

POTESTAD REGLAMENTARIA – Presidente de la Republica / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA – Potestad reglamentaria. Limites

De conformidad con lo previsto en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, la potestad reglamentaria concedida al Presidente de la República, también incluye las normas relacionadas con la contratación estatal, lo cual no sólo constituye un mandato legal, sino que es necesario, puesto que el Estatuto Contractual no regula en forma integral el tema. En efecto, el inciso final del artículo 150 del Estatuto Superior faculta al Congreso para expedir el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, lo cual no implica que tenga que hacer una regulación integral y casuística, como lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-949 de 2001. El Presidente de la República al hacer la reglamentación correspondiente, debe tener en cuenta entonces los límites que le imponen las normas superiores, y principios como los de razonabilidad y proporcionalidad, es decir que no existe libertad absoluta para tal fin.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLITICA – ARTICULO 189 NUMERAL 11 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS CALIFICADOS Y ALTAMENTE CALIFICADOS – Valor máximo que se puede pactar y pagar de honorarios profesionales / LIMITE MAXIMO DE HONORARIOS – Reglamentación / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA – Tiene competencia para fijar honorarios de los contrato de prestacion de servicios calificados y altamente calificados

El inciso segundo del artículo 125 de la Constitución Política señala que “Compete al Congreso expedir el estatuto general de la contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.” Dicha Corporación expidió, entre otras, las Leyes 80 de 1993, y 1150 de 2007. Además, como ya se dijo, el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política confiere al Presidente de la República la potestad reglamentaria de las Leyes. El legislador ejerció sus funciones constitucionales con la expedición de las normas pertinentes, pero no hizo una regulación absoluta de la materia. El valor del contrato es un asunto regulado por la Ley 80 de 1993, la cual, en el su artículo 41 señala que el contrato se perfecciona cuando se haya llegado a un acuerdo sobre el objeto, la contraprestación, y éste se eleve a escrito; de otra parte, es un derecho de los contratistas recibir oportunamente la remuneración pactada (artículo 5). Bajo estas consideraciones y al ser la ley referida el Estatuto General de la Contratación, no es necesario que se incluya allí una regulación exhaustiva. Innegablemente, mediante la norma demandada, se reglamentó el valor máximo que se puede pactar y pagar en el contrato de prestación de servicios calificados y altamente calificados, comprendidos en el concepto de “remuneración servicios técnicos” desarrollado en la norma que liquidó el presupuesto general de la Nación, como lo prescribe el artículo 1 del Decreto 2785 de 2011, que modificó el artículo 4 del Decreto 1737 de 1998. Si bien es cierto expresamente no señalan las normas que regulan la materia, como las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, que esta clase de contratos puedan tener un límite máximo en la remuneración que se pacte, esto es posible en criterio de la Sala, porque las medidas que en estas materias se adopten, deben tener sentido y coherencia con el ordenamiento superior, y asegurar un orden económico justo y estable que permita la consecución de las finalidades trazadas por el Estado. El Presidente de la República, debe igualmente tomar en consideración las “metas macroeconómicas del Estado y el equilibrio del sistema presupuestal, cuyos principios rectores son la coherencia macroeconómica y la homeostasis presupuestal.” Se puede decir entonces, no sólo, que dicha autoridad tenía competencia, sino que la reglamentación se realizó de

manera responsable con el fin de adoptar medidas en materia de austeridad y eficiencia en el manejo de los recursos públicos, conforme a parámetros legales, como son los salarios y prestaciones que devenga el jefe de la entidad, y que sirvió para fijar el límite máximo de los honorarios que pueden ser cancelados para el pago de servicios personales calificados y altamente calificados comprendidos en el concepto de "remuneración servicios técnicos" desarrollado en el decreto de liquidación del presupuesto general de la Nación. En este aspecto, comparte la Sala el criterio expresado por las entidades demandadas, según el cual, se hizo una reglamentación racional tomando como límite el salario y las prestaciones sociales del jefe de la entidad. Por lo expuesto, tampoco se están creando categorizaciones y clasificaciones de los contratos de prestación de servicios profesionales, que no estén incluidos en la ley, sino que simplemente se está reglamentando la materia.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1737 DE 1998 – ARTICULO 4

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA- No vulnero la autonomía de las entidades del estado / ENTIDADES ESTATALES – Conservan su autonomía orgánica, presupuestal y contractual / PRINCIPIO DE COORDINACION – Las entidades estatales deben acatar los reglamentos

En este orden de ideas se puede afirmar, que el Presidente de la República, no vulneró la autonomía de las demás entidades del Estado, porque, en su condición de responsable del manejo fiscal del Estado y al ser suprema autoridad administrativa, realizó la regulación de manera uniforme para todas las entidades que manejan recursos del Tesoro Público (Decreto 1737 de 1998), y por ende conservan su autonomía orgánica, presupuestal y contractual, no obstante lo cual, en virtud del principio de coordinación, las demás entidades estatales también deben acatar dichos reglamentos. No debe perderse de vista que el propósito del Decreto 1737 de 1998, fue el de expedir medidas de austeridad y eficiencia y someter a condiciones especiales la asunción de compromisos por parte de las entidades públicas que manejan recursos del Tesoro Público, lo cual, en aplicación del principio de legalidad, debe entenderse que fue expedido en favor del interés general, aspecto que no fue desvirtuado.

AUSTERIDAD Y EFICIENCIA – Tesoro publico / PRINCIPIO DE IGUALDAD – No vulnerado

El Presidente lo que hizo fue tomar medidas de austeridad y eficiencia en el manejo del Tesoro Público, como lo expresó en el Decreto 1737 de 1998, y para el efecto, entre otras decisiones, puso límites a la remuneración para pago de servicios personales calificados y altamente calificados, decisión que se considera racional y que puede servir para orientar la política económica del país, con el fin de evitar su desequilibrio. Bajo estas condiciones, la expedición de reglamentos relacionados con la austeridad y eficiencia en el manejo del Tesoro Público impuestas por la norma demandada, no es un asunto vedado al Ejecutivo, puesto que debe garantizar el logro de las metas macroeconómicas y el equilibrio del sistema presupuestal, por lo que se infiere, que la reglamentación efectuada tiene sustento normativo, y que en esas precisas condiciones, no era potestad exclusiva del poder legislativo. El derecho a la igualdad, en efecto es un derecho fundamental previsto en el artículo 13 Constitucional, pero la norma acusada dista mucho de pretender hacer una reglamentación relacionada con éste, pues no se dirige a regular la libertad e igualdad ante la ley, a que las personas reciban la

misma protección y trato de las autoridades o puedan gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminaciones por razón del sexo, la raza, origen nacional o familiar, lengua religión, etc, ya que la intención del Ejecutivo es poner un límite máximo por razón de la cuantía a ciertos contratos, cuando se presten servicios personales calificados y altamente calificados, comprendidos en el concepto de "remuneración servicios técnicos". En ese orden de ideas, no se puede colegir, como lo señala la parte activa, que se esté haciendo una diferenciación no justificada entre quienes contratan con el Estado y aquellos que lo hacen con el sector privado, ni que se obligue a los profesionales a prestar sus servicios por debajo de los precios del mercado, porque lo que se buscó con la expedición de las normas acusadas fue manejar de forma eficiente la política económica del País.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1737 DE 1998(21 DE AGOSTO) GOBIERNO NACIONAL (NO NULO)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013).

Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00509-00(1990-11)

Actor: ANDRÉS FELIPE CHÁVEZ ALVARADO

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

Decide la Sala la demanda presentada por el señor Andrés Felipe Chávez Alvarado, contra la Nación - Gobierno Nacional, en orden a obtener la nulidad del artículo 4 del Decreto Reglamentario No. 1737 de 21 de agosto de 1998, y del artículo 1 del Decreto No. 2785 de 4 de agosto de 2011, que modificó el anterior.¹

LA DEMANDA

ANDRÉS FELIPE CHÁVEZ ALVARADO, en ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitó que se declare la nulidad parcial de los siguientes actos:

Como pretensiones principales:

- Artículo 4º del Decreto No. 1737 de 21 de agosto de 1998, expedido por el Presidente de la República y el Ministro de Hacienda y Crédito Público, *“por el cual se expiden medidas de austeridad y eficiencia y se someten a condiciones especiales la asunción de compromisos por parte de las entidades públicas que manejan recursos del Tesoro Público”*, modificado por el artículo 2º del Decreto 2209 de 1998, expedido por el Presidente de la República, con la firma del Ministro de Hacienda y Crédito Público y del Director del Departamento Nacional de Planeación.
- Artículo 1º del Decreto Reglamentario No. 2785 de 4 de agosto de 2011, *“por medio del cual se modifica parcialmente el artículo 4 del Decreto 1737 de 1998”*.

Pretensión primera subsidiaria. Textualmente dice:

“En caso de no prosperar la pretensión principal, que se declare nula por inconstitucionalidad y/o ilegalidad la expresión “los cuales no podrán exceder el valor total mensual de la remuneración del jefe de la entidad incluidos los factores prestacionales y las contribuciones inherentes a la nómina, relacionadas con la seguridad social y parafiscales a cargo del empleador, contenida en el párrafo 3º del artículo 4 del Decreto 1737 de 1998, modificado por el artículo 1º del Decreto No. 2785 del 4 de agosto de 2011, (...) expedido por el Presidente de la República, con la firma del Ministro de Hacienda y Crédito Público y del Director del Departamento Nacional de Planeación.”

Segunda Subsidiaria. *“En caso de no prosperar las pretensiones anteriores, solicito que se establezca el alcance y significado de la expresión “en forma continua para atender asuntos propios de la respectiva entidad”, contenida en el inciso 1º del artículo 4º del Decreto 1737 de 1998, modificado por el artículo 1º del Decreto No. 2785 del 4 de agosto de 2011.”*

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

Mediante el artículo 4 del Decreto 1737 de 1998, modificado por el artículo 2 del Decreto 2209 de 1998, el Presidente de la República prohibió pactar honorarios mayores a la remuneración establecida para el jefe de la entidad pública, y a pesar de la inconstitucionalidad e ilegalidad, la norma viene siendo aplicada, no obstante lo cual, apoyados en conceptos de las entidades que ejercen el control fiscal y

¹ La demanda obra a folios 50 a 77.

disciplinario en el País, se ha aceptado de manera excepcional la contratación de servicios altamente calificados, con una remuneración mensual superior a la correspondiente al jefe de la respectiva entidad.

De las normas violadas y del concepto de violación

De la Constitución Política, los artículos 13, 25, numerales 21 y 25 del artículo 150, literal a) del artículo 152, 209, 333 y 334, y numerales 11 y 21 del artículo 189.

Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 2, 3, 35, 36, 59 y 76.

De la Ley 1150 de 2007, el literal h) del numeral 4 del artículo 2.

De la Ley 80 de 1993, los artículos 1, 2 y 32.

De la Ley 1123 de 2007, el numeral 8 del artículo 28.

De la Ley 489 de 1998, los artículos 66, 67, 70, 71 y 82.

Concepto de violación.

1.- Sobre la pretensión principal.

1.1.- Falta de competencia: Extralimitación en el ejercicio de las facultades reglamentarias por parte del Presidente.

El numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, que otorga al Presidente de la República la potestad reglamentaria de las leyes, la cual no requiere de disposición expresa que la conceda, no lo autoriza para referirse a un tema no que no haga parte de una determinada ley, o cuando la norma lo ha regulado en forma minuciosa, que no da cabida a dicha reglamentación. Tampoco puede desarrollar una materia reservada al legislador.²

Con la expedición del artículo 4 del Decreto 1737 de 1998, modificado por el artículo 1 del Decreto reglamentario No. 2785 de 2011, el Presidente de la República excedió su facultad reglamentaria, porque no está reglamentando ninguna disposición legal, sino desarrollando materias de competencia exclusiva del legislador, como los asuntos propios del Estatuto General de Contratación Pública, la intervención en la economía y los límites del derecho a la igualdad, al trabajo y a la libre competencia, temas que expone así:

² Cita en respaldo de esta conclusión la Sentencia C-432 de 2004, proferida por la Corte Constitucional.

i). De la regulación de asuntos propios del Estatuto General de Contratación Pública.

El artículo 4 del Decreto 1737 de 1998, modificado por el Decreto 2785 de 2011, **es inconstitucional**, por falta de competencia, toda vez que a través de dichas normas, el Presidente de la República reguló asuntos de competencia exclusiva del Congreso, en virtud del artículo 150 numeral 25 de la Carta Política, y **es ilegal**, porque vulnera en forma flagrante el numeral 4, literal h) del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, al imponer limitaciones a la contratación directa, y restringir por su cuantía la celebración de contratos de prestación de servicios, asuntos no previstos por el legislador.

Los artículos 2 de la Ley 1150 de 2007 y 32 de la Ley 80 de 1993, normas que conforman el Estatuto General de la Contratación Pública, en concordancia con el artículo 82 del Decreto 2474 de 2008, en lo que tiene que ver con la contratación directa respecto de los contratos de prestación de servicios, no señalan límites por cuantía, circunstancia que no puede entonces ser modificada por el ejecutivo mediante reglamento, conforme a las siguientes explicaciones:

La norma demandada diferencia los servicios personales calificados, de los altamente calificados, con lo que pone límites máximos diferentes por cuantía; distingue los contratos de prestación de servicios profesionales de ejecución continua, de los que no lo son, limitando el valor de la cuantía para los primeros; trata de modo distinto los contratos para la atención de asuntos propios de la entidad, de aquellos que se refieren a actividades ocasionales o excepcionales, prohibiendo para aquellos una remuneración superior a la percibida por el jefe de la entidad, tanto para servicios personales calificados, como altamente calificados.

En consecuencia, los actos demandados son nulos, porque se imponen restricciones y se crean categorizaciones y clasificaciones de los contratos de prestación de servicios profesionales, que no están incluidos en la ley, limitando el valor máximo que en cada caso puede ser pagado.

ii). De la intervención en la economía por parte del Estado.

Al tenor del numeral 21 del artículo 150 de la Constitución Política, corresponde al

Congreso de la República, expedir leyes de intervención económica y poner límites a la libertad económica, conforme a lo previsto en el art. 334 Superior.

Con la decisión adoptada en el artículo 4 del Decreto demandado, el Presidente extralimitó sus funciones, toda vez que puso límites, por razón de la cuantía, a los contratos de prestación de servicios personales calificados y altamente calificados, lo cual puede afectar la productividad y competitividad de Colombia en el ámbito Nacional e Internacional, porque no deja que sea el mercado el que determine el precio. Significa lo anterior, que se está afectando la libertad económica en materia de oferta y demanda de servicios profesionales.

iii). De la violación de los derechos a la igualdad, al trabajo y a la libre competencia.

Asegura que es el Congreso el que debe legislar en estas materias, en términos de los artículos 150-21, 152 literal a), 333 y 334 de la Constitución Política, especificando que los derechos a la igualdad y al trabajo, son objeto de una ley estatutaria, la cual tiene trámite especial.³

Explica, que al poner límites por cuantía a la contratación de servicios personales calificados y altamente calificados, hace una diferenciación no justificada entre quienes contratan con el Estado y aquellos que lo hacen con el sector privado, vulnerando el derecho a la igualdad, materia cuya regulación no corresponde al Presidente de la República.

También se entorpece la libre competencia, toda vez que pone en desventaja a quienes contratan con el Estado, obligando a los profesionales a prestar sus servicios por debajo de los precios del mercado, y estandarizando el valor de los honorarios, sin tener en cuenta criterios objetivos tales como especialización, cualificación, área, materia, duración, etc, lo cual puede incidir negativamente en el mercado, y en la tasación de los honorarios de los servicios profesionales, sin consideración técnica alguna.

1.2. De la violación de normas superiores. Señala:

³ Se refiere en este tema a la Sentencia de la Corte Constitucional C-981 de 2005.

*“El Presidente de la República al imponerle una restricción a las entidades estatales en cuanto a la cuantía máxima que deben tener en cuenta para la celebración de contratos de servicios profesionales, vulnera los artículos 66, 67, 70, 71 y 82 de la Ley 489 de 1998, 1, 2 y 32 de la Ley 80 de 1993 y, 2 numeral 4 de la Ley 1150 de 2007, **porque les coarta la autonomía administrativa, financiera y presupuestal que la Ley les otorga, así como la capacidad de celebrar contratos, la cual el Legislador no quiso limitarla (sic) a cuantías determinadas.**” (Subrayado y negrillas originales).*

Las normas mencionadas otorgan a las entidades públicas amplia autonomía administrativa y financiera, así como capacidad para contratar, limitándola sólo a las reglas generales – leyes – que se expidan sobre el presupuesto y la administración de personal, a los planes sectoriales que profieran los órganos a los cuales están adscritas o vinculadas, y a las modalidades de selección y procedimientos establecidos para contratar, es decir, que no imponen restricciones por razón de las cuantías.

El criterio de la cuantía fue utilizado por el legislador en la Ley 1150 de 2007 para determinar, únicamente, la aplicación de uno u otro tipo de proceso o modalidad de selección de contratistas. Entonces, se vulnera el numeral 8 del artículo 28 de la Ley 1123 de 2007, en cuanto establece un criterio adicional a los abogados para fijar sus honorarios, lo cual, eventualmente podría limitar la defensa del Estado, en razón a que los profesionales del derecho calificados no estarían dispuestos a asumir mayores responsabilidades por una suma inferior a la que acostumbran a cobrar a sus clientes privados.

1.3. De la falta y falsa motivación.

Los actos administrativos se deben motivar conforme a la regla prevista en los artículos 209 de la Constitución, y 2, 3, 35, 36, 59 y 76 del Código Contencioso Administrativo. Falta de motivación, porque el Presidente de la República acudió a razones genéricas, o fórmulas de comodín o *“pase par tout”*, es decir, a conceptos jurídicos y hechos indeterminados, que no justifican la medida adoptada en los artículos 1 y 4 de las disposiciones legales demandadas.

Pero si se asumiera, en gracia de discusión, que la argumentación es suficiente, estarían viciados por falsa motivación, porque la realidad fáctica y jurídica no coincide con las razones o fundamentos aducidos para tomar la decisión, pues: *“Si se aceptara como motivación del acto que la expedición del Decreto 1737 de 1989 obedeció a la necesidad de implementar la austeridad y la eficiencia del gasto*

público, debe tenerse en cuenta que lo que en realidad se hace con la norma demandada es: i) regular, por vía de decreto reglamentario, asuntos propios de un estatuto de contratación estatal, ii) intervenir en la economía y restringir la libertad económica, iii) limitar el ejercicio de derechos fundamentales a la igualdad y el (sic) trabajo y iv) limitar la autonomía de las entidades públicas.”

Lo anterior no contribuiría a la eficiencia y austeridad del gasto oficial, sino que afectaría la prestación de los servicios públicos, en la medida que limitaría el campo de acción del Estado, con la tendencia a fomentar el uso de prácticas insanas, como el fraccionamiento de contratos.

Respecto a la pretensión primera subsidiaria.

1.- De la falsa motivación.

El Decreto 2785 de 2011, al modificar el artículo 4 del Decreto 1737 de 1998, no buscó ampliar el límite de la remuneración mensual, con el fin de permitir a las entidades la celebración excepcional de contratos, cuyo objeto fuera la prestación de servicios personales altamente calificados, porque no posibilitó que las cuantías estén por encima de la remuneración mensual del jefe de la entidad, como antes estaba permitido.

Lo que hace el Decreto 1785, frente al Decreto 1737 de 1998, es adicionar al artículo 4, los parágrafos 3 y 4, en los cuales se regula un tema diferente al reglamentado en el inciso 1 y en los dos parágrafos del artículo original, en la medida que adiciona otra categoría jurídica a la limitación del pago de honorarios, como son los servicios profesionales altamente calificados, es decir, que ahora son dos las modalidades de servicios profesionales que tienen restricciones en el pago de sus honorarios o remuneración, y no uno, como lo disponía la norma original, a saber: los servicios calificados y los altamente calificados.

2.- Violación de los derechos a la igualdad, al trabajo y a la libre competencia.

Se solicita que la expresión *“los cuales no podrá exceder el valor total mensual de la remuneración del jefe de la entidad incluidos los factores prestacionales y las contribuciones inherentes a la nómina, relacionadas con la seguridad social y*

parafiscales a cargo del empleador”, sea declarada nula por inconstitucionalidad, porque, limita el derecho a la remuneración por la prestación de servicios altamente calificados afectando el núcleo fundamental del derecho a la igualdad y al trabajo, y el principio, “a trabajo igual remuneración igual”, ya que no existe una justificación para un trato diferenciado entre quienes prestan sus servicios al Estado, y aquellos que lo hacen en el sector privado, y obliga a prestar servicios profesionales por debajo de los precios del mercado.

Agrega que afecta también la libre competencia, puesto que limita y restringe la oferta y la demanda.

3. Sobre la pretensión segunda subsidiaria.

Solicita que en caso de no prosperar las pretensiones anteriores, se establezca el alcance y significado de la expresión “*en forma continua para atender asuntos propios de la respectiva entidad*”, contenida en el inciso 1º del artículo 4º del Decreto 1737 de 1998, modificado por el artículo 1º del Decreto Reglamentario No. 2785 de 2011, para saber si esa norma diferencia:

“i). Los contratos de prestación de servicios profesionales de ejecución continua de los que no lo son, para efectos de limitar el valor de la cuantía de aquellos.”

Así pues, podría sostenerse que “está prohibido el pacto de remuneración para pago de servicios personales calificados con personas naturales, o jurídicas, encaminados a la prestación de servicios en forma continua”. Mientras que los contratos de prestación de servicios profesionales en los cuales no esté involucrada una prestación continuada del servicio, sino que el objeto está encaminado a prestar un servicio único y concreto, en un plazo determinado, no encuentra limitante para su cuantía, en la medida en que las condiciones personales profesionales del contratista y el objeto del contrato pueden justificar una remuneración mayor a la establecida para los funcionarios con labores afines dentro de la entidad e, incluso, mayor a la establecida para el Jefe de la entidad.

ii). Los contratos de prestación de servicios celebrados para atender asuntos propios de la entidad, de aquellos celebrados para atender actividades ocasionales o excepcionales de la misma, con el fin de delimitar, en los primeros, esto es, en los celebrados para atender asuntos propios de la entidad, la aplicación de la prohibición de remuneración superior a la percibida por el Jefe de la entidad, ya sea para servicios personales calificados o para servicios personales altamente calificados.

En este sentido, podría sostenerse que los contratos de prestación de servicios profesionales que estén orientados a realizar una actividad,

aunque propia de la entidad, de carácter excepcional u ocasional, no encuentran limitante en su cuantía, en tanto la naturaleza misma de la actividad –inusual o extraordinaria- y el objeto contractual –altamente especializado- pueden determinar un valor de honorarios superior a lo percibido por el Jefe de la respectiva entidad.” (Negrillas originales).

En su concepto, de lo expuesto podría concluirse que en los contratos que no involucren una prestación continuada del servicio, no se encuentra limitante por concepto de la cuantía.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por parte del Departamento Nacional de Planeación.

Objetó las afirmaciones realizadas en el libelo demandatorio, frente a: la denominada falta de competencia del Presidente de la República para regular materias de carácter contractual; que la reglamentación en materia contractual se deba hacer a través de ley estatutaria; y la presunta vulneración del derecho a la igualdad,⁴ porque “(...) cuando se precisa que corresponde al Congreso expedir el “*estatuto general de la contratación de la **administración pública** y en especial de la administración nacional*” no significa que en las facultades extraordinarias o en el ejercicio de la facultad reglamentaria los aspectos contractuales estén reservados a éste” (Resaltado del texto original).

Cita en respaldo de esta afirmación la Sentencia C-852 de 2005 proferida por la Corte Constitucional, en la cual se afirma que la potestad reglamentaria proviene directamente de la Constitución, sin necesidad que la ley en cada caso la autorice⁵. De otro lado sostiene, que la regulación de la contratación no se hace a través de una ley estatutaria, porque al tenor del artículo 152 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 2 de 2004, requieren de un trámite a través de esta clase de normas, los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos necesarios para su protección, entre otras materias, pero no los asuntos contractuales.

A modo de ejemplo expresó, que las referidas leyes estatutarias tampoco regulan asuntos atinentes a, la seguridad social (que está en algunos aspectos relacionada

⁴ Folios 104 a 109.

⁵ En la sentencia C-852 de 2005 mencionada, también se descartó que la regulación en materia contractual deba hacerse a través de una ley estatutaria.

con la salud), algunas profesiones, y las inhabilidades e incompatibilidades cuando no afectan el núcleo de los derechos fundamentales, porque se caería en una rigidez normativa, con consecuencias claramente desfavorables frente a su regulación. Asegura que, en este orden de ideas, las normas objeto de la demanda no afectan el núcleo esencial de los derechos a la igualdad, al trabajo, y al ejercicio profesional, y tampoco a través de ellas se realiza una intervención en la economía.

Señala, que no hay falta de motivación, porque ésta se encuentra implícita y es conocida como razones de carácter general, que esta Corporación denomina presunción de legalidad; agrega, que los reproches que hace la parte actora a la competencia y a la supuesta necesidad de regulación por vía de una norma estatutaria, no son prueba de una falsa motivación, como tampoco de la ilegalidad de las normas demandadas. Señala:

“Vale la pena recordar que las normas objeto de reproche judicial por parte del actor fueron expedidas en virtud de las políticas adoptadas en ese entonces por el Gobierno Nacional, a efecto de racionalizar y disminuir el gasto público, garantizar su financiamiento y reasignar recursos hacia sectores deficitarios de la actividad estatal, como condición fundamental para mantener el equilibrio financiero y garantizar el cumplimiento de los principios de economía, eficacia y celeridad en el uso de los recursos públicos de conformidad con lo dispuesto en la ley (sic) 344 de 1996.

(...)

Ahora, el decreto 1737 (sic) de 1998, tuvo como fundamento darle una extensión a la mencionada ley y, en ese sentido, darle una herramienta a las Entidades Públicas a efecto de limitar, en algunos aspectos, excesos en el ejercicio de la Contratación, todo ello – se reitera -, en beneficio de las Finanzas Públicas.

Con base en lo anterior, se hace necesario tener en cuenta que el nivel actual de la deuda pública, independientemente de cómo se mida, es elevado. La necesidad de financiar el cuantioso déficit del Gobierno Nacional es perjudicial para la economía, por tanto, la racionalización en el gasto público es un deber de todas las entidades que conforman el Estado y es allí en donde se encuentra la motivación implícita de las normas objeto de reproche judicial.”

Solicita en consecuencia denegar las pretensiones de la demanda.

Por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En su contestación⁶ cita jurisprudencia de esta Corporación,⁷ para señalar que del

⁶ Folios 113 a 117 vuelto.

artículo 150 Superior, el cual otorga la facultad al Congreso de la República para expedir el Estatuto General de la Contratación, no se puede inferir la obligación para el legislador de incorporar en un solo cuerpo normativo toda la legislación existente en materia contractual, y que al tener la Ley 80 de 1993 el objeto de disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades públicas, implica de suyo una competencia reglamentaria de amplio alcance para el Gobierno Nacional, a efectos de adecuarla a las circunstancias y necesidades sociales y administrativas.

Los artículos 6, 113, 114, 121 y 189 de la Constitución Política, conceden al Presidente de la República la facultad para reglamentar la contratación estatal, con razonabilidad y proporcionalidad, por lo cual, con la expedición de la norma demandada no se extralimitó dicha potestad. De otra parte, asegura:

*“1. El Decreto 1737 de 1998 no hace referencia a servicios profesionales de apoyo a la gestión.
2. El Decreto 1737 de 1998 define remuneración como el pago por servicios calificados a personas naturales o jurídicas; para los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión el pago que se hace a la persona natural o jurídica denominada honorarios.
Se concluye que los servicios a que hace referencia el art. 4º (Modificado. Decreto 2785 de 2011. Art. 1), del Decreto 1737 de 1998, no corresponden a la modalidad de contratación directa y que en el libelo de la demanda, el señor accionante, hace un sustento, confundiendo las modalidades de contratación al asegurar que la norma demandada compromete la modalidad de Contratación Directa.”*

El Decreto 1737 fue expedido en virtud de las políticas adoptadas por el Gobierno Nacional de la época, con el propósito de racionalizar y disminuir el gasto público, garantizar su financiamiento y reasignar recursos hacia sectores deficitarios de la actividad estatal, como condición fundamental para garantizar el equilibrio financiero y el cumplimiento de los principios de economía, eficacia y celeridad en el uso de los recursos públicos, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 344 de 1996. Solicita el Ministerio declarar la legalidad de las disposiciones acusadas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Del señor Andrés Felipe Chávez Alvarado. Ratifica lo expuesto en la demanda⁸.

⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 30 de Diciembre de 2007. M.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio (no hay más datos).

⁸ Folios 120 a 129.

Del Departamento Nacional de Planeación. Reitera lo afirmado en la contestación del libelo introductorio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado solicita que se denieguen las pretensiones de la demanda, apoyada en los siguientes argumentos (fls. 136 a 145):

Respecto al **primer cargo** relacionado con la falta de competencia y extralimitación en el ejercicio de funciones por parte del Presidente de la República para reglamentar normas de carácter contractual, colige que éste tiene tal atribución, con fundamento en los numerales 11 y 20 del artículo 189 de la Constitución Política y en el artículo 76 del Decreto 111 de 1996.

En otro sentido, sostiene que además se reguló una situación relacionada con el Estatuto Orgánico del Presupuesto, concerniente a la ejecución del presupuesto nacional, y por ende no resulta acertada la afirmación del demandante, en cuanto señala que no se está reglamentando ninguna disposición legal.

También asegura, con base en el mencionado numeral 11 del artículo 189 Superior, y en el párrafo 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que el Presidente está facultado para reglamentar el procedimiento o trámite de la contratación directa, preservando en todo caso, entre otros, los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política.

Tampoco se vulneró el numeral 4, literal h), del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, ni el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, porque *“De la lectura del articulado que cita como infringido el actor por parte de las normas demandadas, no se deduce la vulneración a ninguna de dichas normas, las cuales se refieren a los contratos estatales, entre los que se encuentran los de prestación de servicios y de las modalidades de selección.”*

El Presidente de la República, entonces, está facultado para reglamentar la materia, y con base en el artículo 76 del Decreto 111 de 1996, dispuso un tope a la apropiación de los contratos de prestación de servicios para el pago de personal

calificado, en aras del buen manejo fiscal, lo cual no contradice las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, pues está facultado para:

“reducir o aplazar total o parcialmente las apropiaciones presupuestales,” en aras de la coherencia macroeconómica por la cual ha desarrollado medidas de austeridad y eficiencia en la asunción de compromisos por parte de las entidades públicas que manejan recursos del tesoro público, lo que a todas luces desarrolla y preserva los principios que orientan la función administrativa y a (sic) los principios de transparencia, economía, selección objetiva y responsabilidad, sin que por su ejercicio se pueda endilgar un exceso de sus competencias, como se afirmó en esta demanda.”

No comparte con el demandante el concepto de intervención en la economía, porque el Presidente tiene las funciones de atender las necesidades de los órganos estatales para cumplir con los deberes asignados por la Constitución y la ley en materia de presupuesto, y es por eso que puede trazar las directrices de liquidación del presupuesto, en cada vigencia fiscal.

Tampoco encuentra vulneración a los derechos a la igualdad, al trabajo y a la libre competencia, pues se han respetado las pautas relativas a los contratos estatales, en este caso, al de prestación de servicios, imponiendo unos topes con miras a la sostenibilidad del Estado, lo cual no riñe con los derechos individuales y particulares de quienes pretendan prestar servicios calificados y altamente calificados a los entes públicos, en aras del interés general.

En lo atinente al **segundo cargo** relacionado con la violación de normas superiores, especialmente de algunos artículos de las Leyes 489 de 1998, 80 de 1993 y 1150 de 2007, encuentra que no coarta la autonomía administrativa, financiera y presupuestal de otras entidades que manejan recursos públicos, ni la capacidad para celebrar contratos, porque el tope impuesto en la norma demandada, no modifica la formalidad contractual ni el proceso de selección que continúa realizándose a través de la contratación directa; adiciona, que las entidades estatales se rigen por las normas de liquidación del presupuesto general de la Nación, y no por las disposiciones de contratación como lo quiere hacer ver el demandante, es decir, que la autonomía no es ilimitada.

Respecto a la **falta y falsa motivación**, considera que no le asiste razón al accionante, porque las normas demandadas se encuentran fundamentadas en el artículo 76 del Decreto 111 de 1996, y además no adolecen de motivación, la cual

en principio se presume, en aras del interés general y en desarrollo de los principios de la función administrativa.

En lo concerniente a las pretensiones subsidiarias, sostiene que han quedado resueltas, toda vez que corresponden a los mismos razones de los cargos principales. Pide entonces denegar las pretensiones de la demanda.

Agotado el trámite que corresponde a la acción de simple nulidad, procede la Sala a decidir el asunto, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Competencia. La competencia de esta Corporación para conocer de esta acción de nulidad, en única instancia, está fijada por el numeral 1º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988 y por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998, al igual que por lo normado en el Acuerdo 55 de 5 de Agosto de 2003, expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado.

Problema jurídico.

Se contrae a determinar, si el artículo 4 del Decreto No. 1737 de 21 de agosto de 1998, *“por el cual se expiden medidas de austeridad y eficiencia y se someten a condiciones especiales la asunción de compromisos por parte de las entidades públicas que manejan recursos del Tesoro Público”*, modificado por el artículo 2 del Decreto 2209 de 1998, y luego por el artículo 1 del Decreto Reglamentario No. 2785 de 4 de agosto de 2011, infringe normas de orden superior, i) por falta de competencia para su reglamentación e intervención no autorizada en la economía por parte del Presidente de la República; ii) por violación a los derechos a la igualdad, al trabajo y a la libre competencia; iii) en razón a que son regulaciones que competen al Congreso de la República, a través de una ley estatutaria, con lo cual se coarta la autonomía administrativa, financiera y presupuestal a las entidades estatales que manejan recursos públicos, en tanto crea discriminaciones no justificadas entre quienes contratan con el Estado y aquellos que lo hacen con personas particulares.

Además se determinará si se debe anular el artículo demandado, por falsa o falta

de motivación.

Del aparte de la norma acusada⁹.

**“DECRETO 1737 DE 1998
(agosto 21)**

por el cual se expiden medidas de austeridad y eficiencia y se someten a condiciones especiales la asunción de compromisos por parte de las entidades públicas que manejan recursos del Tesoro Público.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las que le confiere el artículo 189, numeral 11 y 20, de la Constitución Política y previo el concepto del Consejo del Ministros, de conformidad con el artículo 76 del Decreto 111 de 1996,

DECRETA:

CAPÍTULO I

Ámbito de regulación y disposiciones generales

(...)

CAPÍTULO II

Administración de personal, contratación de servicios personales

(...)

Artículo 4º.- ([Modificado por el Decreto Nacional 2209 de 1998](#), [Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 2785 de 2011](#)).

“Artículo 4º. Está prohibido el pacto de remuneración para pago de servicios personales calificados con personas naturales, o jurídicas, encaminados a la prestación de servicios en forma continua para atender asuntos propios de la respectiva entidad, por valor mensual superior a la remuneración total mensual establecida para el jefe de la entidad.

Parágrafo 1º. Se entiende remuneración total mensual del jefe de la entidad, la que corresponda a éste en cada uno de dichos períodos, sin que en ningún caso puedan tenerse en consideración los factores prestacionales.

Parágrafo 2º. Los servicios a que hace referencia el presente artículo corresponden exclusivamente a aquellos comprendidos en el concepto de “remuneración servicios técnicos” desarrollado en el decreto de liquidación del presupuesto general de la Nación, con independencia del presupuesto con cargo al cual se realice su pago.

Parágrafo 3º. De manera excepcional, para aquellos eventos en los que se requiera contratar servicios altamente calificados, podrán pactarse honorarios superiores a la remuneración total mensual establecida para el jefe de la entidad, los cuales podrán exceder del valor total mensual de remuneración del jefe de la entidad incluidos los factores prestacionales y las contribuciones inherentes a la nómina, relacionadas con seguridad social y parafiscales a cargo del empleador. En estos eventos el Representante Legal de la entidad deberá certificar el cumplimiento de los siguientes aspectos: 1) Justificar la necesidad del servicio personal altamente calificado; 2) Indicar las características y calidades específicas, altamente calificadas, que reúne el contratista para la ejecución del contrato; y 3) Determinar las características de los productos y/o servicios que se espera obtener.

⁹ Publicado en el Diario Oficial No. 44.981 de 30 de octubre de 2002.

Parágrafo 4°. Se entiende por servicios altamente calificados aquellos requeridos en situaciones de alto nivel de especialidad, complejidad y detalle”.

Potestad reglamentaria del Presidente de la República en materia de contratación pública. Límites.

De conformidad con lo previsto en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, la potestad reglamentaria concedida al Presidente de la República, también incluye las normas relacionadas con la contratación estatal, lo cual no sólo constituye un mandato legal, sino que es necesario, puesto que el Estatuto Contractual no regula en forma integral el tema. En efecto, el inciso final del artículo 150 del Estatuto Superior faculta al Congreso para expedir el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, lo cual no implica que tenga que hacer una regulación integral y casuística, como lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-949 de 2001.

La Sección Tercera de esta Corporación ya se pronunció sobre dicha reglamentación y los límites del ejecutivo en materia contractual¹⁰, así:

“En ejercicio de esta atribución de configuración legislativa, el Congreso de la República expidió la Ley 80 de 1993, en la que adoptó el “Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, cuyo objeto fue el de disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades públicas (art. 1) a que se hace referencia el artículo 2 ibídem, lo cual implica, de suyo, una competencia reglamentaria de amplio alcance para el Gobierno Nacional para adecuarla a las circunstancias y necesidades sociales y administrativas. En efecto, esta Corporación así lo ha reconocido, puntualizando que “...la Ley 80 de 1993 señaló principios y reglas generales para adelantar la actividad contractual del estado, lo que generaría una necesidad mayor de reglamentación por parte del Ejecutivo...”¹¹ Empero, ello no significa que esta labor no se encuentre sujeta a límites, pues, como ha dicho la Corte Constitucional en Sentencia C-508 de 2002, la potestad reglamentaria que el Presidente de la República ejercite para la cumplida ejecución y aplicación de la Ley 80 de 1993, se encuentra “...específicamente restringida por la Constitución en primer término, por las leyes como normas de jerarquía superior y necesariamente ha de ejercerse tomando en consideración como un todo jurídico la propia ley mencionada, que fija los parámetros dentro de los cuales debe circunscribirse la reglamentación que se dicte por el Ejecutivo, no para sustituir al legislador, ni como legislador paralelo, sino dentro de un ámbito estrictamente administrativo para no exceder las funciones y atribuciones que al Presidente de la República le señala el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política...”¹²

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Expediente número Radicados: 1100-10-326-000-2003-000-14-01 (24.715); 1100-10-326-000-2003-000-32-01 (25.206); 1100-10-326-000-2003-000-38-01 (25.409); 1100-10-326-000-2003-10-01 (24.524); 1100-10-326-000-2004-000-21-00 (27.834); 1100-10-326-000-2003-000-39-01 (25.410); 1100-10-326-000-2003-000-71-01 (26.105); 1100-10-326-000-2004-000-34-00 (28.244); 1100-103-26-000-2005-000-50-01 (31.447) -acumulados-Consejera Ponente. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Auto de 19 de febrero de 1996 (Demanda contra el art. 4 del Decreto 287 de 1996).

¹² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 508 de 3 de julio de 2002.

(...)

Además, ha indicado que el Gobierno Nacional al reglamentar la Ley 80 de 1993, dentro del margen de determinación y espacio de configuración de ese poder normativo, debe obrar con razonabilidad y proporcionalidad y precisar los conceptos que permitan en forma adecuada aplicarlo, con subordinación a la Constitución y a la ley.¹³

El Presidente de la República al hacer la reglamentación correspondiente, debe tener en cuenta entonces los límites que le imponen las normas superiores, y principios como los de razonabilidad y proporcionalidad, es decir que no existe libertad absoluta para tal fin.

Desarrollo del caso concreto.

No se presentó extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Se examinará entonces si, como se afirma en la demanda, el Presidente de la República se extralimitó en el ejercicio de las facultades reglamentarias, al imponer límites o restricciones por razón de la cuantía a los contratos de prestación de servicios que se suscriben con el Estado, porque es materia de competencia exclusiva del Congreso, en virtud del artículo 150 numeral 25 de la Carta Política, y es ilegal la regulación, como quiera que vulnera en forma flagrante el numeral 4, literal h) del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

El inciso segundo del artículo 125 de la Constitución Política señala que “*Compete al Congreso expedir el estatuto general de la contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.*” Dicha Corporación expidió, entre otras, las Leyes 80 de 1993, y 1150 de 2007. Además, como ya se dijo, el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política confiere al Presidente de la República la potestad reglamentaria de las Leyes.

El numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, relacionado con el Contrato de Prestación de Servicios, y por ende, con la materia cuestionada, tiene previsto lo siguiente:

¹³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 6 de julio de 2005, Exp. 11575, en la cual se negó la nulidad del artículo 21, inciso 3, del Decreto 679 de 28 de marzo de 1994, proferido por el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993, en materia de contratación estatal.

“3o. Contrato de prestación de servicios

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.*¹⁴

Y el numeral 4, literal h) del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, señala:

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

(...)

h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;

El artículo 82 del Decreto 2474 de 2008 indica:

*“**Artículo 82.** Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. ([Modificado por el Decreto Nacional 4266 de 2010](#)). Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita.*

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

Para la contratación de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, la entidad justificará dicha situación en el respectivo contrato.”

El legislador ejerció sus funciones constitucionales con la expedición de las normas pertinentes, pero no hizo una regulación absoluta de la materia.

El valor del contrato es un asunto regulado por la Ley 80 de 1993, la cual, en el su artículo 41 señala que el contrato se perfecciona cuando se haya llegado a un acuerdo sobre el objeto, la **contraprestación**, y éste se eleve a escrito; de otra parte, es un derecho de los contratistas recibir oportunamente la remuneración pactada (artículo 5). Bajo estas consideraciones y al ser la ley referida el Estatuto General de la Contratación, no es necesario que se incluya allí una regulación

¹⁴ Las expresiones subrayadas fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional en Sentencia C-154 de 1997, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.

exhaustiva.

En términos de la Sentencia C-949 de 2001 proferida por la Corte Constitucional:
"Menos aún del precepto superior puede inferirse la obligación para el legislador de incorporar en un solo cuerpo normativo toda la legislación existente en materia contractual, pues si esta hubiera sido la voluntad del constituyente, en el artículo 150 Fundamental se habría autorizado al Congreso de la República para expedir un estatuto único de contratación para el Estado y no un estatuto general como finalmente quedó redactada la aludida competencia legislativa"

Innegablemente, mediante la norma demandada, se reglamentó el valor máximo que se puede pactar y pagar en el contrato de prestación de servicios calificados y altamente calificados, comprendidos en el concepto de *"remuneración servicios técnicos"* desarrollado en la norma que liquidó el presupuesto general de la Nación, como lo prescribe el artículo 1 del Decreto 2785 de 2011, que modificó el artículo 4 del Decreto 1737 de 1998 (fls. 6 y 7).

Si bien es cierto expresamente no señalan las normas que regulan la materia, como las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, que esta clase de contratos puedan tener un límite máximo en la remuneración que se pacte, esto es posible en criterio de la Sala, porque las medidas que en estas materias se adopten, deben tener sentido y coherencia con el ordenamiento superior, y asegurar un orden económico justo y estable que permita la consecución de las finalidades trazadas por el Estado.

El Presidente de la República, debe igualmente tomar en consideración las *"metas macroeconómicas del Estado y el equilibrio del sistema presupuestal, cuyos principios rectores son la coherencia macroeconómica y la homeostasis presupuestal."*¹⁵

Se puede decir entonces, no sólo, que dicha autoridad tenía competencia, sino que la reglamentación se realizó de manera responsable con el fin de adoptar medidas en materia de austeridad y eficiencia en el manejo de los recursos públicos, conforme a parámetros legales, como son los salarios y prestaciones que devenga el jefe de la entidad, y que sirvió para fijar el límite máximo de los honorarios que pueden ser cancelados para el pago de servicios personales calificados y altamente calificados

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-315 de 1997.

comprendidos en el concepto de “remuneración servicios técnicos” desarrollado en el decreto de liquidación del presupuesto general de la Nación.

En este aspecto, comparte la Sala el criterio expresado por las entidades demandadas, según el cual, se hizo una reglamentación racional tomando como límite el salario y las prestaciones sociales del jefe de la entidad. Por lo expuesto, tampoco se están creando categorizaciones y clasificaciones de los contratos de prestación de servicios profesionales, que no estén incluidos en la ley, sino que simplemente se está reglamentando la materia.

Las medidas adoptadas por las normas demandadas no limitan en forma indebida la autonomía de las demás entidades públicas para contratar.

Algunos de los argumentos de la Sentencia C-315 de 1997 son pertinentes para desatar el problema jurídico por la afinidad que existe en la materia que se estudia, pues en ese caso se busca reducir o aplazar las apropiaciones presupuestales, y en éste, tomar medidas de austeridad en el gasto público, por lo cual se pueden compartir algunos argumentos y conclusiones desarrollados en esa decisión, porque en ambos asuntos se deben respetar normas y principios comunes.

Allí se expresó: “(...) *el contenido esencial de la autonomía presupuestal de las entidades reside en la posibilidad que éstas tienen de ordenar y ejecutar los recursos apropiados conforme a las prioridades que ellas mismas determinen, y en armonía con los cometidos constitucionales y legales de la respectiva entidad.*”¹⁶

Otros apartes de la sentencia en mención, son del siguiente tenor literal:

“Esta Corporación ya había señalado que “la ejecución del presupuesto por parte de los órganos constitucionales a los que se reconoce autonomía presupuestal supone la posibilidad de disponer, en forma independiente, de los recursos aprobados en la Ley de Presupuesto”¹⁷. En ese orden de ideas, aparece claramente que el Gobierno, con el fin de poder cumplir su responsabilidades fiscales globales, sólo tiene necesidad de establecer reducciones o aplazamientos generales en las distintas entidades autónomas, pero no existe ninguna razón para que el Ejecutivo establezca específicamente cuáles partidas deben ser reducidas o aplazadas, ni que consagre trámites particulares que puedan afectar la autonomía administrativa de tales entidades. Esta decisión debe entonces ser tomada por las respectivas entidades autónomas, conforme a la valoración que hagan de sus propias prioridades. Admitir que el Gobierno pueda reducir o aplazar partidas específicas de las otras ramas del poder y de los otros órganos autónomos del Estado, o pueda tener injerencia en la administración de sus recursos, implica entonces un sacrificio

¹⁶ Sentencia C-101/96. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 6.

¹⁷ Sentencia C-101/96. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 6.

innecesario y desproporcionado de la autonomía de esas entidades estatales, en nombre de la búsqueda de la estabilidad macroeconómica y de la sanidad de las finanzas públicas, por lo cual esa interpretación es inadmisibles. Por ello la Corte considera que las normas acusadas son exequibles, pero en el entendido de que el Gobierno debe limitarse a señalar las reducciones globales necesarias en las entidades estatales autónomas, pero no puede entrar a determinar las partidas específicas que deben ser afectadas en las otras ramas del poder, ni en los otros órganos autónomos, ni afectar la gestión propia de esos recursos, ya que tal decisión es propia de la autonomía de gasto de esas entidades.

De otro lado, e íntimamente ligado a lo anterior, la Corte considera que en principio el Ejecutivo debe limitarse a establecer reducciones o aplazamiento uniformes e iguales para los diversos órganos y ramas del poder, ya que de esa manera se concilia la autonomía fiscal de esas entidades con las responsabilidades fiscales y macroeconómicas del Ejecutivo, pues se evita que el Gobierno afecte la autonomía de determinada entidad o rama del poder, descargando en ella el peso esencial del ajuste al gasto. Esta Corporación no desconoce que, en determinadas coyunturas, pueden existir prioridades que justifiquen que la reducción del gasto no sea uniforme para todos los órganos y ramas del poder. Sin embargo, debido a que tales decisiones pueden afectar la autonomía fiscal de otros órganos del Estado, la cual está ligada a un principio medular de la organización del Estado, como es la separación de poderes (CP art. 113), la Corte considera que en este caso el establecimiento de tratos diversos sólo puede justificarse si las prioridades son claras, de una evidente importancia constitucional, y no existen medios alternativos para alcanzar tales objetivos prioritarios.

Finalmente, la Corte no sólo reitera que esta facultad gubernamental debe ser ejercida en forma razonable -tal y como se indicó en el fundamento No 9 de esta sentencia- sino que, además, en relación con las reducciones globales sobre entidades que gozan de autonomía presupuestal, se requiere una mayor justificación de las decisiones gubernamentales, por cuanto éstas son susceptibles de afectar la autonomía presupuestal de estos otros órganos. Por ello no sólo el deber de motivación del Gobierno es en estos eventos mayor sino que, además, el eventual escrutinio judicial sobre la legitimidad de las medidas tomadas por el Gobierno debe ser más intenso y riguroso. En tales casos, la autoridad judicial a quien corresponda analizar la legitimidad de estas intervenciones gubernamentales debe ser particularmente cuidadosa con el fin de proteger la autonomía de estos órganos.”.

Antes de abordar el análisis de este cargo, es necesario aclarar que no es posible aplicar en su totalidad el contenido de la referida sentencia de constitucionalidad, porque en este caso no se están reduciendo o aplazando total o parcialmente las apropiaciones presupuestales conforme a los supuestos previstos en el artículo 76 del Decreto 111 de 1996, sino adoptando unas medidas de austeridad y eficiencia en el manejo del Tesoro Público; de lo contrario, tendría que concluirse, de acuerdo con esta disposición legal y la sentencia referida, que en todos los casos se requeriría el concepto previo del Consejo de Ministros y la motivación específica del acto, requisitos que no aplican al caso que se estudia, por las razones consignadas.

No obstante lo anterior, se reitera, que varios de los argumentos expuestos por la Corte, son de recibo en el caso que se estudia, porque la reglamentación que haga el Presidente de la República en materia contractual, tema que es objeto de examen,

también debe tomar en consideración los cometidos constitucionales y legales relacionados con la materia, y los fines del manejo presupuestal.

En este orden de ideas se puede afirmar, que el Presidente de la República, no vulneró la autonomía de las demás entidades del Estado, porque, en su condición de responsable del manejo fiscal del Estado y al ser suprema autoridad administrativa, realizó la regulación de manera uniforme para todas las entidades que manejan recursos del Tesoro Público (Decreto 1737 de 1998), y por ende conservan su autonomía orgánica, presupuestal y contractual, no obstante lo cual, en virtud del principio de coordinación, las demás entidades estatales también deben acatar dichos reglamentos.

No debe perderse de vista que el propósito del Decreto 1737 de 1998, fue el de expedir medidas de austeridad y eficiencia y someter a condiciones especiales la asunción de compromisos por parte de las entidades públicas que manejan recursos del Tesoro Público, lo cual, en aplicación del principio de legalidad, debe entenderse que fue expedido en favor del interés general, aspecto que no fue desvirtuado.

En consecuencia, este cargo no tiene vocación de prosperidad, pues no se demostró la vulneración de normas superiores, debido a que no se coarta la autonomía administrativa, presupuestal, ni contractual de las demás entidades que manejan recursos públicos.

La regulación en materia contractual, no corresponde a una ley estatutaria.

El artículo 152 de la Constitución Política¹⁸ relaciona las materias que deben tramitarse mediante ley estatutaria, pero los asuntos contractuales, como el que ocupa la atención de la Sala, no se encuentran enlistados allí. Particularmente la Corte Constitucional en la Sentencia C-748 de 2011, con ponencia del H. Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expuso respecto a las materias que se regulan a través de esta clase de leyes:

“2.2.1. La especialidad del trámite aprobatorio de las leyes estatutarias (artículos 152 y 153 Superiores)

2.2.2.1. Por cuanto se trata del estudio de un proyecto de ley estatutaria, es necesario que la Corte verifique el cumplimiento de los rigurosos requisitos establecidos en la Constitución para la aprobación de este tipo de leyes de especial jerarquía. Sea lo primero señalar que el particular trámite dispuesto por el

¹⁸ El literal f) fue adicionado por el artículo 4 del Acto Legislativo No. 2 de 2004.

artículo 153 Superior para las leyes estatutarias tiene como fin esencial salvaguardar la entidad de las materias que regula, estas son, los derechos y deberes fundamentales, así como los procedimientos y recursos para su protección; la administración de justicia; la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, el estatuto de la oposición y las funciones electorales; las instituciones y mecanismos de participación ciudadana; los estados de excepción, y la igualdad electoral entre candidatos a la Presidencia de la República (artículo 152).

Como se observa, se trata de materias que comportan una importancia cardinal para el desarrollo de los artículos 1 y 2 de la Carta, pues su regulación especial garantiza la vigencia de principios básicos constitucionales y propende por la consecución de los fines esenciales del Estado. De modo que imprimirle rigurosidad a la aprobación de la regulación de dichas materias y, además, mayor jerarquía a las leyes que las consagren, son medios idóneos para lograr la efectividad de los derechos constitucionales, la salvaguarda de un orden justo, así como la existencia de un sistema democrático y participativo.”

Así las cosas, se observa que la materia estudiada no se encuentra enlistada en el artículo 152 Constitucional, y por tanto, se debe concluir que en dicho aspecto no tiene razón el demandante.

Intervención en la economía y en la libre competencia.

Considera el actor que la intervención en la economía corresponde al Congreso de la República (numeral 21 del artículo 150, en concordancia con el art. 334 Superior), por lo cual, al haber regulado esta materia el Presidente de la República, extralimitó sus funciones, poniendo límites en razón de la cuantía a los contratos de prestación de servicios personales calificados y altamente calificados, lo cual puede afectar la productividad y competitividad de Colombia en el ámbito nacional e internacional, porque impide que sea el mercado el que determine el precio. Significa lo anterior, que se está afectando la libertad económica en materia de oferta y demanda de servicios profesionales.

Con el fin de garantizar un orden económico y social justo, conforme al Preámbulo de la Carta Política y al artículo 334 *Ibidem*, la dirección general de la economía está a cargo del Estado, cuyos órganos tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la consecución de sus fines (artículo 113), contexto dentro del cual, y de acuerdo con la Ley Orgánica del Presupuesto, las secciones que hacen parte del presupuesto general de la Nación, están supeditadas al manejo de la política fiscal que corresponde al Gobierno y a las directrices que fije, como responsable de la política económica y desarrollo del País, de la que debe hacer uso racional, ajustado a las normas legales pertinentes, con el fin de mantener el

equilibrio económico, función que está en cabeza del ejecutivo.¹⁹

El Presidente lo que hizo fue tomar medidas de austeridad y eficiencia en el manejo del Tesoro Público, como lo expresó en el Decreto 1737 de 1998, y para el efecto, entre otras decisiones, puso límites a la remuneración para pago de servicios personales calificados y altamente calificados, decisión que se considera racional y que puede servir para orientar la política económica del país, con el fin de evitar su desequilibrio.

Bajo estas condiciones, la expedición de reglamentos relacionados con la austeridad y eficiencia en el manejo del Tesoro Público impuestas por la norma demandada, no es un asunto vedado al Ejecutivo, puesto que debe garantizar el logro de las metas macroeconómicas y el equilibrio del sistema presupuestal, por lo que se infiere, que la reglamentación efectuada tiene sustento normativo, y que en esas precisas condiciones, no era potestad exclusiva del poder legislativo.

Vulneración de los derechos a la igualdad y al trabajo.

Asevera el actor, que estos derechos deben ser regulados por ley estatutaria, la cual tiene trámite especial.

Sin embargo, sólomente las normas que regulen elementos estructurales o el núcleo esencial, situaciones principales, importantes, de forma directa, relacionadas con los derechos fundamentales o sus mecanismos de protección, son objeto de una ley estatutaria, porque de lo contrario se vaciaría la competencia del legislador ordinario.²⁰

El derecho a la igualdad, en efecto es un derecho fundamental previsto en el artículo 13 Constitucional, pero la norma acusada dista mucho de pretender hacer una reglamentación relacionada con éste, pues no se dirige a regular la libertad e igualdad ante la ley, a que las personas reciban la misma protección y trato de las autoridades o puedan gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminaciones por razón del sexo, la raza, origen nacional o familiar, lengua religión, etc, ya que la intención del Ejecutivo es poner un límite máximo por razón de la cuantía a ciertos contratos, cuando se presten servicios personales

¹⁹ En este sentido se puede consultar la Sentencia C-315 de 1997, Corte Constitucional.

²⁰ Sentencia C-981 de 2005, proferida por la Corte Constitucional.

calificados y altamente calificados, comprendidos en el concepto de *“remuneración servicios técnicos”*.

En ese orden de ideas, no se puede colegir, como lo señala la parte activa, que se esté haciendo una diferenciación no justificada entre quienes contratan con el Estado y aquellos que lo hacen con el sector privado, ni que se obligue a los profesionales a prestar sus servicios por debajo de los precios del mercado, porque lo que se buscó con la expedición de las normas acusadas fue manejar de forma eficiente la política económica del País.

De otra parte, el artículo 25 de la Carta Política, prescribe: *“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”*

Las disposiciones legales demandadas, no tienen por finalidad regular los elementos estructurales del trabajo, no hacen referencia a contenidos cercanos al núcleo esencial de dicho concepto, y tampoco tratan situaciones principales e importantes de ese derecho, recordando además de lo dicho frente al derecho a la igualdad, que la intención del Presidente fue adoptar medidas de austeridad y eficiencia en el manejo del Tesoro Público. Por tanto, no le asiste razón a la parte actora en esta pretensión.

De la falta y falsa motivación.

Se presenta falsa motivación, porque el Presidente de la República acudió a razones genéricas, a conceptos jurídicos y hechos indeterminados que no justifican la medida adoptada en los numerales 1 y 4 de las disposiciones legales demandadas, por lo cual también adolecen de falta de motivación. Para el efecto expresó:

“Si se aceptara como motivación del acto que la expedición del Decreto 1737 de 1989 obedeció a la necesidad de implementar la austeridad y la eficiencia del gasto público, debe tenerse en cuenta que lo que en realidad se hace con la norma demandada es: i) regular, por vía de decreto reglamentario, asuntos propios de un estatuto de contratación estatal, ii) intervenir en la economía y restringir la libertad económica, iii) limitar el ejercicio de derechos fundamentales a la igualdad y el (sic) trabajo y iv) limitar la autonomía de las entidades públicas.”

La mayoría de cargos quedaron desvirtuados a lo largo de la exposición. No

obstante lo anterior, es necesario desarrollar el que está relacionado con la utilización de argumentos genéricos o conceptos jurídicos y hechos indeterminados, que no ha sido tratado en esta decisión.

El Departamento Nacional de Planeación asegura que no hay falta de motivación, porque ésta se encuentra implícita en la norma, y se fundamenta en razones de carácter general. En efecto, esta Corporación, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en Sentencia de 28 de octubre de 1999, Radicado número 3443, con ponencia del Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, expresó, que pueden existir motivos implícitos, habida cuenta del principio de legalidad del cual se encuentran revestidos los actos administrativos.

Acogiendo este criterio, se concluye que no se necesita una motivación explícita para reglamentar las normas, en este caso el artículo 1 del Decreto 2785 de 2011, que modificó el artículo 4 del Decreto 1737 de 1998, que a su vez había sido modificado por el artículo 2 del Decreto 2209 de 1998, por la denominada presunción de legalidad de la cual gozan los actos administrativos.

Finalmente, señaló la parte actora que existe falsa motivación, porque el Decreto 2785 de 2011, al modificar el artículo 4 del Decreto 1737 de 1998, no buscó ampliar el límite de la remuneración mensual con el fin de permitir a las entidades la celebración excepcional de contratos, cuyo objeto sea la prestación de servicios personales altamente calificados, toda vez que no admitió que las cuantías estén por encima de la remuneración mensual del jefe de la entidad, como antes estaba permitido.

Dicho análisis no es de recibo para la Sala, pues en efecto se amplió el valor de la remuneración mensual, lo cual se anunció en la parte considerativa del Decreto 2785 de 2011, que expresó:

“Que en algunos eventos las entidades públicas requieren contratar servicios personales altamente calificados con personas naturales o jurídicas, los cuales conllevan una remuneración superior al límite establecido en el artículo 4 del Decreto 1737 de 1998 modificado por el artículo 2 del Decreto 2209 de 1998.

Que se requiere ampliar el límite de la remuneración mensual con el fin de permitir a las entidades la celebración excepcional de contratos cuyo objeto sea la prestación de servicios personales altamente calificados.”

Al revisar el párrafo tercero se puede concluir, que el Gobierno, para el tope de

la remuneración mensual que estaba regulando, tomó en consideración el valor total mensual remunerado del jefe de la entidad, pero además incluyó los factores prestacionales y las contribuciones inherentes a la nómina relacionadas con seguridad social y parafiscales a cargo del empleador, emolumentos que no tuvo en cuenta en el artículo 4 del Decreto 1737 de 1998, porque allí reguló únicamente los servicios calificados, para cuya remuneración señaló que no se tendrían presentes los factores prestacionales.

Alcance de algunas expresiones de la norma demandada.

Solicita como pretensión segunda subsidiaria, que en caso de no prosperar las pretensiones anteriores, se establezca el alcance y significado de la expresión “*en forma continua para atender asuntos propios de la respectiva entidad*”, contenida en el inciso 1° del artículo 4° del Decreto 1737 de 1998, modificado por el artículo 1° del Decreto No. 2785 del 4 de agosto de 2011.

El cargo está encaminado a demostrar que “*está prohibido el pacto de remuneración para pago de servicios personales calificados con personas naturales, o jurídicas, encaminados a la prestación de servicios en forma continua*”. *Mientras que los contratos de prestación de servicios profesionales en los cuales no esté involucrada una prestación continuada del servicio, sino que el objeto está encaminado a prestar un servicio único y concreto, en un plazo determinado, no encuentra limitante para su cuantía.*”

Dicha pretensión no puede ser decidida en la presente acción, toda vez que su propósito es esclarecer el sentido de las normas, labor que corresponde al intérprete al momento de aplicarlas a un caso determinado, y no al Juez que decida la nulidad de tal disposición legal.

Bajo las anteriores consideraciones, no son necesarios otros pronunciamientos en torno a las pretensiones subsidiarias, porque la materia quedó explicada a lo largo de esta decisión.

Por lo antes expuesto y únicamente por los cargos planteados, las súplicas de la demanda se negarán.

DECISIÓN

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

FALLA

NIÉGASE la pretensión de la demanda en la que se solicitó decretar la nulidad del artículo 4º del Decreto No. 1737 de 21 de agosto de 1998, expedido por el Presidente de la República y el Ministro de Hacienda y Crédito Público, *“por el cual se expiden medidas de austeridad y eficiencia y se someten a condiciones especiales la asunción de compromisos por parte de las entidades públicas que manejan recursos del Tesoro Público”*, modificado por el artículo 2º del Decreto 2209 de 1998, y a su vez modificado por el Artículo 1º del Decreto No. 2785 de 4 de agosto de 2011, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y publíquese en lo anales del Consejo de Estado. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.-

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

**GERARDO ARENAS MONSALVE GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ
ARANGUREN**

ALFONSO VARGAS RINCÓN LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO