



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., diez (10) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación: 11001-03-26-000-2015-00165-00 (55813)

Actor: NAVIS ALBERTO FLÓREZ LEÓN

Demandado: NACIÓN – PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA – DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

Medio de Control: NULIDAD

Contenido. Descriptor: Medio de control de nulidad contra artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015 que prescribe como obligación posterior a la liquidación el deber de dejar constancia del cierre del expediente del proceso de contratación. Se niega la pretensión de nulidad por cuanto el artículo demandado no trasgrede el inciso cuarto del artículo 60 de la Ley 80 de 1993. **Restrictor:** La potestad reglamentaria. El medio de control de nulidad. Características y causales de nulidad. La cláusula de Buena Administración como principio y derecho incorporado en el ordenamiento jurídico colombiano. Análisis normativo del enunciado legal que se dice violado. Análisis normativo del enunciado demandado. Caso concreto. Síntesis de la decisión.

Procede la Sala, en audiencia pública, a decidir el medio de control de nulidad interpuesto contra el artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015 *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector administrativo*

de Planeación Nacional”, dictado por la Presidencia de la República y el Departamento Nacional de Planeación¹.

ANTECEDENTES

1.- En escrito del 9 de noviembre de 2015 el ciudadano Navis Alberto Flórez León, en ejercicio del medio de control de nulidad previsto en el artículo 137 del código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitó se declarara la nulidad del artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015, expedido por la Nación Presidencia de la República y el Departamento Nacional de Planeación, precepto cuyo tenor literal es como sigue:

Decreto 1082 de 26 de mayo de 2016. Artículo 2.2.1.1.2.4.3. Obligaciones posteriores a la liquidación. Vencidos los términos de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o de recuperación ambiental de las obras civiles, la Entidad Estatal debe dejar constancia del cierre del expediente del Proceso de Contratación.

(Decreto 1510 de 2013, artículo 37).

2.- Mediante auto de 1° de diciembre de 2015 el Despacho admitió la demanda, ordenó su notificación personal a las demandadas, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público, concedió el término de traslado establecido en la ley para su contestación y ordenó comunicar la existencia de este proceso a la comunidad por conducto de la página web del Consejo de Estado y un medio de comunicación de amplia circulación nacional.

3.- Como en escrito separado el ciudadano petitionó la medida cautelar de suspensión provisional de efectos jurídicos del artículo demandado, en auto de 1° de diciembre de 2015 se corrió traslado a la demandada oportunidad en la cual la Nación – Presidencia de la República y el Departamento Nacional de Planeación exteriorizaron su oposición a la medida solicitada.

4.- Previa audiencia preliminar surtida el 29 de febrero de 2016 en auto de la misma fecha el Magistrado Ponente negó la medida cautelar de suspensión provisional de efecto. Contra esa decisión no se formularon recursos.

5.- Noticiado el auto admisorio de la demanda a la Nación – Presidencia de la República, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y Departamento Nacional de Planeación, este le dio contestación en memorial de 7 de abril de 2016 (fls 23-25, c1) mientras que la Presidencia lo hizo en escrito del 3 de mayo del mismo año (fls 55-60, c1), oponiéndose, ambos, a la prosperidad de la pretensión anulatoria.

¹ Decreto publicado en el Diario Oficial No. 49523 de 26 de mayo de 2015, Año CLI

6.- La Agencia Nacional de Contratación Estatal – Colombia Compra Eficiente solicitó, en memorial de 20 de abril de 2016, se le reconociera su calidad de coadyuvante de la parte demandada (fl 26-29, c1), solicitud a acogida en proveído de 23 de agosto del presente año (fl 7071, c1).

7.- El 10 de octubre de 2016 se celebró audiencia inicial y habiéndose advertido que se trataba de un litigio de puro derecho el Magistrado Ponente, luego de agotar los escenarios propios de la audiencia inicial, concedió la oportunidad a las partes para presentar oralmente sus alegaciones de conclusión, ocasión aprovechada por ambos extremos de la controversia y por el Agente del Ministerio Público quien conceptuó desfavorablemente a la pretensión de nulidad incoada.

8.- Agotada la etapa de alegaciones la Sala procedió a dictar sentencia en el asunto.

CARGOS DE NULIDAD

Argumenta la parte demandante, con apoyo doctrinario, sobre la reserva de ley, el deber de la administración de obrar conforme a fundamentos legales y cómo ello excluye la idea de reglamentos *praeter legem*, entre otras cuestiones conexas.

Luego de advertir que el artículo demandado es jerárquicamente inferior a la Ley 80 de 1993, anota que el inciso cuarto del artículo 60 de esa Ley prescribe sobre la liquidación del contrato estatal en los siguientes términos: *“Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.”*, enunciado legal éste que al ser comparado con el artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015 guarda similitud, en lo que hace a las constancias que se deben dejar y las extensiones de las garantías por parte de los contratistas, pero ésta excede y viola la norma legal por cuanto la Ley 80 de 1993 no contempló actuaciones administrativas posteriores al acto liquidatorio y menos que éstas pudieran ser reguladas por el ejecutivo.

Advierte el ciudadano, como consecuencias del precepto reglamentario, la eventualidad de iniciarse actuaciones sancionatorias de carácter disciplinario en caso de su incumplimiento por parte de los servidores públicos *“con lo cual aumenta las cargas administrativas de los ordenadores de gasto, pues bien, ha sabido agravar la posible*

situación disciplinaria de aquellos ordenadores de gasto o funcionarios delegados para tales efectos, puesto que desconocer el hecho de realizar el cierre del expediente de contratación estatal, les acarrea dicho efecto, sin que éste esté contemplado por el legislador, quien es el que tiene la potestad en ésta materia para haber estimado la necesidad del cierre del expediente de contratación, por estricto mandato del artículo 150 inciso final de la Constitución Política”.

ARGUMENTOS DE OPOSICIÓN A LA DEMANDA

Nación – Departamento Nacional de Planeación

En escrito de 7 de abril de 2016 (fls 23-25, c1) dicha Entidad se opuso a la prosperidad de la pretensión incoada.

Como razones de defensa de la legalidad del artículo demandado expuso que el deber de dejar constancia del cierre del expediente contractual no era una carga adicional o que excediera el marco legal sino que, por el contrario, pretendía hacer más efectivo el tema contractual hasta su culminación.

Alegó que las normas en materia de contratación administrativa pueden encontrarse en varias fuentes diversas sin que ello contravenga el ordenamiento jurídico. Por ende, rechazó el cargo del demandante pues bien puede el Presidente expedir por vía de reglamentación normas relacionadas con este asunto que busquen la materialización del contenido de la ley.

En concreto, consideró que lo regulado en la norma demandada constituye una etapa más dentro de la actuación administrativa vinculada al proceso de contratación, actividad esta que solo soporta la entidad pública, toda vez que presupone que la liquidación unilateral o bilateral se realizó con anterioridad. Esto es, la norma establece un deber posterior a la liquidación del contrato.

Finalmente, en cuanto a que la norma puede traer consecuencias disciplinarias a los funcionarios que no cumplan con dicho deber, considera el DNP que en este punto precisamente la norma busca prevenir que los operadores contractuales de las entidades públicas se expongan al inicio de investigaciones disciplinarias *“ya que en esta etapa adicional se salvaguarda la veracidad de la información y por ende la responsabilidad de cada funcionario respecto de sus actuaciones”.*

Nación – Presidencia de la República

En escrito del 3 de mayo de 2016 dicha entidad se opuso a la prosperidad de la pretensión de nulidad.

Consideró que la interpretación del actor es errada, pues echa de menos que la buena práctica que se encuentra regulada en el artículo demandado está orientada a facilitar el cumplimiento de lo prescrito en el artículo 11 de la Ley 594 de 2000 que trata sobre la obligación de conformar archivos públicos, control y organización de los mismos. Alega que no existe una cuestión de reserva legislativa en el asunto tratado pues si bien el legislador es a quien le corresponde regular los aspectos generales de la contratación estatal es el reglamento el que *“lleva estas previsiones al mundo real, que muchas veces es ajeno al legislador y debe así el Gobierno Nacional buscar la manera de procurar la debida gestión de los asuntos a su cargo”*. Así, concluye que no es el legislador al que le corresponde definir al detalle cómo se debe organizar una carpeta contractual sino al Gobierno por vía de la norma reglamentaria, además, con la norma demandada el Gobierno no introdujo ninguna modificación a los conceptos establecidos en la ley que se reglamentó. Por consiguiente, no se advierte en este caso vulneración manifiesta a precepto constitucional o legal sino un apego a las reglas de conducta de los servidores.

Intervención del coadyuvante – Agencia de Contratación Estatal

En memorial de 20 de abril de 2016 la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente solicitó se reconociera su condición de coadyuvante de la parte demandada, esto es, como parte impugnadora dentro de este juicio de legalidad. Consideró que el artículo demandado no establece una nueva actuación administrativa sino que estipula “una actividad más” en el marco de las actividades que componen el proceso de contratación, siendo esta actuación estrictamente unilateral que es únicamente desarrollada por la Entidad Estatal luego de haber tenido lugar la liquidación. Recalcó este interviniente en la naturaleza estrictamente reglamentaria del artículo demandado toda vez que prevé pormenores no contenidos en la Ley que no son sustanciales.

Finalmente, en lo que hace a las repercusiones disciplinarias del artículo, destacó que contrario a lo considerado por la parte accionante la norma persigue prevenir que los funcionarios encargados de los procesos de contratación se expongan a eventuales investigaciones disciplinarias.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público, en el marco de la audiencia inicial y de alegaciones emitió su concepto el cual va dirigido a solicitar se desestimen las pretensiones de la demanda, toda vez que no se advierte extralimitación a la potestad reglamentaria por lo dispuesto en el artículo demandado no contraviene, modifica o adiciona lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 pues no se está creando con ello un nuevo requisito en materia de liquidación del contrato estatal; tampoco implica un trámite o procedimiento adicional que deban cumplir las partes del contrato estatal.

Consideró que así dispuesta la norma demandada esta se ajusta a lo prescrito en el artículo 11 de la Ley 594 de 2000 sobre formación de archivos públicos así como al artículo 36 de la Ley 1437 de 2011, sobre formación de expedientes en las actuaciones administrativas.

CONSIDERACIONES

1.- Fijación del problema jurídico.

1.1.- Vistos los antecedentes que informan esta causa, los cargos de nulidad planteados, las oposiciones formuladas y el concepto del Ministerio Público, esta Sala encuentra que el problema jurídico que plantea el *sub judice* se reconduce a determinar si se desconoció la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional, por violación del inciso cuarto del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, que refiere a las actividades a ser desarrolladas en el marco de la liquidación del contrato estatal, al haber señalado el artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015 el deber de la entidad pública de dejar constancia del cierre del expediente del proceso de contratación.

1.2.- Para resolver lo pertinente la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por el actor, la parte accionada y los terceros que obran en calidad de coadyuvantes, precisará el alcance de los conceptos adoptados como ratio decidendi para sustentar su decisión: (1) La potestad reglamentaria del Gobierno Nacional, (2) el medio de control de nulidad. Características y causales de nulidad. (3) La cláusula de Buena Administración como principio y derecho incorporado en el ordenamiento jurídico colombiano, (4) Análisis normativo del enunciado legal que se dice violado, (5) Análisis normativo del enunciado demandado, (5) caso concreto, (6) Síntesis de la decisión.

2.- La Potestad reglamentaria².

² Se reitera, en este punto, lo considerado por la Sala Plena de Sección Tercera sobre la materia en la sentencia de 2 de diciembre de 2013, exp. 41719.

2.1.- Antes de entrar a estudiar el caso en concreto, la Sala estima conveniente hacer algunas consideraciones sobre la potestad reglamentaria, su origen histórico; su titularidad; su contenido y alcance a la luz de la jurisprudencia, tanto constitucional, como aquella proferida por esta Corporación³.

2.2.- Al hablar de la potestad reglamentaria resulta necesario remontarse al debate milenario entre el rey y las corporaciones en procura de la hegemonía por la producción normativa. Conflicto este que en los ordenamientos preconstitucionales se resolvió en favor del monarca; pero que, en el Estado Constitucional se trató de una “(...) *pugna secular por la conquista de la hegemonía en el campo de la producción normativa entre el poder ejecutivo y las asambleas representativas; una pugna que ha tenido las más diversas manifestaciones y que está aún lejos de haberse cerrado definitivamente*”⁴.

2.3.- La Revolución Francesa significó por muy corto tiempo la inversión de fuerzas en materia normativa, con lo cual el Parlamento recuperó su capacidad absoluta de regulación bajo el pretexto de la ley como manifestación de la voluntad general, lo que implicó para el ejecutivo prácticamente el abandono de la potestad reglamentaria. Sin embargo, la realidad de las cosas y la necesidad de convertir a la administración en el poder central de la revolución hicieron que rápidamente la función administrativa se volviera depositaria de los poderes normativos que caracterizaron durante el viejo régimen al soberano⁵.

2.4.- Sin embargo, no se puede olvidar que en otras latitudes europeas el proceso entre potestad reglamentaria y legislativa fue diferente. En el modelo germánico, por ejemplo, se presentó una distribución funcional entre Parlamento y Ejecutivo, que en un comienzo fue incipiente pero que se consolidó prácticamente con la Constitución de Weimar de 1919⁶.

2.5.- Ahora bien, la evolución histórica de la figura de la potestad reglamentaria en Colombia ha estado ligada a los altibajos de nuestro constitucionalismo, pues las características del sistema presidencial colombiano han determinado el papel

³ Véase, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de marzo de 2011. Exp: 36601, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁴ SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Fundamentos de Derecho Administrativo. Tomo I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces SA. Madrid 1991, p. 690.

⁵ “Las razones que impulsaron este espectacular cambio de criterio pueden adivinarse sin dificultad. La eliminación de la potestad reglamentaria tenía sentido en los momentos iniciales del proceso, cuando dicha potestad hubiera correspondido a un rey y a una corte abiertamente opuestos al proyecto revolucionario; extinguida la monarquía, destruido casi por completo el poder de la nobleza y controlado todo el aparato político por la burguesía triunfante, la transformación completa del sistema económico y jurídico exigía un ejecutivo inequívocamente fuerte respecto al cual carecían de justificación las cortapisas diseñadas para el último de los capetos”. *Ibíd.*, pp. 698-699.

⁶ En la práctica, a diferencia del sistema francés que planteaba una subordinación jerárquica entre el reglamento y la ley, en el caso alemán la ley y el reglamento se encuentran a un mismo nivel normativo, que corresponde a dos puntos horizontales de producción normativa de contenidos materiales diversos.

preponderante que la administración históricamente ha cumplido y la han convertido en una fuente indudable e inagotable de normatividad.

2.6.- En cuanto a la titularidad de la potestad reglamentaria, es decir, de la capacidad de producir normas administrativas de carácter general reguladoras de la actividad de los particulares y base para la actuación de las autoridades, resulta claro que la Constitución de 1991 distribuyó dicha potestad entre las diferentes autoridades y organismos administrativos. Desde esta perspectiva, es posible formular una regla general que nos traslada de inmediato a las competencias del Presidente de la República; y unas reglas de excepción, algunas de ellas previstas en la Constitución y otras en la ley, que le entregan la potestad normativa o reglamentaria a otros sujetos de la función administrativa.

2.7.- En este orden de ideas, la *regla general en materia reglamentaria* la tiene el Presidente de la República por dos vías: por una parte, a través de la reglamentación directa de la ley cuando sea indispensable para hacer posible su cumplimiento (Constitución, artículo 189. 11), pues en su condición de Suprema Autoridad Administrativa le corresponde “ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes”; y por otra parte, en los casos en que la Constitución le permite desarrollar directamente sus preceptos normativos, caso en el cual la potestad normativa o reglamentaria es directamente de la Constitución⁷, asunto que en algunas oportunidades la jurisprudencia de esta Corporación denominó como deslegalización de materias en favor de la administración, y que, mirado desde otro punto de vista, no es más que el reconocimiento constitucional de la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente, no ya a nivel de la ley, sino del acto administrativo de carácter general, pues orgánica y funcionalmente el acto sería administrativo y no legislativo, excepto que el constituyente le hubiera establecido efectos legislativos, como en el caso del artículo 341 inciso 3.º constitucional.

2.8.- Por otra parte se encuentran las *reglas de excepción en materia reglamentaria*, se está frente a estas cuando por mandato constitucional algunos otros organismos del Estado pueden dictar normas con carácter general en asuntos de su competencia⁸.

2.9.- Tal es el caso del Consejo Superior de la Judicatura, órgano al que corresponde

⁷ Ejemplos de potestad reglamentaria constitucional los encontramos de sobra en las disposiciones transitorias de la Constitución, en donde en varios asuntos se le entrega esta potestad al Presidente de la República.

⁸ Sobre la potestad reglamentaria dispersa, esto es, no en cabeza del Presidente de la República, véase, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de abril de 2010, Exp.: 31223. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

“dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, lo relacionado con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador” (Constitución, artículo 57.3). Situación similar se plantea frente al Consejo Nacional Electoral, el cual deberá *“reglamentar la participación de los partidos y movimientos políticos en los medios de comunicación social del Estado”* (Constitución, artículo 265. 9).

2.10.- Así mismo, la Junta Directiva del Banco de la República goza de una facultad normativa directa y excluyente, pues está facultada para *“regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito”* (Constitución, artículo 71 inciso 2º). La Contraloría General de la República y las contralorías departamentales y municipales gozan de poderes similares, pues según lo previsto en la Constitución se les permite, respectivamente, *“prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas, los responsables del manejo de fondos o bienes de la nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse”,* y *“dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional o territorial”* (Artículo 268, numerales 1 y 12, en concordancia con el 272).

2.11.- En este orden de ideas, resulta claro que la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente de la República constituye una simple regla general, objeto de excepciones previstas en el mismo texto constitucional y así lo ha reconocido la Corte Constitucional:

“En materia de potestad reglamentaria existe una cláusula general de competencia en cabeza del Presidente de la República, pero la Constitución ha previsto, de manera excepcional, facultades de reglamentación en otros órganos constitucionales. Esas facultades especiales de reglamentación, ha dicho la Corte, encuentran su fundamento en la autonomía constitucional que tienen ciertos órganos, y están limitadas, materialmente, por el contenido de la función a cuyo desarrollo autónomo atienden y, formalmente, por las previsiones que la Constitución haya hecho sobre el particular. Desde esta perspectiva formal, la potestad reglamentaria que constitucionalmente tienen asignada ciertos órganos constitucionales se limita a aquellos ámbitos expresamente mencionados en la Constitución, sin que por consiguiente, respecto de determinadas materias sea posible afirmar la concurrencia de dos competencias reglamentarias, la general propia del Presidente del República y la especial, que sin estar expresamente atribuida, se derivaría del carácter autónomo del órgano que la ejerce. No, de acuerdo con la Constitución las competencias reglamentarias especiales son aquellas expresamente conferidas por la Constitución y por fuera de ese ámbito, la potestad reglamentaria para la cumplida ejecución de las leyes corresponde al Presidente de la República”⁹.

“La potestad reglamentaria, entendida como la capacidad de producir normas administrativas de carácter general, reguladoras de la actividad de los particulares y fundamento para la actuación de las autoridades públicas, la tiene asignada de manera general, en principio, el Presidente de la República, en virtud de lo dispuesto en el artículo 189-11 de la Carta Política, quien puede ejercerla en cualquier momento sin necesidad de

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-307 del 30 de marzo de 2004. Magistrados Ponentes: Rodrigo Escobar Gil, Manuel José Cepeda y Alfredo Beltrán Sierra.

que la ley así lo determine en cada caso. Excepcionalmente, y por disposición constitucional, existe un sistema de reglamentación especial respecto de ciertas materias y para determinados órganos constitucionales, al margen de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Tal es el caso del Consejo Superior de la Judicatura, de la Junta Directiva del Banco de la República, del Consejo Nacional Electoral y de la Contraloría General de la República”¹⁰.

2.12.- Finalmente, respecto de la titularidad de la potestad reglamentaria, es decir, de la posibilidad de expedir actos normativos de carácter general, se ha reconocido que los ministerios también gozan de dicha competencia. En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“(…) Tal como lo establece el artículo 208 de la Carta Política, los ministros, junto con los jefes de departamentos administrativos, son los jefes de la Administración en su respectiva dependencia.

En concordancia con esta preceptiva, la Ley 489 de 1998, que regula aspectos vinculados con la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, ha dispuesto que los ministerios son organismos pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público (Art. 38 *ibidem*), que son los principales órganos de la Administración (Art. 39 *idem*) y que, con los departamentos administrativos y las superintendencias, constituyen el Sector Central de la Administración Pública Nacional (*idem*).

El fundamento constitucional de las competencias asignadas a los ministerios también se encuentra normado por el artículo 208 de la Carta. El canon prescribe que a los ministros les corresponde “formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley”, todo ello bajo la dirección del Presidente de la República. De igual forma, en acogimiento de los preceptos constitucionales, la Ley 489 de 1998 ha establecido que los ministerios son entidades cuyo destino es “la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Administrativo que dirigen” (Art. 58. *ibidem*).

Ahora bien, entre las funciones concretas asignadas por la Ley a los ministerios, resaltan las contenidas en los numerales 2º, 3º y 6º del artículo 59 de la misma Ley, a saber:

“Artículo 59. Funciones. Corresponde a los ministerios y departamentos administrativos, sin perjuicio de lo dispuesto en sus actos de creación o en leyes especiales:

“2. Preparar los proyectos de decretos y resoluciones ejecutivas que deban dictarse en ejercicio de las atribuciones que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y dar desarrollo a sus órdenes que se relacionen con tales atribuciones.

“3. Cumplir las funciones y atender los servicios que les están asignados y dictar, en desarrollo de la ley y de los decretos respectivos, las normas necesarias para tal efecto.

“6. Participar en la formulación de la política del Gobierno en los temas que les correspondan y adelantar su ejecución.

Del cuadro normativo precedente se deduce que la función de los ministerios en la estructura orgánica nacional es la de ser, bajo la dirección del presidente de la República, la máxima autoridad administrativa en el área correspondientemente asignada y que, en ejercicio de dicha función, los primeros pueden formular y adoptar políticas atinentes a su despacho, pero, además, ejecutar la Ley en el ámbito de su especialidad.

Ahora bien, dado que a los ministerios se les encargan las funciones preestablecidas puede decirse, en conexión con la potestad de reglamentación que les asiste, que éstos organismos tienen una competencia residual de regulación que debe ejercerse de manera subordinada a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, pero, tal como se dijo anteriormente, exclusivamente en el área correspondiente a su especialidad.

“En los anteriores términos, no resulta inconstitucional que una ley atribuya, de manera directa, a los Ministros del Despacho, competencias para expedir normas de carácter general sobre las materias en ella contenidas, cuando tales normas correspondan a regulaciones de carácter técnico u operativo, dentro de la orbita competencial del

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-384 del 13 de mayo 2003. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

respectivo Ministerio, por cuanto, en ese caso, la competencia de regulación tiene el carácter de residual y subordinada respecto de aquella que le corresponde al Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria¹¹. (Subrayas fuera del original)

2.13.- En similar dirección apunta la jurisprudencia del Consejo de Estado cuando admite que es potestad administrativa de los ministerios y demás dependencias administrativas y no del Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria, reglamentar mediante actos generales los asuntos que legalmente les corresponda. Así lo ha dejado claro la Corporación en multiplicidad de fallos, entre los que se destaca el siguiente:

“(…) Cuando la ley ordena que determinada materia sea regulada por un Ministerio, con ello quiere dar a entender el legislador que se hace innecesario hacer uso de la potestad reglamentaria consagrada en el artículo 189, numeral 11, de la Carta Política, adscrita al Presidente de la República, quien la ejercita con el Ministro o el Director del Departamento Administrativo respectivo. Sabido es que una cosa es hablar del Gobierno, entendiendo éste como presidente y Ministro o Director del Departamento Administrativo respectivo, conforme lo prevé el inciso 3o. del artículo 115 de la Carta Política, y otra muy diferente es hablar de una función administrativa que le corresponde únicamente al Ministro por mandato de la ley, porque aquí juega papel importante uno de los principios que rigen la actuación administrativa, como es el de la desconcentración de funciones”¹².

2.14.- 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.

2.15.- Por su parte, la Corte Constitucional, en diversos pronunciamientos, ha estudiado el contenido material de la potestad reglamentaria, sosteniendo que se trata de un tema siempre problemático y complejo, sobre todo en la definición de sus límites materiales frente a la ley; no obstante reconoce que, en lo que si hay consenso, es en que, en toda materia sometida por el Constituyente a reserva de ley, no se admite normativa reglamentaria de no haber sido tratada previamente por el legislador, pues es este el llamado a producirla y, en consecuencia, que la reglamentación de la administración

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-917 de 2002. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I. Sentencia del 26 de febrero de 1998. Exp.- 4500. Ernesto Rafael Ariza.

depende directamente del texto legal, quedando habilitada la administración directa e intemporalmente, no de manera exclusiva el Presidente de la República, por la sola presencia y existencia de la ley, para ejercer la potestad reglamentaria que considera oportuna y necesaria con el propósito de cumplir, hacer viable y ejecutorio los postulados de la norma legal.

2.16.- Así, en opinión de la Corte, la potestad reglamentaria constituye un importante y trascendental ejercicio de elaboración material y objetivo de normatividad general tendiente hacer viable el cumplimiento de la ley, haciendo explícito lo implícito en ella, determinando dentro de los marcos legales circunstancias de tiempo, modo, lugar y demás aspectos técnicos, que en cada caso exige el cumplimiento de la ley¹³.

2.17.- De manera concreta, tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional han definido un marco conceptual para el estudio y análisis del alcance y límites de la potestad reglamentaria en el derecho colombiano.

2.18.- Así, en cuanto a su alcance general el Consejo de Estado, consideró que “(...) *El numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política le asigna al Presidente de la República la atribución de “Ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”. La potestad reglamentaria es la expresión por excelencia de la función administrativa que ejerce el Presidente de la República. Es una facultad del gobierno para expedir normas generales, impersonales y abstractas para lograr la cumplida ejecución de las leyes. El acto reglamentario tiene su marco general en la ley para proveer la adecuada ejecución de ésta, precisando circunstancias o pormenores no contenidos en ella, por no haber sido regulados o por no ser de carácter sustancial. Ciertamente es imposible que la ley contenga todos los requisitos y pormenores indispensables para su cabal aplicación. No es posible que la ley tome en consideración los diversos casos particulares que se puedan comprender en determinada materia. La ley sienta los principios generales y el decreto reglamentario los hace operantes o los particulariza para hacer viable la aplicación de la ley. De consiguiente, so pretexto del ejercicio de la potestad reglamentaria mal puede ampliarse el ámbito de aplicación de la ley. El acto reglamentario debe aportar*

¹³ Corte Constitucional. Sentencias C-557 y C-606 de 1992 (M.P.: Ciro Angarita Barón), C-228 de 1993 (M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa), C-022 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz), C-206 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo) y C-216 de 1994 (M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa), C-539 de 1995 (M.P.: Antonio Barrera Carbonell), C-100 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero), C-138 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo), C-433 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz), C-451 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo y Hernando Herrera Vergara) y C-629 de 1996 (M.P.: Carlos Gaviria Díaz), C-028 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero), C-290 (M.P.: Jorge Arango Mejía), C-350 (M.P.: Fabio Morón Díaz), C-428 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa) y C-512 de 1997 (M.P.: Jorge Arango Mejía), C-066 (M.P.: Fabio Morón Díaz y Alfredo Beltrán Sierra), C-302 (M.P.: Carlos Gaviria Díaz), C-372 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo), C-509 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo) y C-579 de 1999 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz).

entonces los detalles, los pormenores de ejecución o aplicación de la ley; hace explícito lo implícito en ella; facilita su entendimiento y comprensión. Pero no puede extender su ámbito más allá de la ley. No es posible que el reglamento contenga normas que le están reservadas al legislador; no puede adicionar la ley, cambiarla, restringirla o recortarla en su esencia o sustancia; tampoco puede deslindar los límites de la potestad reglamentaria porque violaría, además de la ley, la propia constitución”¹⁴.

2.19.- Por otra parte, en relación con las acciones precisas de la administración para su desarrollo, esta Corporación ha señalado que la potestad reglamentaria debe “(...) *entenderse como la facultad para expedir normas generales, impersonales y abstractas para lograr la cumplida ejecución de las leyes. De tal manera, el ejercicio de la facultad reglamentaria no puede desconocer el marco general de la ley, pues su ejercicio sólo se justifica en la medida en que, para proveer a la adecuada ejecución de ésta, se requiera precisar circunstancias o pormenores no contenidos en ella, por no haber sido regulados. En efecto, como resulta imposible que la ley contenga todas las provisiones indispensables para su cabal cumplimiento, corresponde al reglamento precisar los pormenores necesarios para la ejecución de la ley, es decir “hacer explícito lo implícito”¹⁵.*

2.20.- 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 (...)*”¹⁶ 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 legislar¹⁷.

2.21.- Así las cosas, se puede concluir, en primer lugar, que el alcance de la potestad reglamentaria varía en atención a la extensión de la regulación legal¹⁸. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que:

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 9 de julio de 1996. Exp. 854, C.P.: Roberto Suárez Franco.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I. Sentencia del 21 de julio de 2001. Exp. 6378, C.P.: Olga Inés Navarrete Barrero. En este sentido, véase también, Sección I, Sentencia del 7 de junio de 2001. Exp. 6067, C.P.: Manuel Santiago Urueta Ayala y Sentencia del 28 de agosto de 1997. Exp. 4355, C.P.: Juan Alberto Polo Figueroa.

¹⁶ 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.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III. Auto del 2 de febrero de 2005. Exp. 28615, C.P.: Alier Eduardo Hernández.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de agosto 21 de 2008, Exp.: 0294-04 y 0295-04, C. P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

“(…) [L]a doctrina y la práctica han demostrado que la potestad reglamentaria del ejecutivo es inversamente proporcional a la 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).¹⁹

2.22.- Además, también es forzoso concluir que la potestad reglamentaria exige que el legislador previamente expida una regulación básica o “*materialidad legislativa*”²⁰, con base en la cual el Gobierno promulgue la reglamentación correspondiente; “*si el legislador no define ese presupuesto normativo básico estaría delegando en el Gobierno lo que la Constitución ha querido que no sea materia de reglamento sino de ley, pues el requisito fundamental que supone la potestad reglamentaria es la existencia previa de un contenido legal por reglamentar*”²¹.

2.23.- En otras palabras, la potestad reglamentaria no es absoluta, sus límites están determinados en la Constitución y la ley y, en consecuencia, el Ejecutivo no puede alterar o modificar el contenido y espíritu de la ley, “*ni puede reglamentar leyes que no ejecuta la administración, como tampoco puede desarrollar aquellas materias cuyo contenido está reservado al legislador*”²².

2.24.- En este sentido, el Consejo de Estado ha establecido que la potestad reglamentaria se encuentra limitada por dos criterios, a saber: *la competencia y la necesidad*²³. El primero se refiere a la extensión de la regulación que el Legislador defiere al Ejecutivo “*de manera que le está prohibido, socapa de reglamentar la ley,*

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-432 de 2004. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-474 de 2003. M.P.: Eduardo Montealegre Lynnet.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-290 de 1997. M.P.: Jorge Arango Mejía.

²² Corte Constitucional, Sentencia C-028 de 1997. M.P.: Alfredo Martínez Caballero.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de abril de 2010, Exp.: 36054, C.P.: Enrique Gil Botero.

*adicionar nuevas disposiciones, por lo que debe entonces, para asegurar la legalidad de su actuación, limitarse al ámbito material desarrollado por el legislativo*²⁴.

2.25.- De otra parte, la necesidad del ejercicio de la potestad reglamentaria se funda en el carácter genérico de la ley. Así, si la regulación legal agota el objeto o materia regulada, la intervención del Ejecutivo no deviene indispensable²⁵. 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”.²⁶

2.26.- Así mismo, para la Sala resulta oportuno señalar como la reserva de ley constituye un límite a la potestad reglamentaria. En relación con este tema, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, en primer lugar, se *“hace referencia a la prohibición general de que puedan establecerse restricciones a los derechos constitucionales fundamentales en fuentes diferentes a la ley”*²⁷.

2.27.- No obstante, la expresión *“reserva de ley”* también se utiliza como sinónimo de *“principio de legalidad”* o de *“cláusula general de competencia del Congreso”*, a partir de lo cual *“todos los temas pueden ser regulados por el órgano legislativo mediante ley y que la actividad de la administración, a través de su potestad reglamentaria, debe estar fundada en la Constitución cuando se trate de disposiciones constitucionales con eficacia directa, o en la ley”*²⁸.

2.28.- Igualmente, la reserva de ley define aquellos eventos en los que el constituyente insta al legislador a regular determinadas materias en razón de su trascendencia²⁹.

2.29.- El efecto de la reserva de ley se traduce en *“la obligación de que las prescripciones normativas que regulen materias propias de esa técnica, consten en disposiciones que pertenezcan a cuerpos normativos de rango legal”*³⁰, lo cual implica

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ 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.

²⁶ 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

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-1262 de 2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Cita en la cita: “Las normas con rango de ley en nuestro ordenamiento jurídico son: la leyes expedidas por el Congreso en cualquiera de sus modalidades (arts 150, 151 y 152 C.N), los decretos con fuerza de ley expedidos por el Ejecutivo con fundamento, tanto en normas constitucionales (por ejemplo arts. 212, 213 y 215 C.N), como en las facultades extraordinarias

que tales materias únicamente pueden ser reguladas por el Ejecutivo en razón de una ley de facultades extraordinarias o de decretos legislativos de estados de excepción, pero nunca a través de la potestad reglamentaria del Gobierno³¹:

“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”³².

2.30.- Así las cosas, el Legislador puede delimitar una materia y permitir que se desarrolle y concrete mediante actos administrativos, siempre y cuando no se trate de asuntos amparados con reserva legal³³.

2.31.- Ahora bien, en materia de derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha considerado que los límites de la potestad reglamentaria deben ser mayores. Así, la Corte sostuvo que *"(...) en materia de derechos fundamentales el único órgano competente para establecer limitaciones es el Congreso de la República. La reserva de ley en materia de regulación de derechos fundamentales, como el derecho al trabajo o el derecho a escoger y ejercer profesión u oficio, constituye una de las primordiales garantías de estos derechos, frente a posibles limitaciones arbitrarias de otros poderes públicos o de particulares. Así, las materias reservadas no pueden ser objeto de transferencia, pues con ello se estaría vulnerando la reserva de ley establecida por la propia Constitución"*³⁴.

2.32.- Por último, cabe señalar que la potestad de reglamentaria, puede ser trasladada o reconocida a otros organismos de la administración a través de la expedición de actos generales para cumplir o hacer cumplir la ley. Así lo ha señalado el Consejo de Estado:

“(...) El Presidente de la República es, sin duda, el titular constitucional de la potestad reglamentaria, pero ello no obsta para que dentro de su ámbito de competencia y nivel de subordinación jerárquica y normativa, las demás autoridades administrativas adopten

otorgadas por el Congreso (art 150.10 C.N) y demás decretos leyes, tales como los que se dictan en virtud del artículo 241 de la Constitución, entre otros.”

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 2009. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

³² Corte Constitucional, Sentencia C-1265 de 2005. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

³³ Corte Constitucional, Sentencias C-570 de 1997. M.P.: Carlos Gaviria Díaz y C-1191 de 2001, M.P.: Rodrigo Uprimny Yeyes.

³⁴ Sentencia C-606 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón.

medidas de carácter general a fin cumplir o hacer cumplir las disposiciones superiores relativas a los asuntos a su cargo. Las autoridades administrativas, como lo ha precisado esta Corporación, están investidas de las facultades o potestades propias de la administración, dentro de las cuales está justamente la reglamentaria, de allí que los actos administrativos generales pueden emanar de cualquier autoridad administrativa, en lo que concierna a los asuntos a su cargo³⁵.

3.- El medio de control de nulidad. Características y causales de nulidad³⁶.

3.1.- La pretensión de nulidad desarrollada en el artículo 137 CPACA³⁷ es una acción de naturaleza objetiva, pública, popular, intemporal, general e indesistible a través de la cual cualquier persona podrá solicitar directamente o por medio de su representante, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que un acto administrativo, incurso en alguna de las causales establecidas en la ley, pierda su fuerza ejecutoria por declaración judicial de nulidad en beneficio del ordenamiento jurídico y la legalidad³⁸.

3.2.- Se califica de objetiva, en la medida en que a través de su ejercicio sólo se puede pretender la preservación del ordenamiento jurídico y el principio de legalidad³⁹. Implica, por lo tanto, el desarrollo de una pretensión de carácter general dirigida a restablecer la juridicidad en interés de la comunidad y el Estado de derecho. De aquí que así mismo se predique su carácter de pública y popular, en la medida en que la preservación del ordenamiento jurídico no puede ser exclusivamente de interés de unos pocos o una carga funcional privativa de las autoridades. Respecto del mantenimiento de las instituciones jurídicas, históricamente se ha considerado que es una responsabilidad pública, una legitimidad abierta en cabeza de cualquier persona que advierta las rupturas al sistema jurídico ocasionadas con la entrada en vigencia de un acto administrativo que lo desconozca. Desde esta perspectiva, la acción puede ser intentada por cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, de derecho

³⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección II, Sentencia del 19 de agosto de 2004. exp. 2473-1, C.P.: Alberto Arango Mantilla.

³⁶ Acápite tomado de SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Contencioso Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 134-140. Se ajustaron las referencias normativas pertinentes acorde a las disposiciones vigentes, esto es, la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sin alterar la esencia de lo allí expuesto.

³⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 4 de marzo de 2003. exp. 8302, C.P.: Manuel Santiago Urueta Ayola: “En cuanto a la titularidad de la acción, se observa que la de nulidad es una acción popular, abierta a todas las personas, cuyo ejercicio no necesita del ministerio de un abogado [...] En cuanto a la oportunidad para ejercer la respectiva acción, la de nulidad no tiene por lo general término de caducidad, de manera que puede utilizarse en cualquier tiempo [...] En relación con los efectos de la sentencia, la que se produce en proceso de nulidad los tiene *erga omnes*, si la decisión es anulatoria; en caso contrario, cuando no se accede a las pretensiones de la demanda, esos efectos se limitarán a los motivos de nulidad invocados por la actora [...] la de nulidad no es desistible, cualquier persona puede coadyuvar o impugnar la demanda”.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-513 de 1994, M.P.: Antonio Barrera Carbonell: “La acción de nulidad tiene un sólido soporte en el principio de legalidad que surge, principalmente, del conjunto normativo contenido en los arts. 1, 2, 6, 121, 123, inciso 2o., 124 de la C.P., pero así mismo tiene su raíz en las normas que a nivel constitucional han institucionalizado y regulado la jurisdicción de lo contencioso administrativo (arts. 236, 237-1-5-6 y 238).”

³⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 5 de mayo de 1998, exp. S-719, C.P.: Juan de Dios Montes Hernández: “No procede la excepción denominada carencia de legitimidad por parte del actor para promover la acción instaurada, porque siendo incoada la de nulidad de simple, cuyo propósito según lo establece la ley y lo repite la jurisprudencia es el control de la legalidad objetiva, interés de carácter general por esencia, cualquier persona está legitimada para ejercitarla”.

público, privado o internacional⁴⁰. Lo importante para las instituciones es que los conflictos suscitados entre un acto administrativo y el ordenamiento jurídico sean objeto de conocimiento por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y ésta produzca una decisión declarando lo que corresponda frente al litigio y resolviéndolo de manera tal que produzca su decisión efectos generales, esto es, erga omnes.

3.3.- Lo objetivo de la acción implica así mismo una especial técnica de impugnación por parte del ciudadano interesado y de análisis jurídico por el juzgador. Se trata de la confrontación entre una norma superior que se argumenta trasgredida o violentada, y un acto administrativo al cual se le atribuye la infortunada virtud de ser causante de la trasgresión o violación; confrontación de la cual debe surgir una decisión declarativa de la existencia o no de violación al ordenamiento jurídico, en caso afirmativo sancionando la manifestación de voluntad de la administración con nulidad. La acción de nulidad no conlleva pretensión diferente, por lo tanto, no le corresponde al juez hacer un pronunciamiento distinto, ni mucho menos producir declaración alguna respecto de la situación de las personas sobre las cuales el acto declarado nulo produjo efectos jurídicos.

3.4.- Por regla general, la acción de nulidad no tiene un término específico de caducidad, según lo dispone el artículo 164, núm. 1º, lít. a) CPACA, la acción de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto, lo importante es que el acto aun esté surtiendo efectos jurídicos⁴¹. Por otra parte, una vez puesta en

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 9 de diciembre de 1991. C.P.: Guillermo Chahín Lizcano. En esta providencia la corporación acogió la tesis de que sólo los ciudadanos estaban legitimados para interponer la acción de nulidad. En aquella oportunidad el Consejo de Estado se fundamentó en el texto del artículo 40 C.N. de 1991, que indica: “todo ciudadano tiene derecho de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: [...] 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley”. Desde esta perspectiva se abandona el carácter de acción popular, por el de una acción ciudadana, con las consecuentes limitaciones que implicaba para su ejercicio. Esta posición jurídica fue revisada por la corporación, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia 31 de julio de 1996, C.P.: Silvio Escudero Castro, recuperando el carácter de acción popular para la nulidad; no sólo en razón de que la acción de nulidad pretende la defensa del orden jurídico abstracto, sino también porque no sería lógico ni constitucional limitar el ejercicio de los mecanismos de defensa.

⁴¹ Este aspecto, el de que el acto administrativo aún esté produciendo efectos jurídicos, como presupuesto para el ejercicio de la acción de nulidad, no ha sido de aceptación pacífica en la jurisprudencia colombiana. El Consejo de Estado, en Sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 14 de enero de 1991, C.P.: Carlos Gustavo Arrieta Padilla, hace un importante recuento de esta inconstancia jurisprudencial: en primer lugar, señala que la corporación se ha pronunciado en el sentido de que sería inoperante un fallo de nulidad sobre un acto de carácter general derogado o revocado, ya que si estaba viciado de nulidad, la actividad de la administración restableció el orden jurídico; por lo tanto, “el pronunciamiento jurisdiccional carecería de objeto”. Entre otras, señala como providencias en esta dirección las sentencias del 11 de julio de 1962, exp. 929; del 14 de febrero de 1979, exp. 994; del 18 de julio de 1975; del 13 de marzo de 1979, exp. 518; del 12 de julio de 1988, exp. 387; del 12 de octubre de 1989, exp. 522; del 24 de noviembre de 1989, exp. 1062. En segundo lugar, la corporación también se ha pronunciado en sentido contrario, aceptando la posibilidad de providencias de fondo en acciones de nulidad sobre actos derogados o revocados, esto es, negando la posibilidad de la “sustracción de materia”. Como ejemplo de esta posición se invoca la sentencia del 17 de agosto de 1984, de la Sección Cuarta, exp. 9524, en la cual se indicó: “Basta que una norma jurídica de carácter general haya tenido vigencia por un pequeño lapso de tiempo para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo deba pronunciarse ante una demanda de nulidad”. El argumento fundamental de esta segunda tesis consiste básicamente en prevenir actuaciones tendenciosas de la administración que hagan nugatoria la acción de nulidad. “Subyace la preocupación por la burla a la ley que pudiese resultar de la estricta interpretación de la primera de las posiciones planteadas, ya que de hecho se sustraería del control jurisdiccional aquellas disposiciones derogadas por la administración al momento en que se fuera a decidir sobre su legalidad”. En la providencia en estudio de la Sala Plena de 1991, la corporación recogió la segunda de las posiciones jurídicas indicando al respecto: “un acto administrativo, aun si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que lo que efectivamente

marcha una acción de nulidad, el impetrante de la misma no podrá desistir, en razón de que está de por medio el interés general y no el simple particular del accionante.

3.5.- La nulidad procede previa configuración procesal de algunas de las causales establecidas por el legislador en el artículo 137 CPACA, que dicho sea, se ha edificado sobre la base del respeto a un complejo principio de legalidad, que se fundamenta ante todo en el acatamiento al marco orientador de todo el sistema jurídico como lo es la Constitución del Estado colombiano. El marco genérico del régimen de causales de nulidad de los actos administrativos es siempre la Carta Política, es más, cada una de las causales de manera directa se relaciona de una u otra manera con los principios, valores y normas constitucionales. En este sentido, referirse a la acción de nulidad en materia contencioso administrativa es acercarse sin lugar a dudas a un importante juicio de constitucionalidad y de legalidad⁴² sobre los actos de quienes ejercen funciones administrativas con el fin de que se declara la misma por la autoridad contenciosa correspondiente, salvo que se hubiere purgado la misma conforme lo ha establecido nuestra jurisprudencia⁴³.

restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, o lo declara ajustado a derecho”. Es de advertir que esta tesis se expuso a propósito de un acto administrativo demandado en acción de nulidad y derogado durante el transcurso de la misma. Esta tendencia jurisprudencial, según lo expuso el Consejo de Estado en sentencia de Sala Plena del 8 de febrero de 1996, exp. 5475, C.P.: Luis Eduardo Jaramillo M., no se aplica en los casos en que el acto ha sido derogado o revocado con anterioridad al ejercicio de la acción de nulidad, caso en el cual se produciría sin discusión la sustracción de materia. En el salvamento de voto a esta última providencia los consejeros Carlos Betancur Jaramillo y Juan de Dios Montes Hernández expusieron: “El acto de contenido general no solo deberá estar vigente al momento de dictarse la sentencia”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 16 de febrero de 2001, exp. 3531, C.P.: Olga Inés Navarrete: “Esta corporación ha precisado que, no obstante haber pedido si vigencia el acto demandado, es imperativo el estudio de fondo del mismo, en atención a los efectos que pudo producir durante el tiempo en que rigió. Así lo ha expresado en varios de sus fallos: ‘De otra parte, en cuanto al tema de la sustracción de materia, la Sala Plena del Consejo de Estado prohibió durante mucho tiempo la aplicación de la teoría de la sustracción de materia, tratándose de actos que han sido derogados o sustituidos por otros, o que han dejado de regir, o que produjeron todos sus efectos’. Se consideró que en tales eventos resultaría inútil e inócua un pronunciamiento de mérito, por cuanto al haber desaparecido el acto de la vida jurídica, surgía la sustracción de materia y por consiguiente la sentencia adolecería de falta de objeto práctico. Sin embargo, dicha tesis tuvo algunas variantes, en el sentido de considerar que, dado que el acto administrativo pudo haber producido efectos durante su vigencia, es menester un pronunciamiento de fondo sobre su legalidad. Este último criterio ha sido mayoritario a partir de Consejo de Estado, Sala Plena. Sentencia del 14 de enero de 1991, C.P.: Carlos Gustavo Arrieta Padilla. A partir del fallo de 1991 antes citado, la jurisprudencia de esta corporación ha sido optado por el fallo de mérito cuando quiera que el acto administrativo examinado haya desaparecido del universo jurídico por derogatoria”.

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 3 de marzo de 1995, exp. 2691, C.P.: Miguel González Rodríguez: “Para la Sala, la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones no está llamada a prosperar. En efecto, como lo advirtió esta corporación, y ahora lo reitera, la distinción que hace el excepcionante: que la declaratoria de nulidad se predica de los actos administrativos, mientras que la de inconstitucionalidad responder por una acción de inexecutable, aplicable para los actos de ley, es inadmisibles ya que la acción de nulidad no sólo puede dar lugar a un juicio de legalidad sino también de constitucionalidad, dado que los actos administrativos no solamente pueden violar la ley sino la Constitución, y para hacer efectivo el control jurisdiccional frente a este último evento la Carta Política lo instituyó en cabeza de esta jurisdicción (arts. 237.2 y 238)”.

⁴³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 8 de abril de 1997, exp. S-650, C.P.: Amado Gutiérrez Velásquez: “El fenómeno jurídico denominado ‘purga de ilegalidad’ que hace parte del tema de la convalidación, según el cual se considera no viciado de nulidad un acto administrativo que ilegal en el momento de su nacimiento si la norma quebrantada ha desaparecido de la vida jurídica por derogatoria, subrogación o declaratoria de inexecutable o nulidad, producidas antes de que el juez contencioso administrativo hubiera proferido el fallo; también si ha recibido sustento legal posterior a su expedición. El fenómeno jurídico de la ‘purga de ilegalidad’ estudiada por la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 29 de mayo de 1933) y por esta corporación (Sección Primera. Sentencia del 24 de abril de 1980), forma parte de uno más amplio, conocido como convalidación de actos administrativos, que otorga efectos hacia atrás en cuanto atribuye validez a la disposición desde su origen, es decir *ex tunc*. No obstante, carece de aplicación en el caso en examen, pues la Ley 100 de 1993 está inspirada en la filosofía contraria a la sustentada por el suplicante, y no se entienden convalidados con su expedición los actos administrativos demandados, pues escapan a la posibilidad de saneamiento los actos proferidos con carencia absoluta de competencia”.

3.6.- De manera específica, las razones para la anulación de los actos administrativos se relacionan con la infracción a las normas en que debería haberse fundado el acto administrativo, disposiciones estas que se supone fueron desconocidas o vulneradas por las autoridades al momento de su expedición. Como se observa, la generalidad de la redacción del legislador permite deducir sin mayores esfuerzos que se incorpora en esta descripción la totalidad de la base normativa y conceptual, de principios y valores aplicables a cada acto administrativo en el derecho colombiano, lo que implica necesariamente que dentro de ella queden incorporadas las normas constitucionales que son la base y esencia del sistema. Luego todo juicio de nulidad de un acto administrativo implica en esta perspectiva lógica un acercamiento al texto constitucional y a sus bases sustentadoras, no se trata de un simple enjuiciamiento de legalidad sub constitucional.

3.7.- Agrega en esta misma dirección el artículo 137 CCA que la nulidad también puede provenir de la incompetencia del funcionario o del organismo que produjo el acto administrativo, sin limitarla al simple desconocimiento de normas de competencia simplemente legales. Es decir, el análisis de las competencias administrativas para el juez contencioso administrativo involucra necesariamente las que el constituyente hubiere establecido para las autoridades en cada caso concreto, es más, el simple desconocimiento de una regla de competencia administrativa lleva de por sí una ruptura institucional, si se tiene en cuenta que en los artículos 121 y 123 inciso 2° C.N. se ordena y obliga a todos los servidores públicos a ejercer sus funciones en los términos establecidos en la Constitución, la ley o el reglamento.

3.8.- Se sanciona así mismo con nulidad a todo acto administrativo que sea expedido en forma irregular, irregularidad ésta que puede provenir del desconocimiento de los parámetros establecidos en la Constitución Política. Si se trata de la vulneración de las exigencias simplemente legales o administrativas, también se violaría la Carta Fundamental, en cuanto que, como lo anotábamos a propósito de la causal anterior, están de por medio los artículos 121 y 123 inciso 2° C.N. que son perentorios al determinar que los poderes y funciones de las autoridades deben ejercerse en los estrictos términos señalados en las disposiciones constitucionales, legales o administrativas.

3.9.- Se ubica en la base de las nulidades de los actos administrativos el desconocimiento sustancial al debido proceso, causal que debe en consecuencia ser analizada y entendida conforme a lo dispuesto en el artículo 29 C.N. en concordancia con lo establecido en los artículos 42 y 44 CPACA que obligan al respeto y acatamiento

del concepto sustancial del debido proceso como presupuesto para la expedición de cualquier decisión por parte de quienes ejercen funciones administrativas. La causal que enmarcamos dentro de este contexto señala que los actos administrativos serán nulos por el desconocimiento del derecho de audiencia y defensa. La Sola referencia al artículo 29 C.N. implica que el juicio y análisis de esta causal debe llevar al juez contencioso administrativo necesariamente a un estricto control de constitucionalidad del acto administrativo y la decisión que adopte se fundará estrictamente en reflexiones en torno a la Carta Fundamental.

3.10.- En relación directa con el debido proceso se ha desarrollado en el derecho administrativo la causal de nulidad por falsa motivación, a través de la cual se recogen todas las irregularidades objetivas emanadas de los fundamentos de hecho y de derecho de las decisiones de quienes ejercen funciones administrativas.

3.11.- Aproximarse a las razones de anulación de los actos significa abordar, igualmente, los principios, propósitos y finalidades del orden constitucional del Estado. según dispone el artículo 137 CPACA, los actos administrativos deberán ser declarados nulos por el juez contencioso administrativo cuando hubieren sido el producto de la desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió; esto es, nos encontramos en materia de causales de nulidad ante la institucionalización del abuso de poder en materia administrativa como mecanismo perturbador del orden jurídico, principalmente del orden constitucional del Estado, en cuanto atenta contra los propósitos y finalidades del mismo, que para el caso colombiano se encuentran perfectamente determinados en los artículos 2º, 123 inciso 2º y 209 C.N. El desvío o el abuso de poder implica actuaciones subjetivas de los servidores públicos en beneficio de sus propios intereses, luego significa desconocer la objetividad que debe reinar en toda actuación pública y el consecuente respeto al interés general⁴⁴.

4.- La cláusula de Buena Administración como principio y derecho incorporado en el ordenamiento jurídico colombiano

4.1.- Por averiguado se tiene que la Administración está sujeta al cumplimiento de los preceptos constitucionales establecidos en el preámbulo de la Constitución Política y los principios fundamentales del artículo 1º, esto es, que *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República (...) fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la*

⁴⁴ Sobre las causales de nulidad de los actos administrativos puede consultarse el tomo II de este Tratado, capítulo octavo, donde se aborda en detalle cada una de sus razones de invalidez.

prevalencia del interés general” y el artículo 2º a cuyo tenor se lee que “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...) y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

4.2.- Pero además, existe una cláusula de competencia especial para la Administración que deriva de las funciones que le asignó el constituyente en el artículo 209 constitucional⁴⁵, siendo estas: i) Estar al servicio de los intereses generales, por oposición a los partidistas, gremiales u otros que no representen el bien común; ii) Ceñirse a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y, por último, iii) Ejercer estas funciones mediante los instrumentos de la descentralización, la delegación y la desconcentración de ellas. Así, de la lectura de dichos principios es claro que se derivan en el ordenamiento jurídico – en materia de contratación pública – otros tales como el de planeación del negocio, legalidad, economía de mercado, llamados a gobernar la acción de la Administración.

4.3.- Resulta claro, entonces, que en el orden jurídico colombiano existe una especificidad constitucional a favor de la administración pública, comoquiera que, además de encontrarse sujeta a los principios y valores del preámbulo y los artículos 1º, 2º y 3º, el artículo 209 le asigna un especial rol funcional, como lo es el de estar al servicio de los intereses generales, observando unos particulares principios de acción⁴⁶.

4.4.- Por lo anterior, se tiene que a partir de una juiciosa lectura de tales principios y valores es que se encuentra que las actuaciones de la Administración no constituyen un rito ciego a la forma por la forma, la magnificación de lo adjetivo sobre lo material o de mero ejecutor formal de la Ley; contrario a ello, resulta que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho los procedimientos que ésta tiene a su cargo tienen un derrotero específico, cual es concretar la *“profunda vocación protectora y garantizadora de los derechos e intereses tanto individuales como colectivos en relación*

⁴⁵ Constitución Política. Artículo 209. 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.

⁴⁶ Se trata de lo que Schmidt-Assman llama como la legitimación institucional y funcional de la Administración “con la que se designa la posición directa que la Constitución le ha otorgado al Ejecutivo, para subrayar su propia autonomía e identidad ante el poder legislativo y judicial.” SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. En: Barnés, Javier, Innovación y reforma en el Derecho Administrativo. 2º edición, Sevilla, Global Law Press, 2012, p. 66.

con la actividad de la Administración, predeterminando para ella senderos forzosos de actuación, y marcos sustanciales de contención a la arbitrariedad.”⁴⁷.

4.5.- Súmese a lo dicho que el concepto del principio de legalidad, inmanente al derecho administrativo, ha de ser entendido no como una mera correspondencia con las formales legales, sin más, sino que necesariamente se encuentra nutrido de los principios y valores del ordenamiento constitucional y convencional, por vía del bloque de convencionalidad y constitucionalidad⁴⁸. Es por ello que le es exigible a la administración concretar dichos principios y valores supralegales y supraconstitucionales en la toma de sus decisiones, teniendo como eje paradigmático la garantía plena y efectiva de los derechos fundamentales.

4.6.- Cuanto precede permite ver, entonces, que el ordenamiento constitucional fija los principios y valores fundamentales para la acción administrativa la cual, no tiene otra finalidad que la de realizar, en cada actuación, los postulados convencionales y constitucionales que dan sentido a la organización estatal.

4.7.- Tal cuestión encuentra un pertinente desarrollo legal en preceptos tales como el artículo 3° de la Ley 489 de 1998⁴⁹ y los artículos 23, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993 y 3° de la Ley 1437 de 2011⁵⁰, lo cual permite afirmar que a este entramado normativo

⁴⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Procedimientos administrativos y tecnología. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2011, p. 137.

⁴⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Ibid.*, p. 60 “es indudable que el principio de legalidad ha evolucionado nuevamente, esta vez de la mano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual se traduce de manera inexorable en la ampliación de las fronteras del bloque de legalidad. Dicho cambio sustancial es el resultado directo e inmediato de las obligaciones internacionales que ha asumido Colombia en las últimas décadas, con el fin de proteger la dignidad humana, como razón de ser de toda organización estatal democrática en la que se promueve el desarrollo dentro de un ambiente de absoluto respeto por los derechos humanos”.

⁴⁹ Ley 489 de 1998. Artículo 3°.- *Principios de la función administrativa*. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a 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.

⁵⁰ Ley 1437 de 2011. Artículo 3°. *Principios*. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no *reformatio in pejus* y *non bis in idem*.

2. En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

3. En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

4. En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

5. En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.

subyace el principio jurídico de la Buena Administración⁵¹, entendido este como un postulado normativo que ordena, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, que la Administración garantice los derechos de los administrados cuando entran en interacción con ella, ejecute de buena fe y bajo el estándar de la debida diligencia los deberes funcionales que el ordenamiento jurídico convencional, constitucional y legal le ha confiado y adopte las decisiones que correspondan de manera razonable y ponderada conforme a los valores, principios y reglas que se desprenden del marco jurídico legal, constitucional y convencional⁵².

4.8.- Así afirmado, resulta que no se trata de un enunciado meramente programático o aspiracional, pues el mismo trata, antes que nada, de la adscripción de un verdadero

6. En virtud del principio de participación, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

7. En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.

8. En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.

9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma.

10. En virtud del principio de coordinación, las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares.

11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.

13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.

⁵¹ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea postula en el artículo 41 el Derecho a una Buena Administración en los siguientes términos:

Artículo 41.- Derecho a una buena administración

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente;

b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que la concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;

c) la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de la Constitución y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

⁵² “La buena Administración pública es, sobre todo, un derecho de los ciudadanos, nada menos que un derecho fundamental y, también, un principio de actuación administrativa y por supuesto una obligación inherente a los Poderes públicos derivada del marco del Estado social y democrático de Derecho. Los ciudadanos tienen derecho a exigir determinados patrones o estándares en el funcionamiento de la Administración que les garantice la realización de sus derechos sociales fundamentales. Y la Administración, está obligada, en toda democracia, a distinguirse en su actuación cotidiana por su servicio objetivo al interés general.

El principio y la obligación, de la buena Administración pública, vincula la forma en que se deben dirigir las instituciones públicas en una democracia avanzada. Dirigir en el marco de la buena Administración pública supone asumir con radicalidad que la Administración pública, existe y se justifica, en la medida en que sirve objetivamente al interés general.” RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales. Sevilla, Global Law Press – INAP, 2015, p. 585-586.

derecho⁵³ fundamental a la Buena Administración o, lo que es lo mismo, la manifestación de una suerte de posiciones jurídicas, protegidas por el ordenamiento, de defensa, prestación positiva e igualdad cuya titularidad recae sobre los administrados.

4.9.- Así, los contornos de este derecho no implican cosa diferente a la garantía material o efectiva de ejercer una función administrativa volcada, de manera decidida, hacia la satisfacción de los derechos e intereses de los administrados, a la concreción de los principios convencionales y constitucionales en el proceder de la administración acorde al estándar de la debida diligencia, en la revaloración del principio de legalidad comprendido éste desde una perspectiva sustancial y garantística por oposición a estrechas lecturas formalistas, en la ponderada y suficiente motivación de las decisiones que se adopten, en el despliegue de una gestión oportuna y eficaz, en la realización del principio de economía como criterio rector de la acción administrativa, en la transparencia de su obrar y todas aquellas otras circunstancias que se tornan esenciales para satisfacer un postulado básico y axial en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho cual es el de reconocer el empoderamiento de los ciudadanos como titulares de derechos y, por consiguiente, merecedores de una gestión administrativa de calidad.

4.10.- Para el caso en cuestión, la materia contractual, se encuentra que este derecho a la Buena Administración presenta una configuración bifronte por cuanto, de un lado, presenta un cariz enderezado a la debida, ponderada y planeada configuración del objeto del contrato estatal, en sujeción irrestricta al principio de legalidad; pero, además, otro flanco de acción de este principio hace obligada presencia en los procedimientos de selección, ejecución y liquidación de los contratos estatales, esto es, transversalmente desde la etapa precontractual, pasando por aquella propiamente de ejecución y liquidación del contrato e, inclusive, respecto de las que sean posteriores a tal acto.

⁵³ “La Buena Administración ha pasado de principio general a derecho subjetivo. En la primera forma posee un valor “programático”, es un objetivo establecido por la Constitución, que se dirige al legislador. Tiene, por lo tanto, en el aparato estatal, un valor limitado e interno. En la segunda forma, se proyecta al exterior del círculo del Estado, hacia la comunidad. Confiere derechos, con las correspondientes obligaciones por parte de la Administración Pública.

La Buena Administración presenta un contenido variable. Se puede decir que hay algunos “core principles”, o principios esenciales, como el derecho de acceso, el de ser oído, el de obtener una decisión motivada y el de defensa a través de un juez. Esta parte de la Buena Administración, en el terreno administrativo se superpone en Buena medida a la “rule of law” y al principio de legalidad en sentido amplio. Forma parte de los derechos procedimentales, todos ellos con repercusiones externas.

Hay luego una segunda parte, que comprende los principios de imparcialidad, racionalidad, equidad, objetividad, coherencia, proporcionalidad y no discriminación. También esta parte tiene repercusiones externas, aunque, de ordinario, no se articula en forma de procedimiento. Finalmente, la Buena Administración comprende reglas más irrelevantes, como el deber de cortesía, o la regla de la respuesta por escrito a las demandas de los particulares, que son directrices que normalmente no llevan acción aparejada. Por consiguiente, la Buena Administración constituye una noción a la que se han unido contenidos diversos.” CASSESE, Sabino. Derecho Administrativo: Historia y Futuro. Sevilla, Global Law Press – INAP, 2014, p. 409.

4.11.- Tal cosa encuentra asidero jurídico suficiente cuando se toma en cuenta, considerando puntualmente la normativa contractual, que i) la contratación estatal es precisamente uno de los instrumentos con que cuenta la Administración para el cumplimiento de los fines constitucionales del Estado⁵⁴, ii) dada la prominente y sustantiva misión que tiene a costas dicho instrumento resulta apenas lógico que se reitere, en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, la presencia y observancia de los principios de transparencia, economía y responsabilidad como rectores de la contratación estatal, iii) que el legislador, con especial cuidado, se ocupó de decantar concretos deberes que en virtud de cada principio se imponen a la Entidad o a los contratistas, en tanto colaboradores de la administración, iv) que en el marco de este desarrollo se destaca que en virtud del principio de responsabilidad el legislador prescribió que **“1. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y la proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato”, “2º Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas” y “4º las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia”**, y, finalmente, ello guarda plena correspondencia con el artículo 40 inciso 3º de la misma ley cuando enseña: **“En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración”**.

4.12.- Resulta palmario, entonces, que a partir de los mencionados preceptos de la Ley 80 de 1993 se decanta esa presencia singular del principio de la Buena Administración en el ámbito de la delineación del objeto contractual – en tanto que allí deben ser consideradas las cláusulas necesarias para la buena administración – así como transversalmente a lo largo de todas las actuaciones previas, concomitantes y posteriores a la contratación estatal – tal como se deriva del deber de los funcionarios de velar por la correcta ejecución del contrato, de la asunción de su responsabilidad

⁵⁴ “Bajo esta perspectiva, a la par de los procedimientos y actuaciones administrativas que sustentan el acto administrativo unilateral – el cual, dicho sea de paso, se ha constituido en el instrumento ordinario dentro del Estado de derecho para el cumplimiento de sus propósitos –, se hace imprescindible que todos los servidores públicos entiendan que existe, igualmente, la figura del contrato como mecanismo fundamental para la realización efectiva de los cometidos a cargo del Estado.”. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El concepto de contrato estatal. Complejidades para su estructuración unívoca. En: Temas relevantes sobre los contratos, servicios y bienes públicos. VI Congreso de Derecho Administrativo. Margarita, 2014, Editorial Jurídica Venezolana y Centro de Adiestramiento Jurídico, p. 301-302.

personal por los daños que lleguen a causar y por la exigencia de una conducta ajustada a la ética y la justicia –, razón por la cual refulge la necesaria observancia de los postulados de este principio en cada una de estas circunstancias puntuales.

5.- Análisis normativo del enunciado legal que se dice violado.

5.1.- El demandante hace consistir la nulidad del artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015 en la violación del inciso cuarto del artículo 60 de la Ley 80 de 1993; por consiguiente, es del caso abordar una revisión de los enunciados que integran dicha disposición a fin de determinar, por vía interpretativa, el tipo de norma, sus características y su atribución de sentido. El precepto legal es del siguiente tenor literal:

Ley 80 de 1993. Artículo 60º.- De Su Ocurrencia y Contenido. [Modificado por el artículo 217 del Decreto 019 de 2012] Los contratos de tracto sucesivo, aquéllos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación ~~de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.~~ [Lo tachado fue derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007].

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato. [Aparte desarrollado por el demandante].

5.2.- Con relación a la liquidación del contrato, el Consejo de Estado ha expresado que ella es *“una actuación administrativa posterior a su terminación normal (culminación del plazo de ejecución) o anormal (verbigracia en los supuestos de terminación unilateral o caducidad), con el objeto de definir si existen prestaciones, obligaciones o derechos a cargo de las partes, hacer un balance de cuentas para determinar quién le debe a quién y cuánto y proceder a las reclamaciones, ajustes y reconocimientos a que haya lugar, y dar así finiquito y paz y salvo a la relación negocial”*⁵⁵.

5.3.- Del mismo modo se ha dicho que la liquidación es *“(…) un corte de cuentas, es decir una etapa del negocio jurídico en que las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista*

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de junio de 2008, expediente 16.293.

*definen el estado en que queda el contrato, o mejor, la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución*⁵⁶; de igual forma que *“corresponde al balance, finiquito o corte de cuentas que realizan y acogen de manera conjunta las partes del respectivo contrato, por tanto esta modalidad participa de una naturaleza eminentemente negocial o convencional”*⁵⁷.

5.4.- Asimismo, la Sala ha sostenido que *“es una operación administrativa que sobreviene a la finalización de un contrato, por cumplimiento del plazo anticipadamente, con el propósito de establecer, de modo definitivo, las obligaciones y derechos pecuniarios de las partes y su cuantía,”*⁵⁸.

5.5.- También se ha dicho que la liquidación del contrato estatal *“consiste en una actuación tendiente a establecer el resultado final de la ejecución contractual, en cuanto al cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista, los pagos efectuados por la entidad contratante, los saldos pendientes, las mutuas reclamaciones entre las partes, las transacciones y conciliaciones logradas, etc, y de esta manera finiquitar la relación negocial”*⁵⁹.

5.6.- No obstante lo anterior, esta Corporación en reciente pronunciamiento consideró que como no existía claridad en cuanto a la naturaleza jurídica de la liquidación del contrato, por cuanto se catalogaba indistintamente como actuación administrativa, como una etapa del negocio jurídico, como una operación administrativa y como una modalidad de naturaleza negocial, procedió en consecuencia a definir la liquidación de mutuo acuerdo del contrato estatal como:

*“(…) El acuerdo que celebran las partes de un contrato estatal para determinar los derechos y obligaciones que aún subsisten a favor y a cargo de cada una de las partes contratantes, todo con la finalidad de extinguir de manera definitiva todas las relaciones jurídicas que surgieron como consecuencia del contrato estatal precedentemente celebrado”*⁶⁰.

5.7.- En consecuencia, durante el término de la liquidación del contrato a las partes les incumbe: (i) establecer las prestaciones ya realizadas durante el término de ejecución del contrato; (ii) relacionar las obligaciones que aún subsisten entre ellas; y (iii) acordar

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, expediente 17.322.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 31 de marzo de 2011, expediente 16.246.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 6 de febrero de 2011, expediente 14.823.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de febrero de 2012, expediente 16.371.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 18 de julio de 2012, expediente 22.221

los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar según lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993⁶¹.

5.8.- Así, puede caracterizarse el enunciado normativo contenido en el inciso cuarto del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 en los siguientes términos: **i)** En razón a su estructura normativa se trata de un precepto que participa de la categoría de regla; **ii)** Se trata de una regla que dice relación no ya respecto del modo en que se desarrollará la liquidación del contrato – cuestión que está regulada en el inciso tercero del mismo artículo – sino al aseguramiento del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista y que deben verificarse con posterioridad a la extinción del contrato estatal; **iii)** impone una obligación a la Administración de exigir la extensión o ampliación de las garantías contractuales pertinentes atendiendo el objeto del contrato, sus particularidades y las vicisitudes que puedan tener lugar posteriormente, de allí que la Ley señale, por vía enunciativa, las garantías de estabilidad de la obra, la calidad de bien o servicio prestado, provisión de repuestos y accesorios, pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, responsabilidad civil y, cierra esta descripción con una cláusula genérica, prescribiendo que *“en general para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato”*.

6.- Análisis normativo del enunciado demandado.

6.1.- Se demanda la nulidad del artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015, enunciado cuyo tenor literal es el siguiente: *“Obligaciones posteriores a la liquidación. Vencidos los términos de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras civiles, la Entidad Estatal debe dejar constancia del cierre del expediente del Proceso de Contratación. (Decreto 1510 de 2013, artículo 37)”*.

6.2.- Una primera aproximación al precepto demandado debe partir por considerar que este se ubica dentro de un decreto compilatorio de normas reglamentarias expedidas por el Gobierno Nacional. Por consiguiente, debe advertirse que el precepto

⁶¹ Artículo 60°.- *De Su Ocurrencia y Contenido.* [Modificado por el art. 217, Decreto Nacional 019 de 2012.](#) Los contratos de tracto sucesivo, aquéllos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga. Inciso derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007, excepto el texto subrayado.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

demandado no hace cosa diferente que compilar el enunciado que se encontraba ubicado en el artículo 37 del Decreto 1510 de 2013, sin dar creación a una norma nueva, diferente o autónoma a aquella, pues sabido es que la función compilatoria (de leyes o normas reglamentarias) se agota su labor en la agrupación y codificación ordenada de varios preceptos que guardan unidad lógica y de materia.

6.3.- Por otro tanto, tiene que la norma enjuiciada hace parte de un Decreto reglamentario para lo cual el Gobierno Nacional invocó expresamente las facultades atribuidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política⁶².

6.4.- Dicho lo anterior, se tiene que un análisis semántico y sintáctico del enunciado demandado permite llegar a las siguientes conclusiones normativas: i) se trata de un enunciado que tiene la estructura de regla toda vez que cuenta con un antecedente fáctico bien delimitado y una consecuencia jurídica concreta; ii) el antecedente fáctico previsto dice relación con el vencimiento de los términos de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes y iii) la consecuencia prescrita indica que cuando se dé el anterior estado de cosas surge para la Entidad Estatal el deber de *“dejar constancia del cierre del expediente del proceso de contratación”*.

7.- Caso concreto.

7.1.- Pretenden el censor la nulidad del artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015 por cuanto, a su juicio, por esta vía el gobierno Nacional excedió su potestad reglamentaria y desconoció los predicados del inciso cuarto del artículo 60 de la Ley 80 de 1993.

7.2.- Apoya la pretensa nulidad, en suma, en la reserva de Ley en la materia contractual, en que el poder reglamentario establecido en el artículo 189.11 de la Constitución y que el artículo no hace otra cosa que crear un procedimiento administrativo posterior a la liquidación del contrato que no encuentra fundamento en la Ley y que agrava la situación disciplinaria de los ordenadores de gasto en la administración pública.

7.3.- El extremo pasivo de la pretensión propone, en defensa de la disposición reglamentaria, el que no se incurrió en la alegada violación. Por el contrario al unísono

⁶² Se advierte, en todo caso, que en el Decreto 1510 de 17 de julio de 2013 el Presidente de la República invocó las competencias atribuidas en diversas fuentes constitucionales y legales, en los siguientes términos: *“en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en particular las que le confieren el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y la Ley 80 de 1993, la Ley 361 de 1997, la Ley 590 de 2000, la Ley 816 de 2003, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1450 de 2011, la Ley 1474 de 2011, el Decreto-ley número 4170 de 2011 y el Decreto-ley número 019 de 2012”*

exponen que la norma demandada constituye, en estricto sentido, ejercicio de poder reglamentario por cuanto provee instrumentos para la cumplida ejecución de la Ley que no son de carácter sustancial y, por ello, no son del resorte del legislador, además de ser una actuación eminentemente unilateral que se contrae a la debida organización de una carpeta o expediente contractual.

7.4.- Visto lo anterior, que en síntesis encierra la problemática del *sub judice*, esta judicatura considera que la pretensión de nulidad formulada por el ciudadano demandante no está llamada a prosperar habida cuenta que no se evidencia una contradicción normativa entre el precepto enjuiciado y el ordenamiento jurídico superior.

7.5.- En primera instancia, una lectura detenida de ambos preceptos (el legal y el reglamentario) y sus alcances permite inferir que la norma reglamentaria guarda un sentido de coherencia y continuidad en relación con el precepto legal pues mientras la Ley establece el deber de la entidad estatal de exigir a su contratista la ampliación o extensión de las garantías contractuales pertinentes, el precepto reglamentario se ubica – temporalmente- en el escenario en el que la vigencia de estas garantías ya han llegado a su fin, es decir, cuando ya se ha agotado por completo el objeto y sentido de la previsión legal.

7.6.- Por ende, como la norma reglamentaria no desconoce, transgrede o modifica el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica del inciso cuarto del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, no puede predicarse, a esta altura, visos de ilegalidad del artículo objeto de este pronunciamiento judicial.

7.7.- Sin embargo, otro asunto conexo debe ser considerado y dice relación con la exigencia de dejar constancia del cierre del expediente contractual y la legalidad de este requerimiento. Para el efecto, la Sala toma en cuenta que una hermenéutica básica del enunciado reglamentario permite aseverar, sin mayor discusión, que la exigencia de marras está dirigida exclusivamente a la Administración de manera unilateral, que la misma no compromete o afecta situaciones jurídicas respecto de terceros ajenos a la Administración y que no implica cosa diferente a dejar constancia, atestiguar o dar fe de una situación o estado de cosas ocurrido en el iter posterior a la liquidación (esto es, al vencimiento de los términos de garantías). Precisamente, en razón a esta última caracterización es que bien puede aseverarse que el precepto demandado no otorga ninguna competencia a la Administración para constituir o afectar situaciones jurídicas pues, se reitera, solo se trata de una atestiguación de un hecho ya cumplido.

7.8.- Resulta inobjetable, también, que una norma de tal naturaleza antes que reñir con el ordenamiento jurídico superior lo desarrolla a la perfección pues la teleología perseguida por el Reglamentador en este punto fue la de procurar por la debida y ponderada organización de los expedientes contractuales en la Administración Pública, organización ésta que permite tanto a la Entidad Estatal como a los contratistas verificar de manera clara, transparente y fácil el estado final en el que se encuentra tal o cual actuación postcontractual, lo que encuentra correspondencia con lo prescrito en el artículo 36 de la Ley 1437 de 2011 sobre formación y examen de los expedientes⁶³ y el artículo 11 de la Ley 594 de 2000 sobre la obligatoriedad de conformar archivos públicos⁶⁴.

7.9.- A la luz de este escenario la Sala llega a las siguientes conclusiones respecto del análisis de legalidad del artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015: **i)** una norma como la demandada, que impone el deber de dejar constancia del cierre de un expediente contractual, constituye una disposición de correcta y debida organización y administración de una carpeta de la Entidad pública en la esfera *intraorgánica*⁶⁵ – pues opera al interior de la Administración, sin imponer obligaciones o cargas a particulares o contratistas – por ello, fácil es ver cómo una medida de tal naturaleza no requería su positivización en una norma reglamentaria por cuanto se ha debido entender incorporada dentro del marco de principios que rigen la función administrativa y **ii)** el que el Gobierno Nacional hubiere traído expresamente este enunciado a un texto reglamentario no contraviene precepto legal alguno, por cuanto *sustancialmente* no se está agregando, alterando o modificando alguna de las cuestiones propias de la etapa de liquidación del contrato estatal, sino que simplemente recuerda un trámite necesario y pertinente para el correcto funcionamiento de la administración lo cual se enmarca dentro de una de las facetas en que el principio de la Buena Administración hace presencia en materia de contratación estatal: la buena marcha de los procedimientos administrativos transversales en el marco pre contractual, contractual y posterior a su liquidación.

7.10.- Por consiguiente, en este asunto la Sala considera que no hay lugar a pregonar un exceso de la competencia reglamentaria del Gobierno Nacional respecto del inciso

⁶³ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 36. Formación y examen de expedientes. Los documentos y diligencias relacionadas con una misma actuación se organizarán en un solo expediente, al cual se acumularán, con el fin de evitar decisiones contradictorias, de oficio o a petición de interesado, cualesquiera otros que se tramiten ante la misma autoridad. (...).

⁶⁴ Ley 594 de 2000. Artículo 11. *Obligatoriedad de la conformación de los archivos públicos*. El Estado está obligado a la creación, organización, preservación y control de los archivos, teniendo en cuenta los principios de procedencia y orden original, el ciclo vital de los documentos y la normatividad archivística.

⁶⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 21 de marzo de 2012, Exp. 39477 y Sentencia de Sección Tercera de 14 de abril de 2010, Exp. 36054.

cuarto del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 toda vez que el deber de dejar constancia del cierre de la carpeta contractual además de ajustarse en un todo a los mandatos de la buena Administración en nada desconoce ese precepto legal, las obligaciones y deberes en la etapa liquidatoria ni otras disposiciones legales.

7.11.- Como no se demostró la infracción a las normas en que debería fundarse el acto, no se abre paso la nulidad del artículo demandado.

8.- Síntesis de esta decisión.

8.1.- Correspondió a la Sala determinar si el artículo demandado excedió la potestad reglamentaria encomendada, por disposición constitucional, al Presidente de la República en el artículo 189.11 superior, que en criterio de esta Corporación encuentra límites en los criterios de necesidad y competencia sin que le sea dado al Gobierno Nacional exceder los preceptos de la ley que dice reglamentar o pronunciarse sobre materias que ya fueron agotadas por el legislador.

8.2.- Se desarrolló teóricamente el principio y derecho de la buena administración y cómo ello repercute en el cometido misional de la Administración, la diligencia en sus actuaciones, el respeto por los derechos de los administrados y la razonabilidad, ponderación y la corrección constitucional y legal de las decisiones que deban ser adoptadas.

8.3.- Se determinó el alcance del inciso cuarto del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 sobre liquidación del contrato estatal y el deber de la Entidad Estatal de exigir al contratista las garantías pertinentes para asegurar el cumplimiento de las obligaciones posterior a la extinción del contrato. Igualmente se precisó el artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015, donde se dijo que también participaba de la estructura normativa de una regla con un antecedente fáctico determinado por el vencimiento de las garantías contractuales y la consecuencia consistente en el deber de dejar constancia del cierre del expediente contractual.

8.4.- En el caso concreto se concluyó que el precepto reglamentario no desconocía, trasgredía o modificaba el inciso cuarto del artículo 60 de la Ley 80 de 1993. Se determinó que la exigencia establecida en el artículo demandado se dirige únicamente a la Administración, no compromete o afecta situaciones jurídicas de terceros ajenos a la Administración e implica el deber de dejar constancia o atestiguar una situación o estado de cosas ocurrido en el iter posterior a la liquidación.

8.5.- Concluyó la Sala que la norma enjuiciada comprendía una regulación propia de la esfera intraorgánica que, inclusive, no demandaba regulación expresa, y no afectaba, alteraba o modificaba ninguna cuestión propia de la etapa liquidatoria. En consecuencia, no se encontró probado un exceso de competencia del Gobierno Nacional en el *sub judice*.

En mérito de lo expuesto, la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la nulidad del artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: COMUNICAR esta decisión a la comunidad en general por la página web de esta Corporación y por los demás medios electrónicos de que se disponga.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de Sala de Subsección C

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado – Aclaración de Voto