidad de la cumplida ejecución de la ley y, como lo ha manifestado la jurisprudencia, la extensión de esta competencia es inversamente proporcional a la extensión de la ley, es decir, cuanto mayor sea el campo disciplinado por la ley, menor será el que corresponde al decreto reglamentario y, al contrario, si ella sólo regula aspectos o reglas generales para su aplicación, más amplio será el campo de desarrollo del reglamento, acorde con las exigencias requeridas para su cumplimiento”. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, Exp. 24.175, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En el mismo sentido: “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”. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, sentencia del 12 de marzo de 2015, Exp. 36.760 C.P. Hernán Andrade Rincón.

<sup>12</sup> Incluidas las sometidas a derecho privado, cuando comprometan recursos públicos (art. 8, párrafo 3°, Ley 80 de 1993).

<sup>13</sup> El literal a) del numeral 1 del artículo 8 precisa que las leyes podrán fijar causales para el efecto, más allá de las expuestas en esta norma. Entre las normas que contienen inhabilidades e

incompatibilidades, se encuentran, entre otras, las siguientes: - La Ley 142 de 1994, artículo 44; Ley 472 de 1998, artículo 32; Ley 489

encuentra una limitación al principio de libre concurrencia –que rige la contratación estatal– determinada en la imposibilidad de que una persona natural pueda de manera simultánea y concomitante celebrar y ejecutar dos o más contratos de prestación de servicios, cuando al menos uno de ellos sea de apoyo a la gestión y esté justificado en la insuficiencia del personal de planta de la entidad para desarrollar una labor.

En cambio, lo que se encuentra es que, refiriéndose a todo tipo de contratos de prestación de servicios –incluidos los de apoyo a la gestión– en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se dispuso de manera expresa que “[e]stos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados”, es decir, que una de las hipótesis que previó el legislador como habilitante para celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, entre ellos, los de apoyo a la gestión, se da, justamente, por insuficiencia de personal de planta para el desarrollo de una determinada labor, sin ningún condicionamiento adicional, como el de no tener ya la condición de contratista de servicios del Estado.

Con base en lo anterior, de manera preliminar y para lo que debe resolverse en esta providencia, el Despacho encuentra que en el aparte demandado del inciso 4° de numeral 1.1 del Directiva Presidencial No. 08 de 2022 el Presidente de la República creó una incompatibilidad consistente en que una persona natural no pueda celebrar y ejecutar dos o más contratos de prestación de servicios de manera simultánea o concomitante, cuando al menos uno de ellos sea de apoyo a la gestión y esté justificado en la insuficiencia del personal de planta de una entidad del orden nacional de la Rama Ejecutiva del poder público para desarrollar una determinada labor.

Aunque en la Directiva Presidencial No. 08 de 2022 no se indicó que el Presidente de la República estuviere ejerciendo su facultad reglamentaria, materialmente se observa que, en ejercicio de tal potestad, se pretendió regular un aspecto que, como acaba de verse, está definido en la ley y que se refiere a los supuestos que habilitan la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales; sin embargo, al hacerlo se impuso un condicionamiento que el legislador no previó, con lo cual se terminó por exceder tal facultad, pues no solo se adicionaron disposiciones que no están contenidas en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, sino que, además, se terminó creando una incompatibilidad en cabeza de personas naturales para celebrar este tipo de contratos que el legislador no estableció.

En esa misma línea, se encuentra, preliminarmente, que el ejecutivo se arrogó una competencia que no le corresponde, puesto que, por tratarse de medidas limitativas de derechos y libertades, la regulación del régimen de inhabilidades e

de 1998, artículo 113; Ley 617 de 2000, artículos 3, 34, 38, 45 44.8 y 45; Ley 689 de 2001, artículo 11, Ley 734

de 2002, artículos 39 y 40); Ley 828 de 2003, artículo 5; Ley 1148 de 2007, artículo 49; Ley 1150 de 2007,

artículo 6, numeral 6.3; Ley 1474 de 2011, artículos 90 y 5; Ley 1150 de 2007, artículo 6°.

incompatibilidades para celebrar contratos con el Estado corresponde de manera privativa al Constituyente y al Congreso de la República.



Al respecto, es pertinente mencionar que, de conformidad con el artículo 1503 del Código Civil, “toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”, por lo cual se entiende que, salvo excepción legal, toda persona, sea natural o jurídica, es hábil y capaz para contraer obligaciones y adquirir derechos por vía negocial; de manera concordante, el artículo 6 de la Ley 80 de 1993 establece que “[p]ueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes ...”.

Entonces, contando con capacidad, las personas, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, tienen libertad para contratar, esto es, para que por su consentimiento adquieran derechos y contraigan obligaciones. El ejercicio de esta libertad que, a la vez constituye un derecho, se expresa, entre otros, a través del principio de libertad de concurrencia que rige la contratación estatal en nuestro ordenamiento jurídico y que supone la facultad de todo individuo capaz de participar en el proceso de selección con miras a suscribir un contrato estatal<sup>14</sup>, y es paralela a la libertad de empresa y al derecho al trabajo, por lo cual, si bien no tiene una connotación absoluta, su limitación, como la de cualquier otro derecho, solo puede ser establecida por el constituyente o el legislador por razones de interés superior.

Así las cosas, como las incompatibilidades, al igual que las inhabilidades, en materia contractual suponen restricciones a la libertad de contratación y de empresa y afectan la autonomía de la voluntad, así como la capacidad para contraer derechos y obligaciones<sup>15</sup>, la Constitución reservó a la ley la regulación normativa de esta materia<sup>16</sup>, razón por la cual las autoridades administrativas no tienen competencia para hacerlo. En tal sentido, esta Corporación ha sido enfática en señalar que el origen constitucional y legal del establecimiento y configuración de

<sup>14</sup> “... el principio de libre concurrencia consiste en la igualdad de oportunidades de acceso a la participación en un proceso de selección contractual (art. 13. C.P), y a la oposición y competencia en el mismo, de quienes tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración, en el marco de las prerrogativas de la libertad de empresa regulada en la Constitución Política, destinada a promover y estimular el mercado competitivo (arts. 333 y 334 C.P.)”. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2007, Exp. 24.175, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>15</sup> “Las personas que en virtud de este régimen [se refiere a las inhabilidades] se ven impedidos para contratar, encuentran afectada su capacidad, puesto que continúan siendo capaces, solo que, en atención a 'su situación, posición, condición o relación o por la necesidad de preservar intereses superiores, no pueden disponer de los suyos mediante la celebración de negocios jurídicos y contratos o carecen de la habilidad para su recepción y soportar sus efectos, los cuales, en condiciones normales podrían celebrar”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2260 del 10 de agosto de 2015. C.P. Álvaro Namén Vargas.

<sup>16</sup> La competencia del legislador para fijar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades está prevista, entre otros, por los artículos 123, 124 y 150 de la Constitución Política. Al respecto, se pueden consultar las siguientes providencias: sentencias C-257 de 2013, C-053 de 2021, C-305 de 2021, entre otras. En el mismo sentido esta Corporación ha señalado: “Es claro, por lo demás, que las inhabilidades e incompatibilidades previstas en el ordenamiento jurídico son de origen constitucional y legal, y que corresponde al Legislador su establecimiento y configuración en forma privativa, sin que pueda tener cabida su creación por vía del reglamento, del pliego de condiciones, o de la autonomía negocial” (Exp. 24.715, sentencia ya citada), “... resulta incuestionable que las entidades estatales contratantes **no** cuentan con facultades para establecer,

consagrar o crear prohibiciones como inhabilidades o incompatibilidades no previstas en la Constitución Política o en la ley para impedir la participación de interesados que desean o deciden intervenir en los correspondientes procedimientos administrativos de selección” (Exp. 19.933, sentencia ya citada), “... la Constitución Política reserva a favor de la ley la posibilidad de configurar normativamente la materia, razón por la cual se encuentra proscrito a las autoridades administrativas aumentar tales supuestos de hecho, so pena de nulidad de los actos correspondientes” (concepto 2260 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, ya citado).

las inhabilidades e incompatibilidades no permite “su creación por vía del reglamento, del pliego de condiciones, o de la autonomía negocial”<sup>17</sup>.

En consecuencia, disponer, por vía de una normativa que no tiene rango legal, que las entidades del orden nacional de la Rama Ejecutiva del poder público no pueden justificar la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión en la insuficiencia del personal de planta para desarrollar una determinada función, “si tales contratos serán suscritos con personas naturales que ya tienen otros contratos de prestación de servicios con otras entidades públicas” – lo que, como ya se vio, materialmente establece una incompatibilidad consistente en que una persona natural no puede celebrar y ejecutar de manera simultánea o concomitante dos o más contratos de prestación de servicios cuando uno de ellos corresponda a apoyo a la gestión y se justifique en la insuficiencia de personal–, supone implantar por vía administrativa en el ordenamiento jurídico una restricción a la capacidad de contratar de tales sujetos, a la autonomía de su voluntad, a su libertad de contratación y de empresa que el legislador no ha previsto, siendo esta materia de exclusivo resorte suyo y no de la máxima autoridad administrativa del poder público.

Como corolario de todo lo anterior, el Despacho encuentra fundada la solicitud de suspensión provisional del aparte demandado del inciso 4° del numeral

1.1 de la Directiva Presidencial No. 08 de 2022, en cuanto, de una parte, excedió su facultad reglamentaria al agregar un condicionamiento que el legislador no previó para la celebración de los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión fundados en la insuficiencia de personal de las entidades del orden nacional de la Rama Ejecutiva del poder público (párrafos 20 a 22) y, de otra, creó una incompatibilidad en cabeza de personas naturales para celebrar ese tipo de contratos de prestación de servicios, que no ha sido prevista por el legislador y que, al ser una materia privativa de la ley, refleja la falta de competencia del ejecutivo para expedirla (párrafos 23 a 27).

Uno y otro aspecto de las mencionadas en el párrafo anterior revelan, al menos de manera preliminar pero suficiente para decretar la medida cautelar solicitada, la falta de coherencia entre la Directiva Presidencial No. 08 de 2022 y el artículo 150 Constitucional, que define las competencias del Congreso de la República; el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 que señala que “[l]as órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal más probable”; y el artículo 6° Constitucional que consagra el principio de legalidad y que establece una cláusula de responsabilidad al determinar que “[l]os particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” de la cual se deriva que los servidores públicos en

<sup>17</sup> Al respecto se pueden consultar, entre otras, las siguientes providencias: sentencia del 3 de

diciembre de 2007, Exp. 24.175, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, sentencia del 25 de septiembre de 2013, Exp. 19.933, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

condición de tal, sólo están autorizadas para ejercer las funciones que la Constitución o la Ley les asigne.

Por todo lo anterior, debe el Despacho suspender provisionalmente el aparte “si tales contratos serán suscritos con personas naturales que ya tienen otros contratos de prestación de servicios con otras entidades públicas, lo cual verificarán previamente en la plataforma del SECOP”, contenido en el inciso 4º del numeral 1.1 de la Directiva Presidencial No. 08 de 2022, debido a que, al menos de manera preliminar, se encuentra que el Presidente de la República habría actuado sin competencia al expedir esa norma y con extralimitación de su facultad reglamentaria.

Vale señalar que el análisis entre el acto demandado y las normas invocadas como vulneradas no implica una definición de fondo sobre el asunto materia litigio, ya que el inciso final del artículo 229 del CPACA dispone que la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

**PRIMERO: SUSPENDER** de manera provisional el aparte “si tales contratos serán suscritos con personas naturales que ya tienen otros contratos de prestación de servicios con otras entidades públicas, lo cual verificarán previamente en la plataforma del SECOP”, contenido en el inciso 4º del numeral 1.1 de la Directiva Presidencial No. 08 de 2022.

SEGUNDO: Para efectos de notificaciones, téngase en cuenta la siguiente información: a la parte demandante, correo electrónico: [joel.david.g.l@gmail.com](mailto:joel.david.g.l@gmail.com), [sebastianrojassanchez@hotmail.com](mailto:sebastianrojassanchez@hotmail.com); al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, al correo electrónico [notificacionesjudiciales@presidencia.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@presidencia.gov.co); al Presidente de la República, a través del Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, Vladimir Fernández Andrade, por medio del buzón de correo electrónico dispuesto para tal fin, [vladimirfernandez@presidencia.gov.co](mailto:vladimirfernandez@presidencia.gov.co); al Ministerio Público, al correo electrónico [notidel4cedo@procuraduria.gov.co](mailto:notidel4cedo@procuraduria.gov.co); y a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, al correo electrónico [procesosnacionales@defensajuridica.gov.co](mailto:procesosnacionales@defensajuridica.gov.co)

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

**Nota: se deja constancia de que esta providencia fue aprobada en la fecha de su encabezado y que se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador> Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.**



□

—

Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.  
Compilación Jurídica MINTIC

n.d.

Última actualización: 30 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.728 - 15 de abril de 2024)



**MINTIC**