



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., primero (1°) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Expediente: 11001032400020220039300 (69231)
Demandante: Joel David Gaona Lozano y Sebastián Rojas Sánchez
Demandado: Nación - Presidencia de la República
Medio de control: Nulidad
Asunto: Sentencia de única instancia

TEMAS: SUPREMA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA - en desarrollo de esta condición le corresponde al Presidente de la República, entre otras cosas, adoptar las medidas que estime necesarias para el correcto funcionamiento de la administración pública y velar por el cumplimiento estricto de la ley / FACULTAD REGLAMENTARIA - se enmarca en la necesidad de dar precisión o especificar el detalle de la ley para asegurar su cumplida ejecución - su activación y límites e determinan en función del grado de generalidad de la ley - en desarrollo de esta competencia no es posible crear normas en materias que son privativas del legislativo, ni tampoco modificar la ley que se regula / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES – su definición es competencia exclusiva del legislador – en materia contractual la competencia del Congreso de la República proviene de lo dispuesto en el numeral 25 del artículo 150 constitucional

Surtido el trámite de ley sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir la demanda de nulidad promovida con el objeto de debatir la legalidad de un aparte del inciso 4° del numeral 1.1 de la Directiva Presidencial No. 08 de 2022.

La demanda sostiene que al expedir la norma acusada, el Presidente de la República estableció una prohibición para celebrar contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión que no está prevista en la ley y creó una inhabilidad o incompatibilidad para celebrar ese tipo de negocios jurídicos, a pesar de que esos aspectos son de resorte exclusivo del legislador.

I. ANTECEDENTES

La demanda

1. A través de demanda presentada el 4 de octubre de 2022¹, los ciudadanos Joel David Gaona Lozano y Sebastián Rojas Sánchez (en adelante la parte actora o demandante) solicitaron que se declare la nulidad parcial del inciso 4° del numeral 1.1 de la Directiva Presidencial No. 08 de 2022 en lo que se resalta a continuación:

“Las entidades públicas no podrán justificar la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión por insuficiencia de personal de

¹ La demanda se remitió por competencia a esta Sección el 16 de noviembre de 2022, ingresó al despacho del ponente el 28 de noviembre de ese mismo año, se admitió el 9 de diciembre siguiente, proveído en el que se 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.

Expediente: 11001032400020220039300 (69231)
Demandante: Joel David Gaona Lozano y Sebastián Rojas Sánchez
Demandado: Nación - Presidencia de la República
Medio de control: Nulidad
Asunto: Sentencia de única instancia

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”

2. Como fundamento de la pretensión, se expresa que el aparte destacado crea 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. Con base en ello, se alega que el aparte demandado se expidió sin competencia y es contrario a los artículos 6º y 150 Constitucionales, así como al artículo 12 de la Ley 153 de 1887, en tanto el Presidente de la República no está facultado para regular inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar, pues esa materia corresponde exclusivamente al legislador.

Suspensión provisional

3. La parte demandante solicitó que se decretara la medida cautelar de suspensión provisional de la norma acusada, petición que fue resuelta favorablemente a través de auto del 22 de febrero de 2023².

Contestación de la demanda

4. El Presidente de la República se pronunció para oponerse a la prosperidad de la pretensión planeada. Expresó que la demanda no contiene un concepto de violación que indique la razón por la cual se estiman vulnerados los artículos que se identificaron como infringidos. Añadió que la norma no es contraria a los artículos constitucionales y legales invocados, pues fue expedida en el marco de la facultad reglamentaria a la que se refiere el artículo 189 Constitucional, numeral 11.

Indicó, además, que el entendimiento que los demandantes le dan al aparte acusado no es correcto, pues lo que indica la directiva es que las entidades públicas no podrán “justificar” la celebración de esos contratos en la insuficiencia de personal, si la persona a contratar tiene ya otro contrato de prestación de servicios con el Estado.

5. El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (en adelante, Presidencia de la República o DAPRE³) propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva. Señaló que, de conformidad con lo dispuesto

² En suma, con fundamento en que: “*el Despacho encuentra fundada la solicitud de suspensión provisional del aparte demandado del inciso 4º 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)*”.

³ Decreto 2647 del 30 de diciembre de 2022, artículo 1, para efectos legales, el DAPRE tendrá la denominación de “Presidencia de la República”.

Expediente: 11001032400020220039300 (69231)
Demandante: Joel David Gaona Lozano y Sebastián Rojas Sánchez
Demandado: Nación - Presidencia de la República
Medio de control: Nulidad
Asunto: Sentencia de única instancia

en el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011, la representación de las entidades públicas está en cabeza de la persona de mayor jerarquía de la entidad que expidió el acto, por lo cual, como la directiva demandada no fue expedida por tal departamento administrativo, sino por el Presidente de la República en ejercicio de la competencia dispuesta en el numeral 11 del artículo 189 superior, no está llamado a ejercer la representación del extremo pasivo en este caso. Añadió que dentro de sus competencias no hay ninguna que le permita al DAPRE suscribir directivas presidenciales, toda vez que son actos propios del primer mandatario.

Alegatos de conclusión

6. A través de auto del 31 de mayo de 2023⁴, en aplicación de lo previsto en el literal a) del artículo 42 de la Ley 2080 de 2021 –que adicionó el artículo 182A al CPACA–, se dispuso prescindir de la audiencia inicial con el fin de dictar sentencia anticipada.

7. El 10 de julio de 2023 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo⁵. Oportunidad en la que se pronunciaron la demandante y demandada para insistir, cada una, en los argumentos que han expuesto a lo largo del proceso.

El Ministerio Público rindió concepto en favor de las pretensiones de la demanda. Expresó que el Presidente de la República excedió su facultad reglamentaria, en la medida que no existe una norma de carácter legal que contenga un mandato en el sentido contenido en la norma acusada que pudiera ser desarrollado reglamentariamente. Añadió que la competencia para regular la contratación estatal corresponde al Congreso de la República. Asimismo, indicó que el condicionamiento que se introdujo en la norma demandada para celebrar contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión comporta la creación de una incompatibilidad para celebrar contratos de ese tipo con el Estado, cuestión que, por limitar el derecho a la libre competencia, es del resorte exclusivo de legislador.

II. CONSIDERACIONES

Cuestiones previas

Naturaleza del aparte demandado de la Directiva Presidencial No. 8 de 2022

8. Con el propósito de establecer la naturaleza del aparte de la Directiva Presidencial acusado de ilegal, la Sala debe empezar por clarificar su propósito y alcance, aspecto sobre el cual se planteó una supuesta incoherencia entre los extremos de este proceso, en tanto el demandante y el Ministerio Público aseveran que contiene una prohibición para celebrar contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión, mientras que el demandado señala que la limitación no tiene tal

⁴ Auto registrado y disponible en el índice 51 del aplicativo de SAMAI.

⁵ Auto registrado y disponible en el índice 58 del aplicativo de SAMAI.

Expediente: 11001032400020220039300 (69231)
Demandante: Joel David Gaona Lozano y Sebastián Rojas Sánchez
Demandado: Nación - Presidencia de la República
Medio de control: Nulidad
Asunto: Sentencia de única instancia

alcance, pues se refiere, únicamente, a la justificación en la que se soporte tal contratación.

9. Para resolver sobre este aspecto, es pertinente reiterar el contenido del texto acusado⁶:

*“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” (énfasis agregado).*

10. La lectura del aparte antes referido revela que la mencionada discrepancia no es más que una apariencia, en la medida que si bien es cierto que en la redacción del texto acusado de ser ilegal la expresión “no podrán” está referida a la “justificación” del contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión, no lo es menos que tal limitación no puede ser leída de manera aislada respecto del condicionamiento que se le agregó y que expresa, de manera clara y contundente, 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, lo que, en palabras sencillas, se traduce en que cuando esa sea la justificación que motiva el contrato, éste no podrá celebrarse con una persona natural que sea ya prestadora de servicios del Estado.

11. Se advierte –como se hizo en el auto que resolvió acerca de la medida cautelar solicitada– que la lectura que acaba de hacerse respecto del supuesto normativo contenido en el inciso 4º 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 cuando la necesidad está determinada por la insuficiencia de personal, este tipo de contratos de prestación de servicios no se pueden 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 puede procederse a esa contratación si se funda en un motivo diferente, por la sencilla, pero suficiente razón de que la justificación que determina la necesidad de la contratación debe ser real.

12. A partir de lo anterior, queda claro que, en el aparte demandado, la Directiva Presidencial No. 08 de 2022 fija una prohibición para celebrar contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión cuando se justifiquen en la ausencia

⁶ El inciso de la Directiva Presidencial transcrito 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 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.

Expediente: 11001032400020220039300 (69231)
Demandante: Joel David Gaona Lozano y Sebastián Rojas Sánchez
Demandado: Nación - Presidencia de la República
Medio de control: Nulidad
Asunto: Sentencia de única instancia

de personal de planta, en tanto determina que no es posible hacerlo si el sujeto que aspira a ser colaborador del Estado tiene previamente otro contrato de prestación de servicios, en cualquiera de sus tipologías y con cualquier entidad pública.

13. A la par con esta precisión, destaca la Sala que el texto demandado no puede clasificarse dentro de las disposiciones del *soft law*⁷ que ha permeado la actividad de la administración pública, 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, tampoco se agota en la intención de sugerir o persuadir un determinado comportamiento de aquellas entidades, sino que expresa un contenido eminentemente normativo, 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.

14. Así las cosas, la Sala reitera la conclusión a la que se arribó en el proveído que decretó la medida cautelar solicitada, en el sentido de que la disposición demandada constituye un verdadero acto administrativo susceptible de control judicial, dado que 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, por cuanto 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.

La sustentación de la demanda

15. La demandada sostiene que la demanda no contiene un concepto de violación que indique la razón por la cual se estiman vulnerados los artículos que se identificaron como infringidos. La Sala difiere de tal apreciación, en tanto su lectura ofrece evidencia suficiente acerca de que se expresaron con claridad las razones por las cuales se estiman vulneradas las normas legales y constitucionales que

⁷ La Corte Constitucional en Sentencia C- 160 del 23 de febrero de 2000, señaló que el "*soft law*" o *derecho blando*, [es] caracterizado por utilizar verbos no imperativos o complementos directos ambiguos dentro de sus estructuras gramaticales". Igualmente, en la sentencia C-659 del 28 de noviembre de 2016, señala que el *soft law* corresponde a instrumentos de "derecho progresivo", los cuales son utilizados principalmente en el ámbito internacional de los derechos humanos con el fin de "nutrir su derecho interno de herramientas de interpretación útiles para la adecuación de la normatividad a los estándares internacionales".

Sin entrar en las discusiones que puede suscitar la proposición relacionada con la inclusión del *soft law* en el derecho administrativo nacional, de cara al principio de legalidad, un sector de la doctrina ha planteado que este concepto corresponde a una descripción de "enunciados formulados como principios abstractos, presentes en todo ordenamiento jurídico, que devenían operativos a través de su aplicación judicial. Así, la expresión *Soft Law* busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica". Del TORO HUERTA, Mauricio Iván. *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México: UNAM, Facultad de Derecho, 2006, pág. 518.

Expediente: 11001032400020220039300 (69231)
Demandante: Joel David Gaona Lozano y Sebastián Rojas Sánchez
Demandado: Nación - Presidencia de la República
Medio de control: Nulidad
Asunto: Sentencia de única instancia

fueron invocadas para su expedición.

16. 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, se 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 son propias y privativas del legislador, ya que por esa vía se estableció una inhabilidad o incompatibilidad para contratar.

17. En consecuencia, al encontrarse satisfecho el requisito establecido en el numeral 4 del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011 para las demandas en las que se pretende la nulidad de un acto administrativo, la Sala no encuentra límite para pronunciarse de fondo sobre la pretensión en calve de la acusación formulada.

La procedencia del medio de control - cesación de los efectos de la Directiva Presidencial No. 08 de 2022

18. A través de la Directiva Presidencial No. 02 del 30 de marzo de 2023, el Presidente de la República dejó sin efectos la Directiva Presidencial No. 08 de 2022, aspecto que no constituye impedimento alguno para que se emita un pronunciamiento de fondo respecto de la pretensión de nulidad que en este juicio se planteó, en tanto que un acto administrativo de carácter general pierda sus efectos, no desdice de los que produjo mientras permaneció vigente, por lo cual es controlable a la luz del ordenamiento jurídico.

19. Al respecto, es pertinente resaltar que la presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos se mantiene incólume hasta tanto se emita un pronunciamiento judicial que disponga lo contrario, decisión anulatoria que los afecta desde el momento mismo de su nacimiento, por ser la vía adecuada para el restablecimiento del ordenamiento jurídico. En consecuencia, pese a la decisión del Presidente de la República de dejar sin efectos la Directiva Presidencial No. 08 de 2022 en su integridad, la Sala se pronunciará respecto de su legalidad⁸.

La excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva

20. El DAPRE propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por

⁸ “Esta consecuencia resarcitoria implica, en materia contenciosa administrativa, que los efectos de los fallos que declaran la nulidad sean hacia el pasado, esto es *ex tunc*, ya que no basta que el acto ilegal sea retirado del ordenamiento jurídico a partir de la decisión judicial, sino que es necesario que las situaciones particulares que surgieron en su vigencia queden como estaban *ab initio*, ya que no de otra manera podrían restituirse las cosas a su estado anterior. Sin embargo, estos efectos *ex tunc* solo pueden predicarse de situaciones jurídicas particulares que no están consolidadas, es decir, de aquellas que surgieron en virtud del acto declarado nulo, pero que aún no se han definido, porque se encuentran cuestionadas en sede administrativa o judicial. No ocurre lo mismo respecto de las situaciones consolidadas que ya no son susceptibles de ser discutidas en vía administrativa y/o judicial, por cuanto los fallos de nulidad no las pueden afectar, porque sus efectos son *ex nunc*”. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Novena Especial de Decisión, sentencia del 13 de agosto de 2021.

Expediente: 11001032400020220039300 (69231)
Demandante: Joel David Gaona Lozano y Sebastián Rojas Sánchez
Demandado: Nación - Presidencia de la República
Medio de control: Nulidad
Asunto: Sentencia de única instancia

pasiva, con fundamento en que no participó en la expedición de la Directiva Presidencial demandada, sino que fue expedida, exclusivamente, por el Presidente de la República en ejercicio de la competencia dispuesta en el numeral 11 del artículo 189 superior, por lo cual, en los términos del artículo 159 de la Ley 1437 de 2011, no es el Director del referido departamento el llamado a ejercer la representación judicial de la parte demandada en este caso.

21. Para resolver sobre esta excepción, es importante señalar que una cosa es la capacidad de un determinado sujeto para comparecer al proceso, otra su representación y, una muy distinta, su legitimación.

22. En términos generales, la capacidad procesal se refiere a la aptitud que la ley concede a ciertos sujetos para fungir como parte del proceso. El artículo 53 de la Ley 1564 de 2012 señala que gozan de tal atributo “1. *las personas naturales y las jurídicas*, 2. *Los patrimonios autónomos*, 3. *El concebido, para la defensa de sus derechos* y 4. *Los demás que determine la ley*”. En concordancia, el inciso primero del artículo 159 de la Ley 1437 de 2011 dispone que las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, pueden obrar como demandantes, demandados o intervinientes, a través de sus representantes.

23. Cabe precisar en este punto que para instaurar una acción pública como la de nulidad es necesario contar con capacidad procesal, aunque, por tratarse de un contencioso objetivo que se erige como mecanismo de protección y guarda del orden jurídico y, por tanto, de interés común, la ley admite que se pueda interponer directamente, esto es, sin necesidad de apoderado judicial.

24. La representación legal hace alusión a la facultad que el legislador otorga para que una persona actúe en nombre y representación de otra, sobre la cual recaerán los efectos de los actos de su representante. En el caso de las entidades públicas, por tratarse de ficciones jurídicas, tal representación se impone y ejerce a través de las personas naturales que determina la ley en el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011, norma que, en lo que interesa a este proceso, dispone:

“La entidad, órgano u organismo estatal estará representada, para efectos judiciales, por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República o Fiscal General de la Nación o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho”.

25. La legitimación en la causa, por su parte, supone la capacidad para comparecer al proceso, asunto que no refiere a un aspecto de aptitud procesal sino a uno de naturaleza eminentemente sustancial, pues se refiere al sujeto de derecho que está llamado a formular una determinada pretensión o a allanarse u oponerse a su prosperidad, en uno y otro caso, porque le asiste un interés en ello.

26. Es preciso indicar en este punto que, tratándose del medio de control de nulidad, el interés para ejercerlo está en cabeza de cualquier sujeto –que debe

Expediente: 11001032400020220039300 (69231)
Demandante: Joel David Gaona Lozano y Sebastián Rojas Sánchez
Demandado: Nación - Presidencia de la República
Medio de control: Nulidad
Asunto: Sentencia de única instancia

contar con capacidad procesal—, en la medida que este mecanismo es de carácter objetivo, en tanto tiene por finalidad defender la integridad del ordenamiento jurídico que interesa a todo el conglomerado social, de ahí que el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 disponga que lo puede ejercer “*Toda persona*”, sin necesidad, por tanto, de acreditar un interés subjetivo en ello.

27. Ahora bien, el artículo 80 de la Ley 153 de 1980 dispone que la Nación, los departamentos y los municipios son personas jurídicas; por ello, en los términos de los ya mencionados artículos 53 de la Ley 1564 de 2012 y 159 de la Ley 1437 de 2011, pueden fungir como parte en los procesos judiciales, a través de sus representantes legales. Hilada tal capacidad procesal con la legitimación en la causa por pasiva, son aquellos los centros de imputación en contra de los cuales deben dirigirse las pretensiones de la demanda, según quien sea el llamado a responder por las imputaciones que se formulen.

28. Precisados los anteriores conceptos, la excepción formulada por el DAPRE no está llamada a prosperar, comoquiera que la demanda se instauró en contra de la Nación, que es la persona jurídica que tiene capacidad procesal y está llamada a comparecer al proceso para defender la legalidad de un acto administrativo proferido por una autoridad de ese nivel, como lo es el Presidente de la República.

29. En relación con la representación de la Nación en este proceso, la Sala concluye que se cumplió satisfactoriamente por la persona de mayor jerarquía que expidió el acto demandado, que lo fue el Presidente de la República quien, a su vez, estuvo representado en este proceso por el Secretario Jurídico del DAPRE, según acto de delegación expresamente conferido para “*notificarse, representar y conferir poderes en nombre del Presidente de la República, en todas las actuaciones prejudiciales, las conciliaciones extrajudiciales y los procesos judiciales que le sean notificados, en los que se constituya en parte y en general en todas las actuaciones que se sudan ante la Rama Judicial y ante la Jurisdicción Especial para la Paz – JEP*”⁹.

El problema jurídico

30. Corresponde a la Sala determinar si el aparte del inciso 4º del numeral 1.1 de la Directiva Presidencial No. 08 de 2022 demandado está viciado de nulidad por haberse expedido sin competencia y con desconocimiento de los artículos 6 y 150 Constitucionales y 12 de la Ley 153 de 1887, en tanto que el Presidente de la República creó una incompatibilidad para contratar, siendo esa una materia que corresponde exclusivamente al legislador.

31. Para resolver, se empieza por destacar que, 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

⁹ Decreto 245 de 2019.

Expediente: 11001032400020220039300 (69231)
Demandante: Joel David Gaona Lozano y Sebastián Rojas Sánchez
Demandado: Nación - Presidencia de la República
Medio de control: Nulidad
Asunto: Sentencia de única instancia

dispuesto en esa misma normativa, pero articulados bajo el principio de colaboración armónica (art. 113 constitucional).

32. Este modelo de organización no supone ni propende por una desarticulación o segmentación absoluta entre las ramas del poder público y los órganos autónomos e independientes, sino que se trata de una separación que busca impedir la concentración de poderes en una sola persona u órgano (sistema de pesos y contrapesos) y procura garantizar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, a través de la articulación y colaboración de las tareas que a cada rama del poder público y órgano corresponde, que están dirigidas todas a la consecución de tales propósitos públicos (artículos 1 y 2 constitucionales).

33. La separación del poder es una de las características que define a los Estados de Derecho, que para su funcionamiento se basan, entre otros, en los principios de legalidad, independencia y colaboración que se constituyen como ejes y pilares de la gestión y el desarrollo de las tareas asignadas a cada rama y órgano del poder público.

34. El principio de legalidad manda que cada rama y órgano del poder público ejerce un segmento de poder enmarcado por los límites que establece el Constituyente como representante del poder soberano del pueblo (artículos 3º, 6º, 121, 122 y 123 constitucionales); el principio de independencia supone que en el ejercicio de tales poderes, cada rama y órgano es independiente, es decir, que actúa sin injerencia o sometimiento a las disposiciones del otro; y, el principio de colaboración comporta la cooperación y articulación que debe darse entre ellos para satisfacer los fines esenciales del Estado (artículos 2º, 3º, 113, 365 y 366 constitucionales).

35. En el contexto de la estructura del reparto del poder público rápidamente explicada, se destaca –por ser lo que interesa a este proceso– que el constituyente asignó al órgano legislativo la tarea de hacer las leyes y, por medio de ellas, la de desarrollar las competencias que están descritas en el artículo 150 superior. A su vez, 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*, para lo cual, entre otras, se le atribuye la función de “[p]romulgar las leyes, obedecerlas y **velar por su estricto cumplimiento**” (énfasis agregado), así como 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)¹⁰ (énfasis agregado).

36. Como se observa, existe una clara articulación y complementación entre la función del órgano legislativo de hacer las leyes y la del ejecutivo de reglamentarlas y de ejecutarlas; sin embargo, no debe pasarse por alto que en cumplimiento del principio de legalidad, tales competencias deben ejercerse dentro de los estrictos

¹⁰ La Sala no ahondará en el hecho de que el Presidente hubiere expedido la directiva presidencial No. 08 sin el asocio con el director del departamento administrativo o el ministro del ramo respectivo, pues esa no fue una materia planteada en la demanda.

Expediente: 11001032400020220039300 (69231)
Demandante: Joel David Gaona Lozano y Sebastián Rojas Sánchez
Demandado: Nación - Presidencia de la República
Medio de control: Nulidad
Asunto: Sentencia de única instancia

límites definidos por el Constituyente, pues si se sobrepasan tales fronteras se estaría ubicando ilegítimamente en la posición del legislador.

37. En lo que concierne a la facultad reglamentaria que ejerce el Presidente de la República como Jefe de Gobierno¹¹, cabe mencionar que su ejercicio inicia con un presupuesto mínimo ineludible, la existencia de una ley materialmente susceptible de reglamentación¹², es decir, se activa en función del criterio de necesidad, que pasa por determinar si por su grado de generalidad, la ley requiere del reglamento para su cabal cumplimiento¹³.

38. En línea con lo anterior, el criterio de necesidad delimita el campo de acción del reglamento, el cual, por ser de menor jerarquía normativa y por tener por objeto desarrollar la ley, 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 sobrepasar 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 competencias del Congreso de la República.

39. Lo dicho hace parte del eje estructural de asignación y reparto del poder público, y no admite otra conclusión si se tiene en cuenta que el constituyente dispuso expresamente que dicha facultad solo puede desarrollarse para “*la cumplida ejecución de las leyes*”; por ello no es posible y atenta contra el ordenamiento jurídico que el gobierno prevalido de tal facultad, se inmiscuya en las funciones que son propias del órgano legislativo, las duplique o pretenda ejercerlas conjuntamente con él, pues ello supone superar los límites claramente definidos por el Constituyente para su ejercicio.

40. Ya como suprema autoridad administrativa, le corresponde al Presidente de la República dirigir la acción administrativa de la rama ejecutiva del poder público;

¹¹ Artículo 115 Constitucional. En concordancia, esta Corporación ha señalado respecto de la facultad reglamentaria que: “*Se trata evidentemente de una típica función administrativa que faculta al Gobierno (que no al Presidente en solitario) para la formulación de los actos indispensables y las medidas necesarias para la efectividad práctica del precepto legal, vale decir, hacer real por la vía del acto administrativo el enunciado abstracto de la ley en orden a tornarlo efectivo en el terreno práctico, por lo que dichos actos administrativos deben contraerse a asegurar el cumplimiento de la ley y no pueden extenderse a más de su objeto (la cumplida ejecución de la ley), y por lo mismo deben respetar la letra y el espíritu de la ley*”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de octubre de 2011, Exp. 34.144, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹² “... 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.

¹³ “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, Sección Segunda, sentencia de 21 de agosto de 2008, Exp. 0294-04 y 0295-04, C.P. Gustavo Gómez Aranguren.

Expediente: 11001032400020220039300 (69231)
Demandante: Joel David Gaona Lozano y Sebastián Rojas Sánchez
Demandado: Nación - Presidencia de la República
Medio de control: Nulidad
Asunto: Sentencia de única instancia

por tanto, en tal condición, si bien también ejecuta la ley, es el llamado a adoptar las medidas que estime necesarias para el correcto funcionamiento de la administración pública, para lo cual puede, entre otras cosas, utilizar instrumentos como directrices, protocolos, guías, circulares y, en general, instrucciones que le permitan fijar parámetros para el ordenamiento interno y de gestión de las entidades y organismos que integran tal rama del poder público y que conduzcan al cumplimiento de los intereses estatales por vía de la debida ejecución de la ley, por cuyo cumplimiento, según el mandato constitucional debe velar.

41. Así, dentro del esquema instituido en la Constitución Política de 1991, el poder de instrucción que como suprema autoridad administrativa está en cabeza del Presidente de la República se presenta como instrumento necesario para materializar los fines públicos y, por lo mismo y en virtud del principio de colaboración armónica, se articula e imbrica en el engranaje dispuesto por el constituyente para el funcionamiento del Estado. En suma y para lo que interesa a este asunto, al legislativo corresponde hacer la leyes, a la administración pública ejecutarlas; de manera que cuando la máxima autoridad administrativa se inviste de tal autoridad, también debe ceñirse a los linderos que marcan sus competencias, por lo cual no le está dado invadir las órbitas que corresponden al legislador o ir en contra de las normas que con mayor rango corresponde expedir a ese órgano, pues vuelve y se recuerda, lo que la Constitución manda es que el Presidente debe velar por el estricto cumplimiento de la ley.

42. En este punto y de cara a lo expresado en la contestación de la demanda en cuanto a que al expedir la Directiva Presidencial No. 08 de 2022 el Presidente de la República obró en ejercicio de la facultad reglamentaria establecida en el numeral 11 del artículo 189 constitucional, la Sala estima necesario hacer una precisión adicional, en el sentido de que dicha facultad no puede confundirse con la que desarrolla como suprema autoridad administrativa para el correcto funcionamiento de la rama ejecutiva del poder público.

43. En efecto, según lo expresado previamente, la facultad reglamentaria se enmarca en la necesidad de dar precisión o especificar el detalle de la ley para asegurar su cumplida ejecución, facultad cuya activación depende entonces del grado de generalidad de aquélla. En cambio, la facultad que desarrolla como suprema autoridad administrativa está dirigida a garantizar el funcionamiento de la rama ejecutiva del poder público que tiene entre sus tareas la de ejecutar la ley, para lo cual, como máxima autoridad, puede emitir directrices, protocolos, guías, circulares, directivas y, en general, instrucciones de ordenación interna y de gestión para el cumplimiento de los fines del Estado. Por eso, cuando ejerce esta labor el Presidente no se ubica en la fase previa normativa de introducir herramientas que permitan la aplicación de la ley según su estricto objeto y alcance, sino que está en un escenario posterior correspondiente a la fase de ejecución de la ley a la cual, por tanto, también se debe ceñir cuando actúa en esta condición.

44. Con estas precisiones y revisado el texto de la Directiva Presidencial No. 08 de 2022, la Sala concluye que en su expedición el Presidente de la República no actuó en ejercicio de la facultad de reglamentación, sino que lo hizo como suprema

Expediente: 11001032400020220039300 (69231)
Demandante: Joel David Gaona Lozano y Sebastián Rojas Sánchez
Demandado: Nación - Presidencia de la República
Medio de control: Nulidad
Asunto: Sentencia de única instancia

autoridad administrativa, en tanto buscó adoptar una serie de medidas dirigidas a las entidades públicas del orden nacional, encaminadas a fortalecer la racionalización, la probidad y la eficiencia del gasto público; entre ellas, dijo emitir una directriz para el desarrollo de la función de contratación que les corresponde a tales entidades, para optimizar la utilización de los recursos en este campo¹⁴, aunque, como se verá, el alcance de la medida no se limitó a dar una instrucción para el desarrollo de esa función de la administración, sino que se extrapoló a un campo que de acuerdo con la Constitución, corresponde exclusivamente al legislador.

45. Al analizar el alcance del aparte demandado de la Directiva Presidencial No. 08 de 2022, la Sala ya constató que contiene una clara prohibición para celebrar contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión que se justifiquen en la insuficiencia de personal de planta, en tanto, según ese texto, no es posible hacerlo si el sujeto que aspira a ser colaborador del Estado tiene previamente otro contrato de prestación de servicios, en cualquiera de sus tipologías y con cualquier entidad pública, lo que se traduce en el establecimiento de una clara incompatibilidad para que una persona pueda ejecutar dos o más contratos de prestación de servicios, cuando al menos, uno de ellos sea de apoyo a la gestión, limitación que no tiene consagración constitucional ni legal.

46. Ni en la Constitución ni en la Ley 80 de 1993 se observa una restricción de tal naturaleza. En los artículos 180 (incisos 1 y 2) y 122, el constituyente estableció unas inhabilidades para contratar soportadas, de un lado, en la calidad de congresista de quien pretenda ser contratista del Estado y, de otro, en la existencia de una condena por cierta clase de delitos. 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 estatales¹⁵ y en las demás normas que lo complementan¹⁶ no se 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.

47. En cambio, lo que se encuentra es que, refiriéndose a todo tipo de contratos de prestación de servicios, en el numeral 3º 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 lejos de

¹⁴ Lo cual explica por qué el Presidente de la República suscribió solo la directiva, y no en asocio con los Ministros y Directores administrativos de los ramos respectivos, como manda el artículo 115 constitucional.

¹⁵ Incluidas las sometidas a derecho privado, cuando comprometan recursos públicos (art. 8, párrafo 3º, Ley 80 de 1993.

¹⁶ 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 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 6º.

Expediente: 11001032400020220039300 (69231)
Demandante: Joel David Gaona Lozano y Sebastián Rojas Sánchez
Demandado: Nación - Presidencia de la República
Medio de control: Nulidad
Asunto: Sentencia de única instancia

establecer una limitación a la facultad de contratación por ese supuesto, 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 la 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.

48. En este punto, es pertinente advertir que, de conformidad con el inciso final del artículo 150 constitucional, es materia reservada al Congreso de la República expedir el estatuto general de contratación de la administración pública lo que supone la competencia en cabeza del legislador para determinar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en esta materia¹⁷, mas aún si como lo tiene decantado tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como de esta Corporación, tales limitaciones solo pueden tener rango constitucional o legal, por comportar la restricción del ejercicio ciertos derechos y libertades¹⁸.

49. En este punto, resulta claro que la disposición demandada se expidió sin competencia y con desconocimiento de los artículos constitucionales y legales invocados en la demanda, por cuanto establece una limitación a la libertad que tienen los particulares para celebrar contratos con el Estado y, por tanto, una clara restricción a su autonomía privada, ya que afecta su capacidad para contraer derechos y obligaciones, cuestión que, como ya se dijo, por limitar el ejercicio de un derecho, está reservada exclusivamente al Constituyente y al legislador.

50. El artículo 1503 del Código Civil contiene una cláusula general según la cual *“toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”*; en concordancia, el artículo 6 de la Ley 80 de 1993 establece que *“[p]ueden celebrar*

¹⁷ Por otra parte, la facultad del legislador para establecer las inhabilidades tiene una fuente diferente, según corresponda a la inhabilidad para ejercer funciones públicas o para celebrar contratos con el Estado: respecto de las inhabilidades para el ejercicio de cargos o empleos públicos, aparte de las establecidas directamente por la Constitución, una serie de normas constitucionales confirieron al legislador la facultad de establecer el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para el ejercicio de cargos o empleos públicos (artículos 23, 123, 150 de la Constitución Política), mientras que, para el caso de la habilidad para celebrar contratos con el Estado, la facultad del legislador se deriva del último inciso del artículo 150 de la Constitución Política que establece que *“Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”*. Dentro de dicha facultad amplia, esta Corte ha reconocido que *“el otorgamiento de capacidad para ser sujeto de un proceso de contratación administrativa, es asunto que el Constituyente reservó al legislador”*. Corte Constitucional, sentencia C-106 de 2018.

¹⁸ *“La expresión reserva de ley tiene varios significados o acepciones, en primer lugar se habla de reserva general de ley en materia de derechos fundamentales, para hacer referencia a la prohibición general de que se puedan establecer restricciones a los derechos constitucionales fundamentales en fuentes diferentes a la ley. Sólo en normas con rango de ley se puede hacer una regulación principal que afecte los derechos fundamentales. En segundo lugar la expresión reserva de ley se utiliza como sinónimo de principio de legalidad, o de cláusula general de competencia del Congreso, la reserva de ley es equivalente a indicar que en principio, todos los temas pueden ser regulados por el Congreso mediante ley, que la actividad de la administración (a través de su potestad reglamentaria) debe estar fundada en la Constitución (cuando se trate de disposiciones constitucionales con eficacia directa) o en la ley (principio de legalidad en sentido positivo). Y en tercer lugar, reserva de ley es una técnica de redacción de disposiciones constitucionales, en las que el constituyente le ordena al legislador que ciertos temas deben ser desarrollados por una fuente específica: la ley. En este último sentido todos los preceptos constitucionales en los que existe reserva de ley imponen la obligación que los aspectos principales, centrales y esenciales de la materia objeto de reserva estén contenidos (regulados) en una norma de rango legal. Es decir, en la ley en cualquiera de las variantes que pueden darse en el Congreso de la República, decretos leyes, o decretos legislativos. Las materias que son objeto de reserva de ley pueden ser “delegadas” mediante ley de facultades extraordinarias al Ejecutivo para que sea éste quien regule la materia mediante decretos leyes. Pero las materias objeto de reserva de ley no pueden ser “deslegalizadas”, esto es, el legislador no puede delegar al Ejecutivo que regule esa materia mediante reglamento, en desarrollo del artículo 189.11 de la Constitución”*. Corte Constitucional, sentencia C-507 de 2014.

Expediente: 11001032400020220039300 (69231)
Demandante: Joel David Gaona Lozano y Sebastián Rojas Sánchez
Demandado: Nación - Presidencia de la República
Medio de control: Nulidad
Asunto: Sentencia de única instancia

contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes ...”; de manera que, en principio y salvo que una norma de superior o igual categoría disponga otra cosa, debe entenderse que toda persona, sea natural o jurídica es hábil y capaz para contraer obligaciones y adquirir derechos por vía comercial y, en ese mismo marco, de hacerlo con el Estado. En suma, una limitación o restricción a dicho derecho y capacidad, solamente puede provenir de la constitución o la ley, no del reglamento, por ser funcional y jerárquicamente inferior a ellas.

51. En ese mismo sentido, cabe reiterar –como se indicó en el proveído que suspendió provisionalmente los efectos del aparte demandado de la Directiva Presidencial No. 8 de 2022– que, 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 estatal¹⁹, 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.

52. De manera que, 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 obligaciones²⁰, la Constitución reservó a la ley la regulación normativa de esta materia²¹, razón por la cual las autoridades administrativas no tienen competencia para hacerlo. En tal sentido, esta Corporación ha sido enfática en

¹⁹ “... 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.

²⁰ “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.

²¹ 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 comercial” (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).

Expediente: 11001032400020220039300 (69231)
Demandante: Joel David Gaona Lozano y Sebastián Rojas Sánchez
Demandado: Nación - Presidencia de la República
Medio de control: Nulidad
Asunto: Sentencia de única instancia

señalar que el origen constitucional y legal del establecimiento y configuración de las inhabilidades e incompatibilidades no permite “*su creación por vía del reglamento, del pliego de condiciones, o de la autonomía negocial*”²².

53. Así las cosas, disponer, por vía de un instrumento 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*”, más allá de enmarcarse en una instrucción para el desarrollo de la función de contratación que corresponde a la administración pública, con el objeto de optimizar los recursos públicos, supone verdaderamente 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.

54. En conclusión, la Sala encuentra acreditado que al expedir el aparte demandado de la Directiva Presidencial No. 08 de 2022, el Presidente de la República reguló un aspecto que correspondía exclusivamente al legislador, como lo es el del establecimiento del régimen de las inhabilidades e incompatibilidades para celebrar contratos con el Estado; de ahí que también se estimen vulnerados los artículos 6 constitucional, cuyo contenido es una expresión clara del principio de legalidad que fija que los servidores públicos solo pueden hacer aquello para lo que estén facultados por la ley; el 150 *ibidem*, que se refiere a las competencias privativas del Congreso de la República de hacer las leyes; y, el 12 de la Ley 153 de 1887 que materializa el principio normativo según el cual 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 armonía²³, norma esta última que pese a ser anterior a la Constitución Política de 1991, es coherente con el mandato consignado en el artículo 4 superior.

55. En consecuencia de todo lo expuesto, la Sala procederá a declarar la nulidad del 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 el Presidente de la República actuó sin competencia al expedir esa norma, al haberse inmiscuido en un aspecto que por disposición del constituyente, es de reserva de ley y, por esa vía, desconoció los artículos 6 y 150 constitucionales, así como el artículo 12 de la Ley 153 de 1887.

²² 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.

²³ “Artículo 12. Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a la leyes.”

Expediente: 11001032400020220039300 (69231)
Demandante: Joel David Gaona Lozano y Sebastián Rojas Sánchez
Demandado: Nación - Presidencia de la República
Medio de control: Nulidad
Asunto: Sentencia de única instancia

Costas

56. Dado que el medio de control que se ejerció fue el de la nulidad, en el marco del cual el interés que se debate se circunscribe al de la mera legalidad y defensa del orden jurídico, en los términos del inciso primero del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no procede consideración sobre una condena en costas.

IV. PARTE RESOLUTIVA

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

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRASE la **NULIDAD** del 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: Sin condena en costas.

TERCERO: ARCHIVAR el proceso, una vez en firme esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
NICOLÁS YEPES CORRALES (E)

VF

Nota: se deja constancia de que esta providencia 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/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha. **Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema Samai.**

