

MODALIDADES DE SELECCIÓN – Convenios interadministrativos – Contrato de consultoría – Objeto del contrato – Excepción – Concurso de méritos

[...] el legislador colombiano ha hecho una distinción en cuanto a las modalidades de selección de los contratistas, en el entendimiento que la posibilidad de contratación directa, tratándose de contratos interadministrativos, se circunscribe a que el negocio jurídico tenga una relación inmediata con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. De este modo, la posibilidad de que dos entidades públicas pacten directamente un contrato de consultoría se halla limitada a que éste se relacione directamente con el objeto de aquella que se encargará de su ejecución; si está circunstancia no se presenta, se debe acudir al concurso de méritos como la modalidad de selección prevista dentro del ordenamiento jurídico colombiano para este tipo negocial.

CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS – Contrato de consultoría – Misión principal – Organismo executor – Contratación directa – Limitación – Parágrafo 2 del artículo 54 – Decreto 066 de 2008

La Sala constata que la Sección Tercera mediante sentencia del 11 de noviembre de 2009, con ponencia de este despacho, declaró la nulidad del parágrafo 2 del artículo 54 del Decreto 066 de 2008 [...] toda vez que aunque no contraríe el ordenamiento jurídico el que dos entidades públicas utilicen el concurso de méritos para la celebración de contratos de consultoría cuando estos no tengan una relación directa con el objeto de la entidad encargada de su ejecución, la disposición contenida en el parágrafo 2 del artículo 54 del decreto 066 del 2008 limita la posibilidad de acudir a la contratación directa en aquellos supuestos en los que el contrato de consultoría se utilice para el adelantamiento de actividades relacionadas de forma inmediata con la misión principal confiada al organismo público encargado de su ejecución.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Bogotá, D.C., (21) veintiuno de febrero de dos mil once (2011)

Radicación número: 110010326000200800022 00 (35181)

Actor: JAIME LEMOINE GAITÁN

Demandados: NACIÓN; MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA; MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; MINISTERIO DE TRANSPORTE, Y; DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN.

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD

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

I. EL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO

Sin perjuicio de la naturaleza de acto administrativo que detenten las disposiciones demandadas, la cual será analizada más adelante, se discute la legalidad del parágrafo 2 del artículo 54 del Decreto 066 de enero 16 de 2008. Se transcribe a continuación el precepto aludido y se subraya el aparte cuya legalidad es cuestionada por el actor:

“DECRETO 066 DE 2008 (enero 16)

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

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

DECRETA:

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

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

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

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

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

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

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

Como normas violadas, indicó:

Constitución Política: Artículo 13, artículo 150 numerales 1 y 25 y artículo 189 numeral 11.

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

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

1. Las normas acusadas son contrarias al artículo 189.11 de la Constitución Política al extralimitarse la potestad reglamentaria confiada al ejecutivo, como quiera que el Presidente de la República con la regulación hecha modifica el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.
2. El parágrafo 2 del artículo 54 del Decreto 066 de 2008 es violatorio del literal c del numeral cuatro del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, toda vez que la

¹ Folios 1 a 16.

entidad pública que pretenda ser la ejecutora del contrato de consultoría debe someterse a las reglas del concurso de méritos y competir por su adjudicación con los demás oferentes; se desborda de esta forma la potestad reglamentaria al consagrarse una prohibición no contemplada por el legislador, ya que la norma establece como causal de contratación directa, la celebración de convenios interadministrativos.

Para el actor, la ley no hace distinción alguna en cuanto a las clases de convenio interadministrativo a celebrar entre entidades estatales, razón por la cual se otorga una facultad para celebrar bajo contratación directa, haciendo simplemente la precisión de que las obligaciones que se deriven *tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora*. El legislador sólo exceptuó los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando se pretendan realizar con entidades de educación superior, caso en el cual, estas entidades deben participar en los correspondientes procesos de licitación pública o selección abreviada. La norma demandada, por tanto, agregó una excepción más: el contrato de consultoría, de tal manera que no desarrolló la ley, sino que incurrió en una extralimitación al estatuir una verdadera modificación. El Presidente al ejercer su facultad vulneró el artículo 150 de la Carta Política porque actuó por fuera de su esfera competencial.

3. La norma demandada contraría abiertamente el artículo 13 de la Constitución política, porque al excepcionarse de su aplicación los contratos celebrados por FONADE, se genera un trato desigual. En otros términos, se habilita sólo a esta entidad administrativa para que celebre contratos interadministrativos de consultoría por medio del procedimiento de contratación directa mientras que a las demás se les impone la necesidad de adelantar un concurso de méritos.

III. EL TRÁMITE DEL PROCESO

La demanda fue presentada a esta Corporación el 26 de marzo de 2008²; en el escrito correspondiente se solicitó también la suspensión provisional de las disposiciones demandadas, por considerar que existía una contradicción directa de las mismas con los preceptos constitucionales y legales invocados como quebrantados.

En auto del 3 de septiembre de 2008, la demanda fue admitida y se negó la solicitud de suspensión provisional del parágrafo 2 del artículo 54 del Decreto 066 de 2008, por considerar que no se dio el requisito indispensable para el decreto de la medida cautelar: de la simple confrontación de la disposición demandada con los preceptos

² Folios 1 a 16.

de rango superior que se invocan como vulnerados no puede evidenciarse la ilegalidad.³

La demanda fue contestada por los apoderados del Ministerio de Transporte⁴, y del Ministerio del Interior y de Justicia⁵, respectivamente, en los términos que se resumen a continuación:

En primer lugar, señalaron que no es cierta la contradicción entre la disposición demandada y los artículos 150 y 189 de la Constitución, como quiera que el Presidente está facultado para reglamentar la contratación directa bajo los parámetros delineados por el legislador, y es en virtud de estas facultades que se expidió la norma cuestionada. Afirman, además, que el párrafo demandado resulta ajustado a los principios de economía, transparencia, selección objetiva y responsabilidad que rigen la actividad contractual de las entidades del Estado.

Adujeron que, de acuerdo con la ley, el concurso de méritos es la modalidad de selección prevista para el contrato de consultoría, mientras que la contratación directa procede, entre otros casos, para la celebración de contratos interadministrativos, siempre y cuando las obligaciones que de éstos se deriven tengan una relación directa con el objeto de la entidad ejecutora.

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

La Procuraduría Cuarta Delegada ante esta Corporación rindió concepto⁶ favorable a las pretensiones del actor, por considerar que el párrafo 2 del artículo 54 del Decreto 066 de 2008 contraviene lo dispuesto en la constitución. Para el Ministerio público, el gobierno incurrió en una extralimitación de sus funciones porque con la regulación indicada no se desarrolló la ley 1150 de 2007 sino que, por el contrario, se fijaron reglas no previstas por el legislador.

De manera adicional, a la intervención del Ministerio Público, de su derecho a alegar de conclusión hicieron ejercicio los apoderados del Ministerio de Transporte y del

³ Folios 32 a 42.

⁴ Folios 48 a 57.

⁵ Folios 69 a 75.

⁶ Folios 90 a 97.

Ministerio del Interior y de Justicia, reiterando los argumentos expuestos en los escritos de contestación⁷.

En auto del 23 de octubre de 2009 se solicitó la acumulación con el proceso 35177⁸. El 10 de diciembre del mismo año se niega la solicitud⁹, por no encontrarse los procesos en la misma instancia procesal, y haberse proferido en uno de ellos sentencia.

IV. CONSIDERACIONES

Para adoptar una decisión de fondo, se revisará, en primer lugar, la naturaleza del instrumento normativo en que se inserta la disposición demandada, para efectos de constatar la procedencia de la acción de nulidad (punto 1); luego, se hará alusión a la competencia de esta sub-sección (punto 2); para finalmente, realizar un pronunciamiento sobre la *excepción de cosa juzgada* (punto 3).

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

La revisión de la naturaleza del Decreto demandado es un aspecto fundamental, toda vez que la normativa vigente concibe a la acción de nulidad solamente frente a actos administrativos¹⁰, es decir, manifestaciones de la voluntad, realizadas en ejercicio de la autoridad propia de las entidades administrativas, de otras entidades públicas o de los particulares en ejercicio de la función administrativa, capaces de producir efectos frente a un sujeto de derecho o a un grupo determinado o indeterminado de ellos, de manera indiferente a la anuencia de estos.

De las consideraciones y de la suscripción del Decreto cuyas disposiciones se demandan, se deriva de manera inequívoca que se trata de una reglamentación de la ley, en virtud de lo establecido en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, es decir, de un Decreto reglamentario.

⁷ Folios 82 a 89.

⁸ Folio 104.

⁹ Folios 106 y 107.

¹⁰ En efecto, prescribe el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo: “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos...” Más adelante señala la misma disposición que ésta acción puede también interponerse contra “circulares de servicio” y contra “actos de certificación y registro”; la jurisprudencia de esta Corporación, ha señalado, sin embargo, que en estos casos, estas manifestaciones deben producir también efectos jurídicos frente a terceros, es decir deben detentar los elementos propios de los actos administrativos. Sobre este punto pueden consultarse las siguientes providencias de esta Corporación: Sección cuarta, Sentencia de enero 22 de 1988, Consejero Ponente: Hernán Guillermo Aldana Duque; Sección Primera. Sentencia de 14 de Octubre de 1.999 expediente No. 5064, Consejero Ponente: Manuel Urueta Ayola; Sección Primera, Sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente No. 3531 Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero.

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

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

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

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

3. Declaración de Oficio de la excepción de cosa Juzgada.

La institución de la cosa juzgada encuentra asiento en el derecho colombiano, como un instrumento orientado a garantizar el acceso a la justicia, el derecho al debido proceso, la seguridad jurídica y la economía procesal, entre otros.

Por regla general, opera cuando se ventilen dos procesos sobre el mismo objeto, que se funden en la misma causa y en los cuales exista identidad jurídica de las partes, y en uno de ellos se haya proferido sentencia que se encuentre debidamente ejecutoriada.

Esta idea general, tiene sin embargo, unas reglas más flexibles en el caso de la acción de nulidad, en atención a la naturaleza y características de ésta. Es así como, de su connotación de acción pública se deriva, la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda interponerla en búsqueda de una garantía del principio de legalidad que orienta las actuaciones administrativas; como consecuencia de esto, la identificación de las partes no es un presupuesto suyo, más sí el de la existencia de identidad en el o los actos administrativos demandados en uno y otro proceso.

Así mismo, y dada la connotación de rogada de la justicia administrativa en Colombia, unos son los efectos en el caso de que en el proceso se declare la nulidad del acto administrativo demandado, y otros, aquellos que se derivan en el

evento de que no prosperen las pretensiones. Si bien en ambos, los efectos son *erga omnes*, en el segundo de los supuestos, los efectos de ésta estarán supeditados a la confrontación normativa propuesta en la demanda, de allí que resulta perfectamente posible un segundo pronunciamiento sobre la legalidad de un mismo acto administrativo, siempre que los cargos de ilegalidad alegados por el actor sean distintos.

Estas particularidades de la institución de la cosa juzgada en materia de acciones de nulidad, encuentra referente jurídico positivo, en el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

“La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada “erga omnes”. “La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada “erga omnes” pero solo en relación con la “causa petendi” juzgada”.

La Sala constata que la Sección Tercera mediante sentencia del 11 de noviembre de 2009¹¹, con ponencia de este despacho, declaró la nulidad del parágrafo 2 del artículo 54 del Decreto 066 de 2008, configurándose así el fenómeno de la cosa juzgada:

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

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

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Noviembre 11 de 2009. Exp. 35177. C. P. Enrique Gil Botero.

“Tal como ha indicado la doctrina, se trata de un listado cerrado que no admite interpretaciones extensivas y no da cabida a la analogía. “De modo que si el hecho que da lugar a la contratación no puede enmarcarse con exactitud dentro de una de las causales de contratación directa, corresponderá al funcionario responsable de justificar la escogencia de la modalidad de selección, verificar si procede una selección abreviada, un concurso o una licitación pública. Se hace necesario anotar que las causales de contratación son autónomas y basta con que una de ellas se configure para que el funcionario de la selección pueda acudir a la contratación directa.”¹²

“Una de las causales de contratación directa es precisamente la celebración de contratos interadministrativos; la norma es clara al excepcionar de esta posibilidad los contratos de suministro, obra pública, fiducia y encargo fiduciario cuando sus ejecutores sean instituciones públicas de educación superior.¹³ Adicionalmente, y a modo de regla general, la posibilidad de no acudir a los procedimientos de licitación, concurso o selección abreviada se restringe a que las obligaciones de los negocios jurídicos celebrados entre entidades administrativas tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. De tal manera que, el factor determinante lo constituye la misión de la entidad y por ende todas aquellas actividades relacionadas con el cúmulo de competencias que el ordenamiento jurídico le asigna para su cabal desarrollo, las cuales se encuentran enmarcadas por el “principio de especificidad.”

“Salvo el caso de los entes territoriales, los cuales se caracterizan precisamente por la universalidad de los fines,¹⁴ los denominados entes

¹² ESTRADA SÁNCHEZ, Juan Pablo. “Contratación directa, convenios interadministrativos y contratos de cooperación internacional”. En: Contratación Estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Ley 1150 de 2007. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2009. Pág. 298.

¹³ La ley también contiene una prohibición expresa de celebración de contratos de interadministrativos en el caso de las cooperativas y Asociaciones de entidades territoriales; de tal manera que se excepciona a estas entidades expresamente de la posibilidad de contratación directa sustentada en la causal consagrada en el artículo 2 numeral cuarto literal c. La disposición referenciada preceptúa: “**Artículo 10: Tratamiento para las Cooperativas y Asociaciones de entidades territoriales.** Las cooperativas, las asociaciones conformadas por entidades territoriales y en general los entes solidarios de carácter público estarán sometidos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. La celebración de contratos de entidades estatales con asociaciones o cooperativas de entidades territoriales y en general con entes solidarios, se someterán a los procesos de selección de que trata la presente ley, en los que participarán en igualdad de condiciones con los particulares.”

¹⁴ Tal como señala la doctrina española los entes territoriales atienden a una universalidad de fines, lo cual implica una atribución de poderes públicos superiores, entre ellos: potestad reglamentaria, potestad expropiatoria, potestad tributaria, capacidad de ser titular de dominio

y organismos públicos rigen su actividad de acuerdo con el principio de especificidad o especialidad, de manera tal que su ámbito de actuación se circunscribe a la gestión de los servicios concretos o a la satisfacción de intereses confiados por el ordenamiento jurídico, los cuales son una parte del círculo de las atribuciones del Estado.¹⁵ Esta circunstancia se desprende del principio de legalidad el cual se materializa mediante la asignación de competencias, de forma tal que, a toda organización (conformada por recursos materiales, presupuestales, humanos y reales) se le asigna un sector o ámbito de actividad principal que se identifica con su objeto. Este aspecto, no desconoce que para el logro directo del fin asignado es indispensable el desarrollo de actividades conexas, indispensables para el cumplimiento de la actividad principal, pero perfectamente diferenciables de la misma.¹⁶

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

pública, entre otros. Adicionalmente, corresponde a los entes territoriales calificar una necesidad como pública, aspecto que lo conduce a asumir nuevas actividades, a determinar los fines a perseguir, a la creación de organismos administrativos que las lleven a cabo y a su organización y puesta en funcionamiento. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ RODRÍGUEZ, Tomás – Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. Madrid, Thomson Civitas. 2006. Pág. 383. Es necesario aclarar, que la posibilidad de actuación de los entes territoriales se materializa a través de entes instrumentales regidos por el principio de especificidad; De otro lado, la llamada “*universalidad de fines*” se circunscribe a aquellos asuntos que se derivan de las competencias reconocidas por el ordenamiento jurídico y de los intereses comunes de los administrados que se encuentran dentro de su territorio.

¹⁵ Cfr. GARCÍA OVIEDO, Carlos. Derecho Administrativo. Volumen I. Introducción –Doctrina general – Organización Administrativa. Madrid, Librería General del Victoriano Suárez. 1943.

¹⁶ Cfr. CHAPUS, Rene. Droit administratif général. Tome1. Paris, Montchrestien. 2001. Pág. 67.

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

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

De lo expuesto se concluye con facilidad que en el proceso se demostró la excepción de cosa juzgada, razón por la cual la Sala procederá a declararla de oficio de conformidad con el artículo 164 del C.C.A., disposición que preceptúa:

“Excepciones de fondo. En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos. “En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada...””

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

FALLA:

Primero. DECLÁRASE probada la excepción de cosa juzgada, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de este fallo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

ENRIQUE GIL BOTERO

Presidente de la Sala

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA