

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA-SUBSECCION A**

CONSEJERO PONENTE (E): HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá D.C. doce (12) de marzo de dos mil quince (2015)

Radicación:	11001032600020090004100
Expediente:	36760
Actor:	Samuel Urueta Rojas
Demandado:	Departamento Administrativo de la Presidencia de la República
Acción:	Nulidad

Conoce la Sala de la demanda de nulidad presentada por el ciudadano Samuel Urueta Rojas, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, para que se declare la nulidad del primer inciso del numeral 6º de la Directiva Presidencial No. 12 de 2002 y del primer inciso del numeral 6º de la Directiva Presidencial No. 04 de 2003.

I. ANTECEDENTES

1. Lo que se demanda.

Mediante escrito presentado el 15 de abril de 2008, el actor radicó la demanda con las siguientes pretensiones:

*“1º Que se declare la nulidad del primer inciso del numeral 6º de la Directiva Presidencial 12 de 1 de octubre de 2002, proferida por el Presidente de la República;
2º Que se declare la nulidad del primer inciso del numeral 6º de la Directiva Presidencial 04 del 4 de abril de 2003, proferida por el Presidente de la República, mediante la cual se aclara el numeral anterior.”*

2. Los actos acusados.

2.1. El primer inciso del numeral 6º de la Directiva Presidencial No. 12 proferida el 1º de octubre de 2002 por el Presidente de la República, en el cual se dispuso:

“DIRECTIVA PRESIDENCIAL 12 DE 2002

Para:	Ministros, Directores de Departamentos Administrativos, Superintendentes, Directores de Unidades Administrativas y Directores, Gerentes y Presidentes de Entidades Centralizadas y Descentralizadas del orden nacional.
De:	Presidente de la República
Asunto:	Lucha contra la corrupción en la contratación estatal.
Fecha:	Bogotá, D. C., octubre 1º de 2002.

La presente directiva fija los lineamientos, criterios, medidas y acciones de corto y mediano plazo, que deberán cumplir las entidades públicas en materia de lucha contra la corrupción en la contratación estatal.

El Gobierno Nacional orientará una serie de acciones a corto y mediano plazo, dirigidas a garantizar transparencia en los procesos de selección de contratistas; generar instancias de participación de la comunidad a través de veedurías ciudadanas; señalar el alcance de los principios y deberes previstos en la Ley 80 de 1993, especialmente el de selección objetiva; y, en general, a promover el uso de tecnologías de la información para optimizar la gestión de estos procesos, reducir sus costos de transacción y eliminar la realización de prácticas corruptas.

La presente directiva es de obligatorio cumplimiento para las entidades estatales del orden nacional así como para las empresas oficiales

(...)

6. MANEJO DE PAGOS ANTICIPADOS Y ANTICIPOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Salvo casos excepcionales plenamente justificados y motivados, las entidades no pactarán pagos anticipados.

Para el caso de los anticipos se establece como criterio que la entrega de recursos se realice utilizando instrumentos financieros que aseguren el manejo transparente de los recursos y su destinación exclusiva al contrato.

Deberá estipularse en los contratos estatales que la entidad pública contratante es la propietaria de los recursos entregados en calidad de anticipo y en consecuencia los rendimientos financieros que los mismos generen pertenecen al Tesoro.”

Los destinatarios de la presente directiva deberán informar y promover directamente entre los funcionarios a su cargo el contenido de la misma, así como tomar las medidas necesarias para su cumplimiento.” (Se subraya y resalta en negrilla el texto objeto de la demanda).

2.2. El primer inciso del numeral 6º de la Directiva Presidencial 04 proferida el 4 de abril de 2003 por el Presidente de la República, en el cual se dispuso:

“DIRECTIVA PRESIDENCIAL 04 DE 2003

(Abril 04)

Para: *Ministros del Despacho, Directores de los Departamentos Administrativos, Superintendentes, Directores de Unidades Administrativas, Gerentes y Presidentes de Entidades Centralizadas y Descentralizadas del orden nacional y otros altos funcionarios del Gobierno.*

De: *Presidente de la República.*

Asunto: *Orden lucha contra la corrupción en la contratación estatal.*

Fecha: *4 de abril de 2003.*

La presente Directiva Presidencial aclara el numeral 6º de la Directiva Presidencial número 12 del 1º de octubre de 2002, el cual quedará así:

6º. MANEJO DE PAGOS ANTICIPADOS Y ANTICIPOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

Salvo casos excepcionales plenamente justificados y motivados, las entidades no pactarán pagos anticipados. Esta restricción no se aplicará al Sector de la Defensa Nacional.

Para el caso de los anticipos se establece como criterio que la entrega de recursos se realice utilizando instrumentos financieros que aseguren el manejo transparente de los recursos y su destinación exclusiva al contrato.

Deberá estipularse en los contratos estatales que la entidad pública contratante es la propietaria de los recursos entregados en calidad de anticipo y en consecuencia los rendimientos financieros que los mismos generen pertenecen al Tesoro.

Los destinatarios de la presente directiva deberán informar y promover directamente entre los funcionarios a su cargo el contenido de la misma, así como tomar las medidas necesarias para su cumplimiento.” (Se subraya y resalta en negrilla el texto objeto de la demanda).

3. Normas violadas y concepto de la violación.

El demandante acusó la violación de los siguientes artículos de la Constitución Política: 4, 13, 84, 122, último inciso del artículo 150 y numeral 11 del artículo 189; los siguientes artículos de la Ley 80 de 1993: el numeral 15 del artículo 25 y el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 e igualmente invocó el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

En la exposición sobre el concepto de violación, el actor realizó un estudio acerca de la competencia para proferir regulación en materia de contratación estatal, de conformidad con la reserva legal establecida a favor del Congreso de la República, contenida en el último inciso del artículo 150 de la Constitución Política¹. Observó la naturaleza de las Directivas Presidenciales que corresponden a las órdenes en ejercicio de la potestad reglamentaria consagrada en el numeral 11 del artículo 189² de la Constitución Política, la cual, a su juicio, se excedió con la expedición de los actos acusados y como consecuencia se configuró un vicio de incompetencia.

¹ “Artículo 150 C.P. “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.”

² Artículo 189 C.P. “Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...) 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.”

Acerca de la ilegalidad del primer inciso del numeral 6º de la Directiva Presidencial 12 de 2002 y del primer inciso del numeral 6º de la Directiva Presidencial 04 de 2003 concretó el cargo de nulidad, en la siguiente forma:

El actor expuso que al trazar los lineamientos sobre los pagos anticipados, el Presidente de la República excedió su competencia, por cuanto limitó el uso de esa figura contractual a *“casos excepcionales plenamente justificados y motivados”*, creó nuevos límites e impuso una restricción que no estaba prevista en las disposiciones legales acerca de la contratación estatal. Puntualizó que la potestad de pactar pagos anticipados, está regulada en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, norma que simplemente limita su estipulación respecto del monto hasta por el cual pueden ser acordados dichos pagos, equivalente al cincuenta (50%) del respectivo contrato. Recordó que la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado que *“a través de las Directivas Presidenciales no es posible agregar requisitos, exigencias o trámites para la celebración del contrato, toda vez que “la potestad reglamentaria se caracteriza porque los actos expedidos están subordinados a la ley que reglamentan, de modo que no pueden modificar las disposiciones contenida en ella (...)”*³

Concluyó que el acto acusado configuró el exceso de la potestad reglamentaria por dos razones: respecto de su naturaleza, al imponer el carácter excepcional a los pagos anticipados y por otro lado, respecto al procedimiento para su estipulación, al exigir *“una especial motivación y justificación para los pagos anticipados, lo cual tampoco está previsto en la ley.”*

Acerca de la ilegalidad del aparte que fue adicionado al primer inciso del numeral 6º, en la Directiva Presidencial 04 de 2003, el actor agregó que se estableció una discriminación abiertamente ilegal o inconstitucional en favor del Sector de Defensa Nacional.

4. Actuación Procesal.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrado Ponente Mauricio Fajardo Gómez, expediente 34144, auto de 12 de diciembre de 2007.

4.1. Mediante providencia calendada el 27 de mayo de 2009, se admitió la demanda y se accedió a la **suspensión provisional** de los segmentos normativos demandados⁴. La decisión de suspensión provisional se fundó en el cotejo entre las disposiciones acusadas y el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el cual reflejó una contradicción ostensible, al establecer en las Directivas Presidenciales que las entidades “no pactarán” pagos anticipados, y además, para el caso de la Directiva Presidencial 04 de 2003, al agregar a esa restricción, que no se aplicará al Sector de la Defensa Nacional.

4.2. El 30 de junio de 2009, la entidad pública accionada interpuso recurso de reposición por razón de la vinculación del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República al proceso, lo cual sustentó en que para los actos *sub judice* la representación judicial de la Nación no recayó en ese departamento administrativo y además, afirmó que las directivas presidenciales no son actos administrativos⁵.

4.3. Una vez que el actor describió el traslado del recurso de reposición, la Sala se pronunció en auto de 6 de agosto de 2009, en el sentido de confirmar la providencia recurrida. En esa providencia puso de presente que de conformidad con las funciones contenidas en el Decreto 4657 de 2006 y el artículo 149 del C.C.A., le corresponde al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, asistir y apoyar al Presidente de la República en el cumplimiento de sus funciones constitucionales como suprema autoridad administrativa en relación con la Administración de Justicia.

En relación con la supuesta falta de fuerza vinculante de la Directivas Presidenciales, por no reunir los presupuestos del artículo 115 de la Constitución Política, toda vez que fueron expedidas con la sola firma del Presidente de la República, la Sala indicó en esa oportunidad que el tema era parte del análisis de fondo de esta litis.

4.4. Previa contestación de la demanda, se decretaron las pruebas allegadas al proceso, mediante auto de 26 de septiembre de 2009⁶.

⁴ Folios 19 a 27, cuaderno 1.

⁵ Folios 39 a 41, cuaderno 1.

⁶ Folios 65 y 66 cuaderno 1.

4.5. Contestación de la demanda.

El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República contestó la demanda y presentó el análisis para desvirtuar los cargos, en la forma que se resume, a continuación:

En primer lugar, observó que el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República carece de legitimación pasiva en el presente proceso, toda vez que no es la *“persona de mayor jerarquía de la entidad que expidió el acto”*.

En segundo lugar, frente a los cargos, observó que el Presidente de la República adoptó medidas en materia de *“lucha contra la corrupción en la contratación estatal”* dentro de la órbita de su competencia en su calidad de suprema autoridad administrativa, a través de la potestad reglamentaria con apoyo en el artículo 189 de la Constitución Política y en cumplimiento de los principios de moralidad y transparencia que imponen el artículo 209 C.P. y el artículo 3 de la Ley 489 de 1998⁷.

Agregó que las directivas presidenciales impugnadas no tienen fuerza modificatoria de la ley, constituyeron recomendaciones y orientaciones, que en este caso se expidieron por el Presidente de la República para eliminar la realización de prácticas corruptas en la contratación estatal⁸.

Finalmente afirmó que la Sala deberá declararse inhibida para fallar, en caso de considerar que las directivas presidenciales *sub judice* no tienen fuerza vinculante, por no haber sido suscritas de conformidad con el artículo 115 de la C.P., por el ministro del ramo respectivo o por el director del departamento administrativo correspondiente.

El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República presentó como **excepciones:** i) la ineptitud sustantiva de la demanda por falta de legitimación pasiva, por cuanto la Nación en este caso no podía ser representada por el Presidente de la

⁷ Artículo 3, Ley 489 de 1998. *“Principios de la función administrativa. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a 2 la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.”*

⁸ Citó la sentencia de la Corte Constitucional C – 1029 de 2002.

República ni por el Departamento Administrativo, en lo cual se apoyó para incluir este aspecto como excepción de fondo por haberse notificado la demanda a persona distinta del demandado; ii) la ineptitud sustantiva de la demanda por indebida representación de la Nación, la cual hizo consistir en que el acto acusado no proviene de la entidad que fue vinculada como demandada, de manera que no le correspondió ser el representante para efectos judiciales.

4.6. Alegatos de conclusión.

El **actor** reiteró los fundamentos y cargos presentados en la demanda, se detuvo en las providencias del Consejo de Estado acerca del ejercicio de la potestad reglamentaria, respecto de la cual esta Corporación ha advertido que a través de la potestad reglamentaria no es viable superar la ley ni incursionar en la órbita de competencia del legislador.

Alegó que los actos acusados son susceptibles de demanda toda vez que el Presidente de la República es la máxima autoridad administrativa y por razón del artículo 115 de la Constitución Política, puede expedir directivas, en uso de la potestad reglamentaria, las cuales constituyen actos administrativos reglamentarios, de carácter vinculante, susceptibles de ser controlados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Finalmente, en relación con las excepciones, reprodujo los argumentos que expresó al descorrer el traslado correspondiente, los cuales se resumen así:

De conformidad con las funciones generales que asignó el Decreto 4657 de 2006 es posible concluir que al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República le corresponde representar judicialmente a la Nación en los procesos en que se demanden actos administrativos expedidos exclusivamente por Presidente de la República. De otra manera, advirtió, se llegaría a la absurda conclusión que sostiene la demandada, según la cual ni el citado Departamento ni el Presidente de la República pueden representar a La Nación en el presente proceso y en tal caso, no habría autoridad alguna a quien se pudiera demandar.

La **entidad accionada**, guardo silencio en su oportunidad.

.4.7. Concepto del Ministerio Público.

El **Ministerio Público** emitió concepto mediante escrito presentado el 10 de diciembre de 2009, en el cual concluyó que las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar parcialmente, respecto de la Directiva Presidencial 04 de 2003, puesto que sin razón alguna se resolvió que la restricción no aplicaba al sector de defensa nacional.

En relación con lo dispuesto sobre los pagos anticipados en el contrato estatal, la vista fiscal estimó que las directivas no modificaron la disposición del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en cuanto que el pago anticipado no puede superar el 50% del valor del contrato, simplemente en desarrollo de *“los claros postulados que rigen la contratación, se precisaron las motivaciones que han de soportar tal decisión.”* En tal sentido, citó el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 acerca del principio de transparencia en la contratación, de acuerdo con el cual la ley impone la motivación detallada y precisa de los actos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella.

Acerca de las excepciones, el Ministerio Público estimó que no tienen vocación de prosperar teniendo en cuenta que al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República le corresponde asistir al Presidente en el ejercicio sus atribuciones constitucionales y legales, de conformidad con las funciones que le asignó el Decreto 4657 de 2006.

En este estado del proceso y sin que se observe la configuración de causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir sentencia, previo lo cual efectuará las siguientes

II. CONSIDERACIONES

La Sala desarrollará el siguiente orden de razonamiento: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** oportunidad en el ejercicio de la acción; **3)** prueba de los actos acusados; **4)** excepciones de legitimación pasiva e ineptitud de la demanda; **5)**

naturaleza de las Directivas Presidenciales en el *sub lite*; **6)** ejercicio de la potestad reglamentaria en la expedición de las Directivas Presidenciales, en materia contractual; **7)** análisis del cargo por violación del artículo 150 de la Constitución Política, incompetencia de la autoridad que expidió el acto acusado; **8)** apreciación desde la legislación en la lucha anticorrupción, asunto materia de las Directivas Presidenciales; **9)** conclusión en el caso concreto y **10)** anotación final acerca de la violación del artículo 115 C.P.

1. Competencia del Consejo de Estado

La Sala es competente para conocer del presente asunto de conformidad con el numeral 1º del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo⁹, en la medida en que las directivas presidenciales acusadas fueron expedidas por el Presidente de la República, autoridad del orden nacional.

Igualmente, se confirma la competencia de la Sala de conformidad con el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003¹⁰ - contentivo de las disposiciones que hacen parte del Reglamento del Consejo de Estado-, en el cual, entre otras cuestiones le asignó competencia a la Sección Tercera para pronunciarse sobre las demandas de nulidad contra actos administrativos en asuntos contractuales.

⁹ Para la época de la presentación de la demanda, se aplicaban las siguientes disposiciones:

“Artículo 128. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:

1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden.

¹⁰*“Artículo 13.- Distribución de los negocios entre las Secciones.*

Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así:

(...)

Sección Tercera:

*1-. Los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos agrarios, **contractuales**, mineros y petroleros.” (Se resalta).*

2. Oportunidad en el ejercicio de la acción.

El demandante actuó en ejercicio de la acción de nulidad simple, prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, respecto de la cual el artículo 136 del citado código dispuso:

“1. La acción de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto.”

Por lo tanto, no existe óbice para conocer de la presente acción, por razón de la oportunidad en el ejercicio de la acción.

3. Pruebas de los actos acusados.

Las siguientes son las pruebas allegadas a este proceso:

3.1. Primera y segunda página del Diario Oficial, edición No. 44.952, de 3 de octubre de 2002, contentivo de la publicación de la Directiva Presidencial No 12 de 1º de octubre de 2002¹¹.

3.2. Primera página del Diario Oficial, edición No. 45.152, de 7 de abril de 2003, contentivo de la publicación de la Directiva Presidencial No 04 de 4 de abril de 2003¹².

No presenta reparo la antedicha prueba, contentiva de la copia simple de la publicación de las directivas presidenciales acusadas, toda vez que en los términos del artículo 188 del Código de Procedimiento Civil, las normas jurídicas de alcance nacional no requieren prueba¹³, además de que las copias simples pueden ser valoradas como prueba, de acuerdo con la jurisprudencia vigente.

4. Excepciones de legitimación pasiva e ineptitud de la demanda

¹¹ Folios 14 y 15, cuaderno 1.

¹² Folio 16, cuaderno 1.

¹³ De la misma manera dispone el Código General del Proceso (C.G.P.):

“Artículo 177. Prueba de las normas jurídicas. “El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá en copia al proceso, de oficio o a solicitud de parte.”

4.1. Legitimación pasiva.

No procede la excepción de falta de legitimación pasiva invocada por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, por las siguientes razones:

i) La demanda se dirigió contra La Nación- Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y en efecto, corresponde al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República la función de asistir al Presidente en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto No. 2179 de 2000 vigente para la época en que se expidieron las directivas presidenciales impugnadas en este proceso y el Decreto No. 4657 de 2006, vigente para la fecha en que se presentó la demanda, así:

DECRETO 2719 DE 2000

I. OBJETO, NATURALEZA Y ESTRUCTURA DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

“ARTICULO 1o. OBJETO. *Corresponde al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República asistir al Presidente en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales y prestarle el apoyo administrativo y los demás servicios necesarios para dicho fin.*

El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República tendrá como denominación abreviada la de "Presidencia de la República", la cual será válida para todos los efectos legales.”

DECRETO 4657 DE 2006

CAPITULO I.

MISIÓN, NATURALEZA Y ESTRUCTURA DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA.

“ARTÍCULO 1o. MISIÓN. *Corresponde al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República asistir al Presidente de la República en su calidad de Jefe de Gobierno, Jefe de Estado y Suprema Autoridad Administrativa en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales y prestarle el apoyo administrativo necesario para dicho fin.*

El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República tendrá como denominación abreviada la de “Presidencia de la República”, la cual será válida para todos los efectos legales.”

ii) De conformidad con el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo¹⁴, la representación judicial de la Nación en el presente proceso de nulidad simple corresponde al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, siguiendo los dictados del artículo 3º numeral 2º, del Decreto No. 4657 de 2006 -por el cual se modificó la estructura del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, teniendo en cuenta que corresponde a ese Departamento la función de asistir al Presidente de la República, en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales en relación con la “*administración de justicia*”:

“Artículo 3º. Funciones generales. *El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, tendrá las siguientes funciones generales:*

*1. Organizar, dirigir, coordinar y realizar directamente si fuere el caso, las actividades necesarias que demande el Presidente de la República, para el ejercicio de las facultades Constitucionales que le corresponde ejercer, con relación al Congreso y con la **administración de justicia.**”* (La negrilla no es del texto).

iii) Finalmente, se puede observar que de conformidad con el Decreto 519 de 2003, estaba a cargo del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el “Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha Contra la Corrupción”, denominado inicialmente “Programa de Lucha Anticorrupción” (Decreto 127 de 2001), al cual se refirió el asunto materia de las Directivas Presidenciales atacadas.

4.2. Inepta demanda.

¹⁴ Artículo 149 C.C.A. ([Modificado por el artículo 49 de la Ley 446 de 1998](#)).

“Las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados. Ellas podrán incoar todas las acciones previstas en este código si las circunstancias lo ameritan.”

No procede la excepción de inepta demanda, toda vez que el actor cumplió formal y materialmente con la identificación de la parte demandada, según se expresó en el punto anterior y, tal como se advirtió en el auto que resolvió el recurso de reposición contra el admisorio de la demanda, la interpretación planteada por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República llevaría a que en este caso no existió entidad a la cual demandar, haciendo imposible el cumplimiento de la exigencia legal de identificar a la parte demandada, con lo cual desde el punto de vista sustancial, el ejercicio de la acción y de la contradicción, se tornaría completamente inane.

5. Naturaleza de las Directivas Presidenciales en el *sub lite*.

Las Directivas Presidenciales que se conocen en este proceso contienen una orden imperativa, de acuerdo con el texto claro de sus disposiciones:

En la Directiva Presidencial 12 de 2002 se estableció:

“La presente directiva es de obligatorio cumplimiento para las entidades estatales del orden nacional así como para las empresas oficiales.”

En la Directiva Presidencial 04 de 2003, que modificó la anterior, se indicó en el asunto:

“Orden lucha contra la corrupción en la estatal contratación”. (La negrilla no es del texto).

De lo anterior se establece que las disposiciones impugnadas constituyeron manifestaciones de voluntad del Presidente de la República en ejercicio de la función administrativa en materia de lucha contra la corrupción en la contratación estatal, las cuales revistieron el carácter de actos administrativos típicos, toda vez que mediante la orden correspondiente, el Presidente de la República impuso a los funcionarios públicos destinatarios, la obligación de manejo excepcional de pagos anticipados en la contratación estatal.

Por lo tanto, en lo que hace relación con las disposiciones atacadas en este proceso, las Directivas Presidenciales No. 12 de 2002 y No. 04 de 2003, contenían actos administrativos pasibles de control jurisdiccional, frente a los cuales procede el estudio de fondo de la pretensión de nulidad.

Debido a lo específico del asunto en cuestión, no tiene efecto útil entrar en definiciones y clasificaciones teóricas de las Directivas Presidenciales –como las enunciadas en la vista fiscal- en cuanto bajo la misma forma, pudieran darse otro tipo de actos contenidos en Directivas Presidenciales, como por ejemplo instrucciones o en su caso reglamentaciones en ejercicio de funciones a cargo del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, lo cual no es del caso entrar a distinguir en este proceso, teniendo en cuenta el contenido concreto de los actos demandados en este caso.

6. Ejercicio de la potestad reglamentaria en la expedición de las Directivas Presidenciales, en materia contractual.

De acuerdo con el texto de las directivas presidenciales atacadas en el *sub lite* – números 12 de 2002 y 04 de 2003-, se encuentra fuera de discusión que las disposiciones acusadas constituyeron “órdenes” del Presidente de la República, dirigidas a las autoridades del nivel nacional que reseñó la respectiva directiva y en tal calidad se aprecian como una categoría pasible del acto administrativo reglamentario, dentro de la potestad atribuida al Presidente de la República, de conformidad con el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política:

“ARTICULO 189. *Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:*

(...)

1. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.”

Ahora bien, con fundamento en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, las Directivas Presidenciales mediante las cuales se expiden órdenes, tienen la naturaleza de acto administrativo reglamentario, expedido en ejercicio de una

función administrativa, y por lo tanto, se les atribuye la presencia de las notas características que han sido reiteradas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, así:

*“Con apoyo en lo estatuido por esa norma atributiva de competencia se tiene que la potestad reglamentaria: (i) es una función presidencial; (ii) es una **función típicamente administrativa**, (iii) se ejerce no sólo mediante la expedición de decretos reglamentarios, sino también por medio de resoluciones u órdenes y (iv) tiene como cometido la cumplida ejecución de las leyes.*

Se trata de una regulación secundaria y limitada que aporta los detalles y pormenores de la ejecución de la ley y que convierte de esta suerte al ejecutivo en guardián de los mandatos del legislador¹⁵. Competencia que supone la expedición de actos administrativos (bien bajo la modalidad de decretos, ya como resoluciones, ora como órdenes o la denominación que quiera dársele) que tienen por finalidad exclusiva, como tiene determinado la jurisprudencia, hacer el enunciado abstracto de la ley para encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano real, vale decir, la cabal ejecución de ella¹⁶. No se olvide que, en consonancia con este mandato, el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 prevé que las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno tienen fuerza obligatoria.

Con esta perspectiva, es claro que –contrario a lo aseverado por el accionado- dicha potestad administrativa no exige que sea desplegada por medio de decretos reglamentarios, sino que también puede llevarse a cabo, dada su particular naturaleza, por medio de resoluciones u órdenes. Al fin y al cabo, de lo que se trata es de hacer efectivo el cumplimiento de la ley. Lo propio de la rama ejecutiva es justamente ello: dar órdenes para velar por su estricto cumplimiento. Y por ello, las directivas presidenciales tienen plena fuerza obligatoria y no son, como pretende el demandado, meras indicaciones o sugerencias.”¹⁷

En el mismo sentido, siguiendo las consideraciones de la Corte Constitucional, no existe duda acerca del principio de orden normativo, según el cual las Directivas Presidenciales deben respetar la Ley y el ámbito a ella asignado, de acuerdo con lo

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 11 de octubre de 1911.

¹⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C 557 de 1992, C 228 de 1993, C 4467 de 1996, C 028 de 1997, C 290 de 1997, C 350 de 1997, C 302 de 1999, C 805 de 2001, C 508 de 2002 y C 384 de 2003.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Subsección B), Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, sentencia de 27 de octubre de 2011, radicación 110010326000200700040-00, expediente:34.144, actor: Emerson Vicente Solórzano Riaño, demandado: Nación- Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, referencia: acción de nulidad-fallo.

que se desprende de la estructura adoptada por la Constitución Política, toda vez que son actos de menor jerarquía que la ley, dentro del sistema jurídico colombiano:

“La unidad del sistema jurídico, y su coherencia y armonía, dependen de la característica de ordenamiento de tipo jerárquico de que se reviste. La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular. En esto consiste la connotación de sistema de que se reviste el ordenamiento, que garantiza su coherencia interna. La finalidad de esta armonía explícitamente buscada, no es otra que la de establecer un orden que permita regular conforme a un mismo sistema axiológico, las distintas situaciones de hecho llamadas a ser normadas por el ordenamiento jurídico.”¹⁸

Sobre la base del respeto que toda Ley debe tener en relación con la Constitución Política, existe adicionalmente un orden interno que se ha expresado legislativamente en la regla general de subordinar las órdenes del ejecutivo a la ley, el cual se expresa en la Ley 153 de 1887, así:

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

En el mismo ámbito, el Consejo de Estado ha precisado que en el supuesto de asumir un asunto materia de ley mediante un acto reglamentario, el respectivo acto adolece de falta de competencia, de acuerdo con el siguiente razonamiento:

“La potestad reglamentaria se caracteriza porque los actos expedidos están subordinados a la ley que reglamentan, de modo que no pueden modificar las disposiciones contenidas en ella. Si el ejecutivo desborda la facultad reglamentaria y se arroga una competencia de la que carece, termina por invadir la órbita del legislador, al punto de colegislar conjuntamente con él”¹⁹

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-037/00, 26 de enero de 2000.

¹⁹ Sentencia de 23 de noviembre de 2005, expediente 14501; M.P. Ramiro Saavedra Becerra, reiterada en auto proferido el 12 de diciembre de 2007, expediente 34.144. En el mismo sentido fue reiterada en auto de mayo 27 de 2009, radicación 110010326000200900035-00, expediente 36601. Magistrado ponente: Mauricio Fajardo Gómez, actor: Martín Bermudez Muñoz, demandado: Presidencia de la República y otros.

En jurisprudencia de unificación, en punto al alcance legal de los objetos de los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, examinado en la demanda contra el artículo 1º del Decreto 4266 de 2010, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado²⁰ expuso las siguientes consideraciones acerca de la potestad reglamentaria:

“24. Ahora bien, otro punto importante al estudiar la potestad reglamentaria es el referente a su contenido y alcance. Sin duda alguna, dicha potestad normativa está en directa relación con los poderes de orientación política, dirección, estructuración, regulación, diseño y fijación de directrices para el cometido de los fines estatales asignados a la administración; todo esto, como es obvio, dentro del contexto de los principios y parámetros constitucionales y legales respectivos. Es decir, la potestad normativa de la administración o de hacer normas rectoras de la actividad estatal, en cuanto privilegio funcional, es de naturaleza subordinada y dependiente de las normas de carácter superior. Sería absurdo pensar en la posibilidad de una potestad normativa de la administración ausente o inmune al principio de la legalidad.

(...)

“30. En cuanto a sus límites, esta Corporación ha indicado que ‘(...) el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria no puede dictar disposición alguna que viole una ley cualquiera, no sólo la que dice desarrollar o ejecutar sino todas las normas que tengan carácter legislativo (...)’²¹ y que so pretexto de reglamentar una norma, el decreto reglamentario no puede, en ejercicio de la facultad mencionada, modificar, ampliar o restringir el sentido de la ley dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en las mismas, porque ello no sería reglamentar sino legislar²².”

(...)

“35. De otra parte, la necesidad del ejercicio de la potestad reglamentaria se funda en el carácter genérico de la ley. Así, si la

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 2 de diciembre de 2013, radicación: 110010326000201100039 00 (41719), actor: Juan Carlos Castaño Posada, demandado: Presidencia de la República y otros, acción: nulidad simple

²¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I, Sentencia del 15 de mayo de 1997. Exp. 4015-4068, C.P.: Juan Alberto Polo.

²² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. auto del 2 de febrero de 2005. Exp. 28615, C.P.: Alier Eduardo Hernández.

regulación legal agota el objeto o materia regulada, la intervención del Ejecutivo no deviene indispensable²³. En este sentido, la jurisprudencia de esta Corporación estableció que:

‘Los límites del poder reglamentario de la Ley, los señala la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado; si los ordenamientos expedidos por el Congreso, suministran todos los elementos necesarios para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar y por consiguiente, no habrá oportunidad para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Pero, si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer la regulación de esos detalles’.²⁴”

Ahora bien, en lo que hace a las disposiciones atacadas en el *sub lite*, se observa que la orden contenida en las Directivas Presidenciales consistió en restringir la forma de pago que se podía pactar en los contratos estatales, para la modalidad de pago anticipado - permitida en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 hasta por un 50% del valor del contrato- respecto de lo cual, la Sala advierte que el contenido normativo - ahora demandado- impuso una prohibición que no estaba contemplada en la ley, por cuanto se expresó bajo la fórmula abiertamente restrictiva: “*Salvo casos excepcionales (...) no pactarán pagos anticipados*”. Se puntualiza, también, que las directivas atacadas agregaron a las disposiciones de orden legal, la exigencia de justificar y motivar en forma específica esos casos, colocados por virtud de la misma directiva bajo una regla de excepción que no tenía origen legal.

Por último, es importante precisar que las directivas presidenciales demandadas se ubicaron fuera del supuesto de la reglamentación autónoma referida en el artículo 355 de la Constitución Política. Se menciona lo anterior, teniendo en cuenta que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado²⁵ identificó una categoría de actos

²³ Cita original de la sentencia: “Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de Septiembre 5 de 1997, Exp.: 8308. C. P.: Germán Ayala Mantilla y Sección Cuarta, Sentencia de mayo 5 de 2003. Exp.: 13212 C. P.: Ligia López Díaz.”

²⁴ Cita original de la sentencia: “Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Sentencia de 21 de agosto de 2008, Exp. 0294-04 y 0295-04, C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.”

²⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Luís Fernando Álvarez Jaramillo, radicación 1.710 de 2006, concepto de 23 de febrero de 2006.

“En efecto, prevé el artículo 355 constitucional: (...) Si bien esta norma constitucional establece el marco normativo, las condiciones, características y régimen complementario, están contenidos en decretos reglamentarios —principalmente en los Nos. 777 y 1403 de 1992 y 2459 de 1993—, que pueden calificarse de autónomos, en cuanto sólo están sometidos a la Constitución y no a la ley y, por tanto, sustraídos del alcance del Estatuto general de contratación de la administración pública (art. 150 in fine),

reglamentarios autónomos, o independientes de subordinación legal en materia contractual, en relación con la reglamentación de las contrataciones referidas en el numeral segundo del artículo 355 de la Constitución Política, que puede expedir el Gobierno Nacional con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional de Desarrollo²⁶. Este artículo ha sido invocado como un supuesto constitucional del acto reglamentario autónomo en materia contractual, independiente de la potestad del legislador que se desprende del artículo 150 de la Constitución Política y ha dado lugar a una excepción al principio de subordinación a la ley de contratación estatal que se viene comentando. Sin estar necesariamente de acuerdo con otorgar un alcance generalizado al enunciado que se expresó en torno a la potestad de reglamentación derivada del artículo 355 de la Constitución Política²⁷, se aprecia que esa disposición no es aplicable en este caso, por cuanto la norma constitucional habría fijado competencia exclusivamente para la reglamentación de una específica forma de contratación con recursos del presupuesto estatal²⁸ proveniente de varias entidades públicas, entre otras las de orden departamental o municipal, a favor de entidades sin ánimo de lucro, las cuales en el asunto que ahora se examina, no resultan aplicables, toda vez que esas entidades no estaban cobijadas por las directivas presidenciales *sub judice*.

Por lo tanto, se esclarece que en este proceso se estudian unas directivas presidenciales acerca de los pagos posibles en los contratos estatales que se regían por la Ley 80 de 1993, por cuanto esa Ley fue específicamente invocada en la

pues el constituyente tuvo a bien reservar a la competencia del gobierno la regulación de esta materia contractual, de manera que han de tenerse en cuenta los elementos que en aquellos se precisan, para analizar, a continuación, la procedencia de celebración de los contratos por los que inquiera la consulta,”

²⁶ “Artículo 355. . “Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.”

²⁷ Por cuanto la materia de reglamentación autónoma está referida al manejo de las disponibilidades presupuestales en esos contratos – de acuerdo con el texto completo de la norma y la ubicación de esta disposición constitucional - y por ello actualmente resultaría discutible citar esta norma como apoyo para la competencia en la expedición de un reglamento autónomo de contratación especial, en ese caso de origen gubernamental. .

²⁸ Según el reglamento contenido en el Decreto No. 777 de 1992, esa regulación especial, no se aplica a los contratos con pagos que se realizan en contraprestación directa a lo que recibe la entidad estatal.

Directiva Presidencial No. 12 de 2002 y con base en dicha apreciación, la Sala reitera que resulta aplicable en todo sentido el principio de la subordinación de esos actos administrativos a la Ley contentiva del estatuto orgánico de contratación estatal, según se ha expuesto en esta providencia.

7. Análisis del cargo por violación del artículo 150 de la Constitución Política, incompetencia de la autoridad que expidió el acto acusado.

De conformidad con la reserva legal establecida a favor del Congreso de la República, en el último inciso del artículo 150 de la Constitución Política²⁹, la expedición del estatuto de contratación estatal debe realizarse a través de norma con fuerza de ley en sentido formal, lo cual se cumplió con la Ley 80 de 1993, contentiva del régimen de la contratación estatal.

Con el propósito de introducir el alcance de la figura de la reserva de ley, la Sala acude a citar a la Corte Constitucional:

“La técnica de reserva de ley se refiere a la exigencia, dentro del ordenamiento jurídico, que ciertas materias se regulen necesariamente mediante normas con fuerza de ley. Dicho de otra manera, los asuntos reservados a las normas legislativas, no pueden ser regulados mediante decretos reglamentarios ni resoluciones. ... todos los preceptos constitucionales en los que existe reserva de ley imponen la obligación que los aspectos principales, centrales y esenciales de la materia objeto de reserva estén contenidos (regulados) en una norma de rango legal. Es decir, en la ley en cualquiera de las variantes que pueden darse en el Congreso de la República, decretos leyes, o decretos legislativos. Las materias que son objeto de reserva de ley pueden ser ‘delegadas’ mediante ley de facultades extraordinarias al Ejecutivo para que sea éste quien regule la materia mediante decretos leyes. Pero las materias objeto de reserva de ley no pueden ser ‘deslegalizadas’, esto es, el legislador no puede delegar al Ejecutivo que regule esa materia mediante reglamento, en desarrollo del artículo 189.11 de la Constitución”³⁰.

La apreciación acerca del alcance de la reserva legal que se viene comentando, fue también expuesta por la Corte Constitucional, de la siguiente manera:

“... la doctrina y la práctica han demostrado que la potestad reglamentaria del ejecutivo es inversamente proporcional a la

²⁹ “Artículo 150 C.P. ”Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.”

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-1265 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

extensión de la ley. De suerte que, ante menos cantidad de materia regulada en la ley, existe un mayor campo de acción para el ejercicio de la potestad reglamentaria, y viceversa.

¿Qué factores determinan que ello ocurra?

En esencia, la mayoría de las veces, el ejercicio íntegro o precario de la potestad de configuración normativa depende de la voluntad del legislador, es decir, ante la valoración política de la materia a desarrollar, el Congreso de la República bien puede determinar que regula una materia en su integridad, sin dejar margen alguna a la reglamentación o, por el contrario, abstenerse de reglar explícitamente algunos aspectos, permitiendo el desenvolvimiento posterior de las atribuciones presidenciales de reglamentación para que la norma pueda ser debidamente aplicada.

No obstante, esta capacidad del Congreso para determinar la extensión de la regulación de una institución, tiene distintos límites que vienen dados por las especificidades de las materias objeto de dicha regulación. Así, por ejemplo, el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, somete a estricta reserva legal, entre otras, la regulación de materias tales como impuestos o leyes estatutarias. Para esta Corporación, es claro que la regulación de los elementos esenciales de materias sometidas a reserva de ley y que recaigan sobre asuntos administrativos, no son susceptibles de ser regulados a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, salvo en cuestiones accesorias y de detalle, so pena de contrariar disposiciones imperativas de raigambre Superior (C.P. arts. 152 y 338).”³¹

Ahora bien, en el caso concreto, frente a la disposición del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, estaba permitido a las entidades estatales pactar en los contratos que se rigen por esa ley, pagos anticipados hasta por el 50% del valor inicial del contrato, expresado en salarios mínimos legales mensuales. A juicio de la Sala, las órdenes *sub judice*, contenidas en las Directivas Presidenciales No. 12 de octubre 1º de 2002 y No. 04 de 4 de abril de 2003, modificaban la regla del párrafo del artículo 40 de la Ley 80, toda vez que contenían una prohibición general de pactar pagos anticipados y la exigencia de una motivación específica para cada evento en que se decidiera esa forma de pago, allí calificada como de carácter excepcional; mientras que en el estatuto de contratación contenido en la Ley 80 expedida en 1993, la forma de pago anticipada estaba abiertamente permitida, sin restricción distinta que la derivada del monto fijado en relación porcentual con el valor del contrato.

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-432 de 2004. Rodrigo Escobar Gil.

Con relación a la motivación referida en las directivas presidenciales impugnadas, cabe distinguir que no correspondió a la exigida por la Ley 80, la cual se refirió a este punto en dos aspectos:

- La letra b) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 consagró el principio de transparencia en la escogencia del contratista, dentro del cual impuso el deber de establecer y hacer explícitas las reglas objetivas, justas, claras y completas para fundar la selección objetiva del contratista y evitar la declaratoria de desierto; sin embargo, de la misma norma se advierte que esa exigencia se refirió a las reglas de participación en el procedimiento de selección y de adjudicación del contrato, más no implicó el imperativo de justificar específicamente, en cada caso, la estipulación de la forma de pago anticipada, puesto que ya estaba permitida en la ley y en su caso solo podía pactarse dentro del límite legal establecido.
- Igualmente, se tiene en cuenta que el numeral 7º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 se refirió a la necesidad de justificar en “*forma detallada y precisa*” los siguientes actos: **i)** los actos que se expidan en la actividad contractual, **ii)** los informes de evaluación, **iii)** el acto de adjudicación, y **iv)** la declaratoria de desierto del proceso. En consecuencia, la Ley no impuso la obligación de motivar en forma precisa e individualizada, cada cláusula del contrato, ni por lo tanto, la cláusula de pago anticipado.

Con base en los dos aspectos legales del principio de transparencia que se acaban de mencionar, se puede advertir que en el estatuto de contratación no existía la exigencia específica de justificar la condición contractual de pago anticipado, además de que la ley permitió el pacto contractual respectivo hasta por el porcentaje legalmente establecido. Así las cosas, se confirma en el caso *sub judice*, que las directivas presidenciales atacadas introdujeron una exigencia no contemplada en la ley, además de someter la definición de la cláusula contractual a una motivación especial, más allá de las exigencias que en ese momento constituían el marco legal del pacto acerca del pago anticipado.

8. Apreciación desde la legislación en la lucha anticorrupción, asunto materia de las Directivas Presidenciales.

No desconoce la Sala que las directivas presidenciales que ahora se examinan se expidieron en el importante asunto de la lucha anticorrupción en la contratación estatal; sin embargo, una mirada desde la legislación aplicable en dicho asunto permite corroborar la aplicación de la reserva de ley que consagró la Constitución Política.

En efecto, para ese entonces había sido expedida la Ley 190 de 1995, *“Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa”*

Según se advirtió en la exposición de motivos de la Ley 190 de 1995, la contratación estatal está ampliamente expuesta al riesgo de la corrupción que se materializa en los delitos contra la administración pública. Allí se explicó que el estatuto de contratación estatal, expedido por el legislador al amparo de la Constitución de 1991 - la Ley 80 de 1993- era uno de los instrumentos legislativos que, entre otros aspectos, apoyó la lucha frente al grave problema de la corrupción:

“La corrupción es un problema estructural de la sociedad colombiana. Allí llegamos por múltiples causas. Todo indica que una de las causas más importantes es la pasividad del Estado y de sus ciudadanos en tolerar y no condenar a los individuos que se separaron de los patrones morales. Los organismos de control y la justicia, por una u otra razón, tienen una responsabilidad inmensa en este proceso. Pero mal haríamos en no explorar en su conjunto las causas de la corrupción.

*El Constituyente de 1991, consciente de la gravedad del problema dedicó varios artículos a tratar el mismo. Varios de estos ya han sido reglamentados por el Congreso y otros se encuentran en este trámite. Dentro de estos podemos incluir, la carrera administrativa, **el estatuto de contratación**, la ley de servicios públicos, la ley de control fiscal, la ley de los partidos y otras más.”* (La negrilla no es del texto).

Uno de los antecedentes de la Ley 190 de 1995, se encontró en los instrumentos de la lucha ante la corrupción en la contratación estatal, mencionados en la guía de incorporación eventual al derecho interno expedida por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, aprobada el 15 de junio de 1994, no obstante desde allí se invocó la aplicación del sistema nacional en materia de prevención a la corrupción³².

³² http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure/1994Model.html

La citada normativa se expidió a manera de guía sin fuerza vinculante, pero inspiró la necesidad de desarrollar la legislación interna en la materia³³.

En el ámbito del derecho internacional, aunque constituye norma posterior, por basarse en resoluciones previas³⁴ puede mencionarse para efectos de aclarar los compromisos del Estado en materia de lucha anticorrupción, que por virtud de la “*Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 31 de octubre de 2003³⁵ - incorporada en la legislación nacional mediante la Ley 970 de 2005-, el Estado Colombiano asumió el deber de establecer sistemas de contratación eficaces para combatir ese flagelo, “*de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico*”³⁶, por manera que la antedicha Convención adoptada en el

En la observaciones de la Uncitral, se lee:

“1. El artículo 15 enuncia una importante salvaguardia contra determinadas prácticas corruptas al imponer la obligación de rechazar la oferta, propuesta o cotización de todo proveedor o contratista que haya intentado influir con alguna práctica indebida sobre la decisión de la entidad adjudicadora. No cabe esperar que una ley de la contratación pública elimine por completo esas prácticas abusivas. Sin embargo, los procedimientos y salvaguardias de la Ley Modelo han sido pensados para favorecer la transparencia y objetividad del proceso de contratación, para de este modo reducir la corrupción. **Además, cabe suponer que el Estado promulgante disponga de un sistema eficaz de sanciones contra la corrupción de sus funcionarios públicos, que sería aplicable también al proceso de contratación, así como a cualquier empleado de una entidad adjudicadora o a sus proveedores y contratistas.**” (Se destaca)

³³ http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure/1994Model.html.

³⁴ “Para las Naciones Unidas la Convención es la culminación de una labor que se inició hace muchos años, cuando la palabra “corrupción” apenas se pronunciaba en los círculos oficiales. Fue necesario hacer esfuerzos sistemáticos —primero de carácter técnico y luego, gradualmente, político— para llevar la lucha contra la corrupción a la agenda mundial. Tanto la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, celebrada en Monterrey como la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Johannesburgo, dieron a los gobiernos la oportunidad de expresar su determinación de luchar contra la corrupción y de sensibilizar a muchas más personas sobre los efectos devastadores que la corrupción tiene para el desarrollo” Prefacio - Kofi A. Annan Secretario General.

³⁵ Expedida considerando, entre otros “la resolución 2001/13 del Consejo Económico y Social, de 24 de julio de 2001, titulada “Fortalecimiento de la cooperación internacional para prevenir y combatir la transferencia de fondos de origen ilícito derivados de actos de corrupción, incluido el blanqueo de capitales, así como para repatriarlos”

³⁶ Ley 790 de 1995,

“Artículo 9º Contratación pública y gestión de la hacienda pública.

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.(...)”

seno de la Organización de Naciones Unidas y sus recomendaciones precedentes, no variaron las reglas del ordenamiento jurídico interno. Por ello se advierte que en la expedición de los actos administrativos reglamentarios de la contratación estatal – aun en el escenario orientado a la lucha anticorrupción- tiene cabida la disposición de los asuntos sometidos a la reserva de ley, establecida en Colombia dentro del ordenamiento jurídico interno, con fuerza constitucional.

9. Conclusión en el caso concreto.

En consecuencia, las Directivas Presidenciales No. 12 de 2002 y No. 04 de 2003, contenían una disposición nueva y distinta de la establecida en la Ley 80 de 1993, por lo cual en su expedición se invadió el campo del legislador en materia de contratación estatal, en violación de las disposiciones con fuerza de ley que solo podrían ser modificadas por el Congreso de la Republica.

Se agrega a lo anterior que la Directiva Presidencial No. 04 de 2003, rompió el principio fundamental de la igualdad de trato, que el actor alegó por violación del artículo 13 de la Constitución Política³⁷, acerca de lo cual la Sala advierte que ese principio se imponía por el artículo 209 de la Constitución Política³⁸, también aplicable a la función administrativa de la contratación estatal y fue, en efecto, violado, toda vez que la Directiva Presidencial se expidió en un ámbito fuera de la competencia del Presidente de la República y dispuso un trato diferencial sin motivación o justificación alguna, en favor del “*sector defensa*”.

Por lo tanto, tal como advirtió el actor, se tipificó una causal de nulidad de los actos administrativos, prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo,

³⁷ Artículo 13. C.P. “*Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*”

³⁸ Artículo 209 C.P. “*La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*”

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

consistente en que las disposiciones atacadas fueron expedidas por funcionario incompetente.

Para concluir este punto, se acoge la jurisprudencia expresada en el auto que se cita a continuación, acerca de los límites de la potestad reglamentaria de las Directivas Presidenciales, en materia de contratación estatal:

“La actividad de contratación con las entidades estatales se encuentra regulada de manera general por las disposiciones legales que integran el Estatuto de Contratación de la Administración Pública -conformado básicamente por las leyes 80 y 1150-, en virtud de la prohibición contenida en el aludido artículo 84 de la Carta le está vedado a toda autoridad -incluido el Presidente de la República-, agregar requisitos, exigencias o trámites para la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales, asesoría y consultoría, como aquellos a los cuales hacen referencia las demandadas Directivas Presidenciales 03 de 2006 y 02 de 2007, ninguno de ellos consagrados, previstos o siquiera autorizados por las referidas normas legales que -se reitera- han regulado de manera general la contratación estatal. Para la Sala, las Directivas “Presidenciales acusadas establecen una serie de exigencias o requisitos adicionales a aquellos que ya han sido instituidos por la ley y el reglamento, lo cual se traduce en una violación flagrante del mencionado artículo 84 superior.”³⁹

10. Anotación final acerca de la violación del artículo 115 C.P.

Habiendo prosperado el primer cargo de la falta de competencia, la Sala se releva de estudiar los que se refieren a otras normas violadas⁴⁰.

Sin embargo, se debe advertir que en el asunto *sub lite* la Sala habría llegado a decretar la nulidad de las directivas presidenciales, igualmente por la falta del requisito de competencia, en relación con la transgresión del artículo 115 de la Constitución Política, que correspondía en este caso a la firma del Director del Departamento

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicación 11001-03-26-000-2007-00040-00 Expediente: 34144, auto de 7 de enero de 2008, Ponente: Mauricio Fajardo Gomez, actor: Emerson Vicente Solórzano Riaño.

⁴⁰ Violación del artículo 84 C.P., el cual establece:

“Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.

Violación del numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, el cual establece:

“Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.”

Administrativo de la Presidencia de la República, por razón del asunto materia de las dos directivas⁴¹ y a la del Ministro del ramo al que se dirigió la Directiva Presidencial No. 004, en su caso, el sector defensa.

Este requisito no representa un asunto menor, puesto que de acuerdo con la Constitución Política, el Presidente de la República no puede obrar en solitario en la expedición de la reglamentación de la contratación estatal, debe expedir el acto administrativo reglamentario con la firma del Ministro del ramo o el Jefe del Departamento Administrativo correspondiente, de acuerdo con el artículo 115 de la Constitución Política.

Se recuerda que el artículo 115 de la Constitución Política establece:

“Artículo 115. El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa.

El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.

Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se hacen responsables.

Las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva.”

Como se ha expuesto, el acto de reglamentación de la contratación estatal, no le compete en forma individual al Presidente de la República, se agrega que no le ha sido asignada esa facultad en su condición de *“Jefe de Estado”* o *“Máxima Autoridad Administrativa”* en la norma invocada por la demandada⁴². Por el contrario, la regla de

⁴¹ De conformidad con el Decreto 127 de 2001, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República tenía a su cargo el Programa Presidencial de Modernización, Eficiencia, Transparencia y Lucha Contra la Corrupción.

⁴² En la Ley 489 de 1998, únicamente se invocó esa condición de “máxima autoridad administrativa”, en la dirección del sistema nacional de control interno, así:

:

la competencia constitucional ha reducido el campo de la reglamentación de los asuntos contractuales a aquellos requeridos para hacer cumplir la ley de contratación estatal, puesto que se encuentra reservada al legislador la competencia general en orden a expedir el estatuto de contratación y por lo tanto, para modificarlo.

Se advierte que en ese ámbito de la reglamentación, en los términos del artículo 115 de la Constitución Política, una razón para que el Presidente de la República esté sometido al imperativo de obrar con la firma del Ministro del ramo o del Director del Departamento Administrativo correspondiente, se apoya explícitamente en que, por el hecho de su firma, los funcionarios asumen responsabilidad sobre el respectivo acto.

Finalmente, en este punto se acoge y reitera la jurisprudencia de la Subsección B de la Sección Tercera, en relación con la nulidad del acto reglamentario, en aquellos casos en que fue expedido sin el concurso del Ministro o del Director del Departamento Administrativo llamado a avalar con su firma el acto, por razón de la competencia sobre la materia del mismo:

“Cuando el Presidente y su Ministro o Director de Departamento respectivo, ejercen la función reglamentaria y al efecto expiden las órdenes, decretos y resoluciones que sean necesarias para la cumplida ejecución de las leyes, está dando -como ha dicho de antaño esta Corporación- la pauta que debe seguirse por parte de la Administración Pública al ejercer sus poderes para la reglamentación de materias legales, la cual debe ser, como el mismo texto lo dice, necesaria. De tal suerte que si el reglamento no precisa para la cumplida ejecución de las leyes, éste sobra, y si la ley es suficientemente clara y no necesita del reglamento que la desarrolle, sin exceder su contenido legislativo, también está por demás la expedición del reglamento que le dé dinamismo a la norma superior⁴³ (se destaca).

*Desde hace mucho tiempo la jurisprudencia reconoce que el poder reglamentario es una **facultad propia de la administración** que está subordinada a la ley y por ello es limitada: el reglamento nunca puede ser sustituto de la ley. Esta clara situación se deriva de la garantía constitucional de la separación de las ramas del poder público, sin la cual el Estado de Derecho que también se denomina*

⁴² Artículo 29. Dirección y Coordinación. El Sistema Nacional de Control Interno, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional, será dirigido por el Presidente de la República como máxima autoridad administrativa y será apoyado y coordinado por el Consejo Asesor del Gobierno Nacional en materia de control interno de las entidades del orden nacional, el cual será presidido por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública.”

⁴³ Cita original de la sentencia: “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de mayo 5 de 1970, C.P. Arango, Anales Nos. 425 y 426, 1970, p. 67.”

como imperio de la ley sería imposible de concebir y, sin él, naufragaría la libertad individual. El reglamento es, entonces, el instrumento natural de la administración para que la ley se cumpla pero no para que la sustituya⁴⁴.

*Atribución reglamentaria que supone, como ha indicado la Corte Constitucional, la expedición de un **acto administrativo** que hace real el enunciado abstracto de la ley para encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano real⁴⁵. Y si bien el numeral 11 del artículo 189 radica en cabeza del Presidente de la República, éste debe ejercerla en tanto potestad administrativa en asocio con los ministros o directores de departamentos administrativos, según el caso, en tanto unos y otros son –por mandato del artículo 208 superior- jefes de la administración en sus respectiva dependencia. “(Negrilla y subraya son del texto).*

(...)

*“No debe perderse de vista que la **potestad reglamentaria**, que atañe al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, está concebida por el ordenamiento constitucional vigente⁴⁶ bajo una **concepción eminentemente finalística**: “para la cumplida ejecución de las leyes” (Art. 189.11 CP).*

Se trata evidentemente de una típica función administrativa que faculta al Gobierno (que no al Presidente en solitario) para la formulación de los actos indispensables y las medidas necesarias para la efectividad práctica del precepto legal, vale decir, hacer real por la vía del acto administrativo el enunciado abstracto de la ley en orden a tornarlo efectivo en el terreno práctico, por lo que dichos actos administrativos deben contraerse a asegurar el cumplimiento de la ley y no pueden extenderse a más de su objeto (la cumplida ejecución de la ley), y por lo mismo deben respetar la letra y el espíritu de la ley.

Lo anterior indica que al expedir las directivas impugnadas no era posible establecer requisitos adicionales para la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales, asesoría y

⁴⁴ Cita original de la sentencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 24 de mayo de 1973, exp. 2226, C.P. Miguel Lleras Pizarro.

⁴⁵ Cita original de la sentencia: “Corte Constitucional, sentencia C-350 de 1997. En sentido similar ver sentencias C-557 de 1992, C-228 de 1993, C-447 de 1996, C-028 de 1997, C-290 de 1997, C-302 de 1999, C-805 de 2001, C-508 de 2002, C-530 de 2003, C-1005 de 2008.”

⁴⁶ Cita original de la sentencia: “Dicho criterio era también el que adoptó la Constitución de 1886 en su artículo 120 numeral 3º”.

consultoría, ya que la atribución reglamentaria no llega al punto de habilitar al Gobierno para modificar, adicionar o interpretar leyes.

*De antaño tiene establecido nuestra jurisprudencia que por medio de dicha potestad **el ejecutivo no se convierte en legislador**, sino en guardián de los mandatos del legislador⁴⁷, de suerte que si lo hace, se arroga una facultad que no tiene y en consecuencia sus actos están viciados de nulidad.”⁴⁸*

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

FALLA:

PRIMERO: Desestimar las excepciones de falta de legitimación pasiva e inepta demanda.

SEGUNDO.- Declarar la nulidad del primer inciso del numeral 6º de la Directiva Presidencial No. 12 expedida el 1º de octubre de 2002, proferida por el Presidente de la República.

TERCERO.- Declarar la nulidad del primer inciso del numeral 6º de la Directiva Presidencial No. 04 expedida el 4 de abril de 2003, proferida por el Presidente de la República.

⁴⁷ Cita original de la sentencia: “Corte Suprema de Justicia, sentencia de 11 de octubre de 1912, XXI, 159, auto de 2 de noviembre de 1916, XXVI, 35.”

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Subsección B), Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, sentencia de 27 de octubre de 2011, radicación 110010326000200700040-00, expediente: 34.144, actor: Emerson Vicente Solórzano Riaño, demandado: Nación- Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, referencia: acción de nulidad - fallo: “**SEGUNDO.- DECLÁRANSE NULAS las Directivas Presidenciales 03 de agosto 4 de 2006 y 02 de febrero 23 de 2007.** “ (En negrilla, el sentido de la decisión que se destaca, la cual se refirió a las directivas acerca del ejercicio de la potestad nominadora en contratos de asesoría y consultoría)).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA