

**EL EXCESO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA: EL CASO DEL CIERRE  
DEL EXPEDIENTE CONTRACTUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO  
COLOMBIANO**

**NAVIS ALBERTO FLOREZ LEON  
CODIGO  
300600**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA  
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**TRABAJO DE TESIS**

**BOGOTÁ, D.C., MAYO DE 2017**

**EL EXCESO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA: EL CASO DEL CIERRE  
DEL EXPEDIENTE CONTRACTUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO  
COLOMBIANO**

**NAVIS ALBERTO FLOREZ LEON  
CODIGO  
300600**

**DIRECTOR.  
DR. JOHN FREDY SILVA TENORIO**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA  
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**TRABAJO DE TESIS**

**BOGOTÁ, D.C., MAYO DE 2017**

Nota de aceptación: \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

Firma del presidente del jurado \_\_\_\_\_

Firma del jurado \_\_\_\_\_

Firma del jurado \_\_\_\_\_

## Dedicatoria

***A Dios.***

*Por haberme permitido llegar hasta este punto y haberme dado salud e inteligencia para lograr mis objetivos, además de su infinita bondad y amor.*

***A mi madre María Antonia y mi hermano Julio Sebastián.***

*Por su apoyo en todo momento, por sus consejos, por la motivación constante y que me ha permitido ser una persona de bien, pero más que nada, por su comprensión y compañía.*

## **Resumen**

El propósito de este trabajo es establecer si el Gobierno Nacional excedió su poder reglamentario al incluir en los decretos que reglamentan la Ley 80 de 1993, Estatuto de la Contratación Estatal (Decretos 1510 de 2013 y 1082 de 2015), el requisito de cierre del expediente de contratación, mediante el deber a cargo de los ordenadores de gasto, en la expedición de una constancia de cierre, como obligación posterior a la liquidación del contrato estatal.

El análisis del tema propuesto se efectúa a partir del estudio de la condición misma de los conceptos de potestad reglamentaria, jerarquía normativa y las buenas prácticas administrativas. Los orígenes de estos conceptos jurídicos, sus definiciones, sus límites; y lo concerniente a los pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado y de la doctrina frente dichas figuras y sus alcances legales.

### **Palabras Clave**

Potestad reglamentaria, Estado de derecho, separación de poderes, jerarquía normativa, poder legislativo, poder ejecutivo, contratación estatal, buenas prácticas administrativas.

**Abstract**

*The purpose of this work is to establish whether the national government exceeded its regulatory power by including in the decrees regulating Law 80 of 1993, Statute of the State Contracting, the requirement of closing of the dossier, issuing a certificate in that sense, after the liquidation of the state contract. The analysis of the proposed theme is made from the study of the regulatory power, its origins, its definition, its boundaries; in the pronouncements of the Constitutional Court and Council of State and the doctrine on this power and its legal scope.*

**Key Words**

Regulatory powers, rule of law, separation of powers, legislative hierarchy, legislative power, executive power, government contracting and administrative practices.

## Introducción

La potestad reglamentaria es la facultad que tiene el Poder Ejecutivo para expedir decretos, resoluciones y órdenes para garantizar la ejecución cumplida y eficaz de las leyes. Es una facultad que tiene origen directo en la Constitución Política, artículo 189-11, y su fin último es determinar reglas específicas para que los organismos del Estado cumplan adecuadamente la Ley.

Ahora bien, en el marco general de un Estado Constitucional de Derecho como el colombiano, que se distingue por el principio democrático de la separación de poderes, por la vigencia de una constitución normativa y por el sometimiento absoluto y sin ambages del Estado a esa constitución y a la ley, es apenas lógico que cualquier facultad del Poder Ejecutivo esté limitada, entre otras cosas, por la Norma Superior, por la ley, por la jurisprudencia y por principios generales del derecho, como lo es la jerarquía normativa, las reglas de interpretación del ordenamiento jurídico y las prohibiciones de orden legal, que afectan a los funcionarios públicos, incluido el Presidente de la República.

En ese ámbito, es decir, en el campo de la facultad limitada para expedir normas de carácter reglamentario de que goza el Ejecutivo, se enmarca esta investigación. Específicamente, en este trabajo se pretende establecer si el Gobierno Nacional excedió su poder reglamentario al incluir en los decretos que reglamentan la Ley 80 de 1993, Estatuto de la Contratación Estatal (decreto 1510 de 2013 y 1082 de 2015), el requisito de cierre del expediente de contratación, mediante la creación de un deber a cargo de los ordenadores de gasto, en el cual se hace imperiosa la expedición de una constancia en ese sentido, como obligación posterior a la liquidación del contrato estatal.

El problema que se pretende examinar nace directamente del hecho de que la Ley 80 de 1993, en el inciso 4° del artículo 60, definió taxativamente cuáles son las actuaciones que deben desarrollarse al momento de la liquidación del contrato estatal y no incluyó, entre ellas el cierre del expediente mediante la expedición de una constancia que diera fe de ese hecho.

Para resolver el problema de investigación, inicialmente y con el propósito general de definirla y conocerla a fondo, se hace una aproximación a la potestad reglamentaria con base en la doctrina, en el derecho comparado y en la jurisprudencia, que incluye sus orígenes históricos, su definición, sus características y sus limitaciones.

A continuación, se aborda el problema de investigación directamente mediante la comparación de las normas que regulan la contratación estatal, específicamente las leyes que la definen y los decretos que las reglamentan, se revisan los alcances prácticos y jurídicos de la constancia del cierre del expediente introducida por los decretos reglamentarios, se analiza todo en el marco de la definición de la potestad reglamentaria que se hizo al comienzo y se propone una respuesta basada en esos análisis.

Posteriormente, se debe realizar mención y análisis a un resultado de la presente investigación, el cual es la decisión tomada por el Honorable Consejo de Estado colombiano, de fecha 10 de octubre de 2016, Consejero Ponente JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Sentencia motivada en la demanda presentada por el autor de la presente investigación, en la cual el alto tribunal de lo Contencioso Administrativo, aborda la situación problemática planteada en este trabajo, y en la cual aun cuando se niegan las pretensiones impetradas, se amplía el marco conceptual objeto de estudio, nutriendo de manera amplia los conceptos aquí estudiados, principalmente, en lo que tiene que ver, con el estudio de la figura jurídica de las buenas prácticas administrativas, figura del derecho europeo, que no ha tenido desarrollo amplio en el ordenamiento nacional, pero que sirvió de eje fundamental para respaldar la decisión tomada en la sentencia citada y que es resultado el ejercicio investigativo aquí presentado.

Por lo cual, se elabora un cuerpo de conclusiones generales sobre la facultad reglamentaria en sí misma, y, específicamente, sobre el problema de investigación y fundamentalmente, se abordará en el marco de la presente investigación la figura jurídica de las buenas prácticas administrativas, haciendo un acercamiento conceptual de dicha figura en los ordenamientos extranjeros donde tiene aplicación



y finalmente, describiendo la forma en la que el Honorable Consejo de Estado, estableció la aplicación de dicha figura con relación a la situación problemática establecida, para así dar respuesta al problema de investigación, el cual es la existencia de un exceso de la facultad reglamentaria en la consagración del cierre del expediente de contratación como obligación posterior a la liquidación del contrato estatal.

Finalmente, se indica que la metodología de la investigación es dogmática y el método de análisis del problema específico, es el deductivo.

## **EL EXCESO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA; EL CASO DEL CIERRE DEL EXPEDIENTE CONTRACTUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO**

### **I. Jerarquía normativa.**

- **Aproximación a la figura jurídica de la jerarquía normativa.**

La génesis de la jerarquía normativa, es producto indudablemente no sólo de la construcción moderna del concepto del derecho sino además y, desde el punto de vista del Derecho Administrativo, de la construcción moderna del concepto de administración pública.

Desde la creación del Estado moderno, esto es, desde que se generó un conglomerado social, económico, político y jurídicamente organizado, se ha buscado mantener jerarquías normativas sobre cada uno de los aspectos jurídicos, que integran el contexto del derecho y que regulan las relaciones de ese conglomerado, llamado Estado.

Sin duda lo anterior devino o mejor, se constituyó a partir de la incursión de las teorías contractualistas, las cuales tienen un inicio como lo define citando a Hans Kelsen cuando se planteó, aclarando la estructura lógica del ordenamiento jurídico, que constituye “no un sistema de normas jurídicas de igual jerarquía, situadas unas al lado de las otras, por así decir, sino un orden gradado de diferentes capas de normas.

Esta afirmación del maestro de Viena corrobora lo que vengo explicando, es decir, la existencia de una gradación en el orden jurídico, o si se quiere, de una estructura escalonada que, abarcando todas las normas jurídicas, se extiende desde la norma fundamental hasta las normas individuales. Merkl, discípulo de Kelsen, comparó esta estructura con una pirámide y, por la difusión y éxito de esta comparación, se habla de pirámide jurídica como símbolo de cada orden jurídico singular y aun del internacional, en el que

resultan armonizados todos aquellos. Ahora bien, en dicha pirámide, las normas se distribuyen en las distintas gradas, que se escalonan desde el vértice hasta la base, disminuyendo en el mismo sentido su generalidad: es por ello que mientras en el plano más alto se encuentran las normas constitucionales- en sentido positivo- en la base de la pirámide se hallan las normas individuales. Entre ambos extremos, se encuentran los tratados internacionales, las leyes estricto sensu, los decretos del poder ejecutivo, etc. Debajo de las normas individuales, encontramos ya los actos de ejecución material de las mismas (Abelardo Torr , 2009, p. 210).

Sin lugar a dudas la referencia anterior es lo que modernamente se ha establecido respecto de lo que se conoce como jerarquía normativa, pero sin duda, ésta teoría tiene una antecedente que se sitúa en la época de la edad media, tiempo en el cual ya se hablaba de ordenaciones escalonadas o de jerarquizaciones ordenadas de normas legalmente constituidas. En palabras de García Maynez (2008), se lee que los preceptos que pertenecen a un sistema jurídico pueden ser del mismo o diverso rango. En la primera hipótesis hay entre ellos una relación de coordinación; en la segunda, un nexo de supra o subordinación.

La existencia de relaciones de este último tipo permite la ordenación escalonada, de aquellos preceptos y revela, al propio tiempo, el fundamento de su validez. El problema del orden jerárquico normativo fue planteado por vez primera en la Edad Media, siendo poco más tarde relegado al olvido. En los tiempos modernos, Bierling resucitó la vieja cuestión. El mencionado jurista analiza la posibilidad de establecer una jerarquización de los preceptos del derecho, y considera ya, como partes constitutivas del orden jurídico, no solamente la totalidad de las normas en vigor, sino la individualización de éstas en actos como los testamentos, las resoluciones administrativas, los contratos y las sentencias judiciales. (p.83)

De esta forma, el concepto de jerarquía normativa como se conoce en la actualidad, desde sus inicios no sólo planteaba que dicha organización debía integrar al conglomerado normativo, sino además le imponía a quienes detentan el poder, la necesidad de cualificar los distintos cuerpos normativos de distintas características,

que permitieran establecer cuál de dichos cuerpos tenía prevalencia sobre otros, y así de forma escalonada de mayor jerarquía a menor jerarquía.

Pues bien, esta concepción contractualista, ha permitido que la construcción jurídica colombiana establezca de manera directa, las diferentes jerarquías normativas, que permiten diferenciar desde el origen y respecto de la autoridad que expide la determinada norma, el alcance y nivel al que pertenecen los distintos cuerpos normativos, que componen el ordenamiento jurídico colombiano.

Por lo tanto, la consolidación de la teoría contractualista, imperiosamente genera que exista una rígida conexión entre el concepto de jerarquía normativa y la potestad reglamentaria del ejecutivo. Cabe hacer alusión desde el punto de vista histórico y frente al punto aquí tratado, cómo dicha circunstancia es observada por García de Enterría (2008) como una novedad que no se avenía fácilmente con el dogma de la división de poderes, que parecía imponer una concentración del poder normativo en el legislativo y una limitación de la administración a la pura ejecución de las leyes.

Por esta razón no prosperó en la primera asamblea constituyente francesa la propuesta de reconocer al rey el poder de dictar reglamentos fuera de los periodos de sesiones, aunque no fue infrecuente la aparición, bajo el título de proclamations o de arretés, de normas generales e impersonales del poder ejecutivo en el periodo comprendido entre 1789 y 1799, antes pues de la constitución del consulado del año VIII, cuyo artículo 44 estableció por vez primera con toda claridad que “el gobierno propone las leyes y hace los reglamentos necesarios para asegurar la ejecución”. (p. 157).

Otro exponente del contractualismo y que de alguna manera, enriquece el contexto histórico propuesto, se encuentra en Locke el cual en palabras de Olano García (2007) indico que reviste importancia histórica notable, por que contribuyó a la sistematización de las funciones del Estado, sirviendo de fundamento a las constituciones convencionales modernas (p.34), constituciones que sin duda establecen el modelo jerárquico que actualmente aún existe en los ordenamientos modernos como el colombiano.

Como se puede observar, el concepto de jerarquía normativa tiene su base en la tendencia estructuralista del poder público. No cabe duda además, que este concepto aun cuando pueda ser estudiado de forma autónoma dentro de los textos de derecho, es también una creación de la teoría política que por años se ha venido gestando, la cual sin duda ha nacido de teóricos de gran relevancia, tal como lo anota Olano García, citando a Voltaire, manifestando de éste que no planteó una ideología política que pudiera servir para una nueva estructura del Estado, pero con sus escritos apasionados y sus diatribas mordaces hizo germinar los argumentos principales para poner en entre dicho los presupuestos ideológicos del Antiguo Régimen (2007:38).

De igual forma y siendo el teórico más determinante de la época y por ende, de quienes propulsaron lo que se conoció como el Estado burgués, como consecuencia del ya consolidado Estado Contractual, apareció Montesquieu con su teoría de separación de los poderes, que en palabras de Olano García, fue el momento histórico en el que se constituyó en el poder legislativo, ejecutivo y judicial, para así alcanzar la colaboración mutua y por ende, los fines naturales del Estado (2007:40).

Finalmente y frente a la teoría contractualista y su fundamental papel en la consolidación del Estado moderno y por ende, en la consolidación de los ordenamientos jurídicos posteriores a dicha época revolucionaria y en sí, a la génesis de lo que hoy se conoce como Administración Pública y sus consecuentes normas y jerarquías, es menester hacer referencia a Rousseau que de igual forma y siguiendo a Olano García (2007), planteó que el hombre si bien vivía en estado de naturaleza antes del contrato social, estaba abandonando a sus propias fuerzas para defender su libertad; pero que luego de ese pacto su libertad se transformó en libertad civil, reconocida expresamente y protegida por el Estado (p.40).

Ahora bien y en aras de continuar acercándonos en la evolución histórica del concepto de la jerarquía normativa, sea la oportunidad para hacer referencia a lo que hoy se conoce como el modelo de Estado centralizado. En la medida que es a través de esta figura; que en consonancia con las teorías que dieron origen al concepto de Estado en su forma pura y simple; se observa de una forma mucho

más concreta el objeto de investigación, esto es, la jerarquía normativa y su interacción con conceptos tales como la potestad reglamentaria del ejecutivo. Figura que es preponderante en el modelo de Estado moderno, como es el caso del Estado colombiano, el cual según lo expresa la Constitución Política, responde a una forma unitaria (un centro de poder) pero con descentralización administrativa.

Pues bien, en primer lugar cabe hacer referencia a lo que en su momento y dentro del constitucionalismo colombiano se conoció como el estado centralista. Modelo de Estado que atendió en palabras de Ayala (2009) a la manifestación jurídico-política que sitúa en su lugar y distribuye todas las funciones públicas, sean éstas la constitucional, legislativa, la administrativa, la jurisdiccional, la electoral, la de control, etc, en cabeza del Estado, como única persona jurídica pública. (p.39).

Este modelo de Estado ha imperado en el constitucionalismo colombiano desde la Constitución del 1886 y así no sólo se mostró; el Estado en todas sus formas; sino en específico, se mostró la administración Pública hasta el año de 1991.

De forma general, y siguiendo el modelo de Estado antes anotado y descrito, se puede decir que al no existir autoridades diferentes a la del Estado, o mejor con una autonomía propia, en su momento era el Estado el llamado a dirigir la marcha administrativa y la creación por tanto, de normas con sus consecuentes efectos respecto de la jerarquía que debían ocupar dependiendo el órgano que las creara.

La historia del constitucionalismo colombiano da diversos ejemplos de este modelo de Estado y del ejercicio del poder, principalmente en lo que corresponde a la evolución y lo que finalmente, se consolidó para el año 1886.

Antes de la constitución de 1886, esto es constituciones tales como la de 1863, 1858, 1853, 1843, 1832 y 1821, ya se tenía previsto por los mencionados ordenamientos, la figura de un magistrado o presidente encargado del poder ejecutivo y en quien se deposita la administración nacional, en palabras de Olano García (2008) refiriéndose a la Constitución de 1821, el poder ejecutivo de la

República estaba depositado en una persona, con la denominación de presidente de la República de Colombia (p.56).

Pues bien, esta nueva tendencia que imperó y se impuso en la primera mitad del siglo XX, permitió que se construyera el Estado Constitucional colombiano que se conoce hoy, que sin lugar a dudas inspiró al constituyente 1991 y que finalmente, impulso la necesidad, a fin de dar orden de las normas que rigen la actividad estatal, de clasificar las normas, la cuales hoy se pueden contar por citar algunas, en ordinarias, estatutarias, especiales, orgánicas, reglamentarias, etc.

Dicha clasificación normativa genera en cada figura, una característica específica y por ende, una forma distinta de aplicación y alcance de cada cuerpo normativo, por lo que genera además la necesidad de reafirmar cuál es su posición dentro de la jerarquía normativa.

Es por esto que cuando se promulgó la Constitución de 1991, se estableció ya con una elaboración mucho más acentuada, que en lo que respecta a la normatividad que estaba llamada a regular a la contratación pública, el constituyente fue enfático en establecer que dicha regulación correspondería a una norma de creación legislativa, situación que en primera instancia permite establecer cuál es la jerarquía que le corresponde a la ley 80 de 1993, con relación a normas posteriores que evidentemente al no ser emanadas del órgano legislativo, sino por el ejecutivo, pues constituyen otra clase de norma, distinta a la ordenada en el texto constitucional y que sin duda, podrá llegar a ser una de orden reglamentario.

Es así que al hacer un acercamiento histórico del objeto de investigación, primero sin duda, se debe ver la existencia de la figura de la jerarquía normativa en su génesis. Sin olvidar, que dicha estructura jerárquica no puede tener una existencia aislada; sin olvidar u obviar el contexto político del que proviene; esto es, desde el punto de vista de la creación del Estado moderno, puesto que es de allí que el sistema normativo consolida su fisionomía y su andamiaje, el cual al ser articulado con respecto de las distintas instancias y autoridades, consolida el contexto que finalmente, es el que hoy rige al ordenamiento jurídico colombiano.

Ordenamiento jurídico, que siguiendo la forma de Estado colombiano, esto es, un Estado unitario con descentralización administrativa, ha tenido que mantener en cabeza del ejecutivo, diversas facultades entre ellas, la facultad reglamentaria de las leyes que expide el cuerpo legislativo. Esta facultad ha sido motivo de diversos pronunciamientos y de estudios, dado que este es un vestigio histórico que deviene incluso, de la época monárquica, en la cual todas las facultades estaban en cabeza del monarca, hoy y guardando las proporciones y diferencias, la rama ejecutiva, liderada por la figura del Presidente de la República.

- **Facultad reglamentaria de las leyes**

El concepto jurídico concerniente a la jerarquía normativa, tiene gran relevancia dentro del ordenamiento jurídico colombiano, en razón a que el sistema jurídico debe propender por la consolidación de la distribución del poder público, en sus diferentes ramas.

De esta forma, y en aras de la consolidación de la distribución de competencias entre las distintas autoridades que componen no sólo el ordenamiento jurídico sino además político, se ha previsto que existan jerarquías que permitan una articulación real y material de las funciones del poder público, a fin de que las autoridades conozcan sus competencias y los límites que se deben constituir frente a éstas.

Es por esto que frente al sistema normativo colombiano, todos y cada uno de los sistemas de normas deben tener una jerarquía o grado, situación que dependerá de distintas circunstancias entre las que se pueden contar, la autoridad que expide la regla, la categoría, etc. De esta forma, como lo plantea Torres (2001) las normas son agrupadas sistemáticamente de acuerdo con jerarquías, ramas del derecho, instituciones y categorías jurídicas. (p.85).

Respecto a las jerarquías normativas se entiende que éste concepto apunta a establecer la generalidad o subordinación de los cuerpos normativos, por tanto el más breve análisis nos muestra que hay un orden jerárquico entre las normas



jurídicas, constituido por relaciones de subordinación y de coordinación. (Torré, 2009. p. 75).

De esta forma, la doctrina ha sido amplia y exigente en la postulación de la teoría de la jerarquización normativa, con el fin de ordenar las relaciones que deben tener las diferentes normas que rigen a un país. Lo anterior, porque como lo plantea García (2008) el orden jurídico es una larga jerarquía de preceptos, cada uno de los cuales desempeña un papel doble: en relación con los que le están subordinados, tiene carácter normativo; en relación con los supraordinados, es un acto de aplicación (p. 92).

Aquí cobra vital importancia el hecho de los límites y sublímites que imprime este modelo normativo jerarquizado. Toda vez, todo modelo jerarquizado genera que se plantee la necesidad de tener normas con mayor prevalencia sobre otras y en palabras de Torres (2001) las normas que integran el ordenamiento jurídico de un país están sistematizadas, comenzando por las normas más generales, pasando por las de menor generalidad hasta llegar a las normas más especiales (p. 125).

Siendo así una necesidad indicar que la norma suprema no es un acto, pues, como su nombre lo indica, es un principio límite, es decir, una norma sobre la que no existe ningún precepto de superior jerarquía (García. 2008 p.93) o en otras palabras, la estructura piramidal del ordenamiento jurídico, nos permite ver con claridad que el fundamento de validez de una norma jurídica, está en otra norma jerárquicamente superior.

Porque una norma es válida, no sólo cuando ha sido establecida por los órganos y con el procedimiento prescrito por otra norma superior, sino también cuando su contenido encuadra en lo que dispone la norma fundante. Esa pluralidad de normas, según lo ha establecido el pensamiento iusfilosófico más reciente y lo confirma la experiencia, constituye un todo ordenado y jerarquizado, es decir, un sistema. (Abelardo Torr , 2009. p. 77).

Como se puede observar y siendo más concretos, se tiene que las leyes ordinarias representan un acto de aplicación de preceptos constitucionales. De manera análoga, las reglamentarias están condicionadas por las ordinarias y las individualizadas por normas de índole general (García. 2008. p. 95). En el mismo sentido, respecto de la diferencia entre ley y reglamento, cabe citar la doctrina extranjera, para el caso en particular, Dromi (2015) plantea sobre la materia que el reglamento es actividad administrativa restrictiva a través de instrumentos regulatorios o imperativos, que respetan la reserva de la ley.

A partir de esta definición hay que establecer la diferencia entre ley y reglamento, pues ambas son normas escritas de carácter general, que – a nuestro entender- serían los dos caracteres comunes a ambas figuras.

La ley y el reglamento no se diferencian sólo por cuestiones formales, como por ejemplo el procedimiento para su formación y elaboración, sino que existe una diferencia sustancial entre ambos; diferencia que se sustenta en razones político institucionales y jurídicas mientras que la ley es una expresión de la voluntad soberana del pueblo, el reglamento es expresión de la competencia reglamentaria o de ordenación de la administración.

La ley emana institucionalmente de uno de los poderes del Estado, el legislativo. El reglamento es dictado por la administración, que es el aparato servicial para la ejecución de los fines estatales. (p. 539).

Es por esto que la jerarquía inicia desde el plano constitucional y desciende incluso hasta la norma con menor incidencia en el ordenamiento jurídico, es por ello que mientras en el plano más alto se encuentran las normas constitucionales, en la base de la pirámide se hallan las normas individuales. Entre ambos extremos, se encuentran los tratados internacionales, las leyes estricto sensu, los decretos del poder ejecutivo, etc. (Torré, 2009. p. 78).

Pues bien, de tiempo atrás se ha planteado frente a ésta tipología de actos administrativos (decretos reglamentarios), que corresponde en palabras de

Cassagne (2009) al acto unilateral que emite un órgano de la administración pública, creador de normas jurídicas generales y obligatorias, que regula, por tanto, situaciones objetivas e impersonales, y que recibe la denominación de reglamento (p. 75).

Su necesidad e importancia radica según García de Enterría (2008) en que no hay, en efecto, posibilidad ninguna de gobernar una sociedad como la actual, cuyas interrelaciones son cada vez más complejas y sutiles.

Sin una administración que asegure, el mantenimiento de sus supuestos básicos comunes y que disponga para ello de una extensa gama de poderes, uno de los cuales ha de ser, sin duda, según la experiencia universal, tan lejos ya de las razones circunstanciales del “principio monárquico” en que comenzó justificándose, la potestad reglamentaria. (p, 165).

Esta es una función que ha adscrito la Constitución Política en cabeza del presidente, de forma directa y autónoma. Es por ende *un poder reglamentario propio y general, no surgido como tal de delegaciones legislativas, aunque estas sigan existiendo para articular la esencial colaboración entre ley y reglamento, que es una de las funciones básicas de este.* (García de Enterría. 2008. p. 166).

Desde otra óptica y frente a lo que se puede conceptualizar respecto de la denominación de decreto reglamentario, se puede citar lo planteado por la doctrina nacional en la cual se dice en palabras de Vidal (2016) que la competencia presidencial para dictar decretos reglamentarios emana de la constitución (at. 189-num 11); desde este punto de vista no puede ser rechazada por una ley que diga que no va ser reglamentada.

En cuanto a su finalidad, los decretos reglamentarios están en el umbral de la ejecución de la ley y por tal circunstancia dan comienzo a la función administrativa. Ellos no se expiden en un ejercicio teórico-jurídico de los gobiernos. Es por la necesidad de definir la orientación de la ley y de señalar pautas para su aplicación a los numerosos funcionarios administrativos.

Por ello las leyes más susceptibles de reglamentación son las de carácter administrativo, esto es, las que deben ser puestas en ejecución por los empleados administrativos. Se ha discutido si son reglamentables las leyes sobre las otras materias, cuya aplicación ya no concierne a los integrantes de la rama ejecutiva sino a los de la judicial. Allí ya no existen las mismas razones. La rama ejecutiva es jerárquica por definición; para que todo el conjunto opere adecuadamente es necesario que se obedezca a una cabeza rectora; el presidente de la república al dictar los decretos reglamentarios, lo hace como suprema autoridad administrativa que le reconocen los artículos 115 y 189 de la Constitución. En cambio, en la justicia los criterios de los jueces son libres, en esto radica su independencia, y la subordinación sólo existe en función de los recursos legales frente a sus decisiones.

También es motivo de discusión el alcance del decreto reglamentario. No se trata de repetir la ley porque sería inoficioso. Tampoco de adicionarla o llevarla a donde ella no quiso o, a materia de reserva legal, materia regulable por el Congreso como legislador. Se trata de más bien de proyectar su espíritu en las normas reglamentarias para que cubra todo el espectro que la ley no expreso en palabras pero que fluye de la voluntad del legislador, en esa y en otras leyes convergentes.

Quizás sea más fácil decir qué no debe contener un decreto reglamentario, en cuanto al respeto de la ley que desarrolla. Hasta donde se puede llegar dependerá de la materia legislada y de los propios términos de la ley. El autor plantea que, se debe sentar un principio según el cual la extensión normativa del reglamento es inversamente proporcional a la extensión de la ley. Si esta regula en detalle, si penetra en todas las alternativas deja poco espacio para la tarea reglamentaria; si, por el contrario, se restringe ella misma a los principios, obviamente estará permitiendo una reglamentación más amplia. La ley debe tener cuidado de cubrir todos los aspectos que están reservados a ella, y si no dejar libres los puntos que pueden ser materia reglamentable por lo que es imposible reglamentar al detalle todo lo que tenga que ver con una materia legislativa. En eso radica la sabiduría y experiencia del legislador para saber fijar los parámetros del poder reglamentario en una materia determinada. (p. 35)

Por tanto al ser esta una competencia o función autónoma, genera que el gobierno pueda dirigir los procedimientos que en ocasiones el legislador no concretiza, esto es debe entenderse como la facultad para expedir normas generales, impersonales y abstractas para lograr la cumplida ejecución de las leyes (Consejo de Estado, Sentencia 02 de diciembre de 2013).

Para el caso particular, debe decirse que la ley de contratación pública fue expedida por el Congreso de la República a través de las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, pero no estableció de forma detallada, ciertos procedimientos que se deben adelantar en las diferentes entidades públicas de todos los niveles, por lo que debió el gobierno a fin de organizar y hacer eficientes los procedimientos administrativos, en su calidad de cabeza de la administración pública, proceder a reglamentar las normas antes mencionadas generando así lo que hoy se conoce como el decreto 1082 de 2015 (antes decreto 1510 de 2013).

Por lo tanto, en el decreto 1082 de 2015 (antes decreto 1510 de 2013), está determinada dentro de la potestad reglamentaria que se mantiene como una de las funciones primordiales que la Constitución entrega al Presidente, la cual proviene de su condición de máxima instancia de la rama ejecutiva (Brito. 2013. p. 92).

En otras palabras y siguiendo el hilo del discurso planteado, en García (2008) encontramos que la potestad reglamentaria constituye un poder propio e inherente de toda la administración, en cuanto a que es una manifestación más del poder de mando de que la administración está dotada. Esta tesis prevaleció hasta tiempos muy recientes.

Si la administración –se decía- puede dictar ordenes singulares y concretas, podrá también dictar reglamentos, que en cuanto mandatos generales no son sino la suma de múltiples ordenes individuales. (p. 169).

En el mismo sentido, indica Penagos (2004) que enseña el profesor y Consejero de Estado Javier Henao: “la potestad reglamentaria es un instrumento de que dispone

el ejecutivo para “la cumplida ejecución de las leyes”, Kelsen la considera uno de los atributos de esa rama del poder público y, según Hauriou, el reglamento emana de la naturaleza misma de las cosas.

Vale decir, que surge la necesidad que tiene los encargados de hacer cumplir las normas superiores (leyes, ordenanzas, acuerdos), que por razones de técnica legislativa suelen poseer un carácter genérico, impersonal, abstracto, en estas condiciones, de entrar en pormenores de prever los casos particulares y desentrañar su sentido implícito, todo con el propósito de facilitar su comprensión de adecuado cumplimiento.

“pero el reglamento debe ser instrumento práctico para ejecución de la ley, y nada más. Requiere mantener dentro de su estricto campo de competencia, respetando la letra y el espíritu de la norma objeto de reglamentación. Por ende, no puede modificar la ley, ni adicionarla, ni restringirla, pues en tal caso el funcionario ejecutivo, estaría convirtiéndose en ocasional legislador, actitud conduciría a la transgresión de los preceptos constitucionales acerca del sometimiento de los órganos y agentes del Estado a las normas superiores de derecho, de las cuales surge el principio fundamental de separación de funciones entre las ramas del poder público. (p. 474).

Pues bien, teniendo como punto de partida lo descrito por el profesor Penagos, se tiene respecto a la mencionada separación de poderes, que el gobierno nacional colombiano, respecto a lo concerniente a la contratación pública, ha procedido a la expedición de diversos reglamentos, que son desarrollo ineludible de las normas superiores que rigen la materia, las cuales son la ley 80 de 1993 *“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”* y ley 1150 de 2007 *“Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.”*

Concretando temporalmente dicha facultad, se tiene que en los últimos años el gobierno nacional ha procedido a expedir; como se dejó ya enunciado antes; los decretos 1510 de 2013 *“Por el cual se reglamenta el sistema de compras y*

*contratación pública*” y decreto 1082 de 2015 “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional*”, reglamentos que entregaron a la administración pública el derrotero para adelantar sus correspondientes procesos de contratación.

## II. Liquidación del Contrato Estatal y Cierre del Expediente Contractual.

- **Liquidación de contratos estatales.**

El acto liquidatorio del contrato estatal, como etapa final de la fase contractual, ha sido definido por la ley en el artículo 60 de la ley 80 de 1993.<sup>1</sup> Por tanto, el artículo antes citado es el marco normativo que ordena dentro de las relaciones contractuales estatales, que se adelante el trámite liquidatorio y así, las partes puedan generar el balance final de las obligaciones pactadas en el acuerdo de voluntades.

Según la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, se tiene respecto de la definición del acto liquidatorio:

---

<sup>1</sup> Ley 80 de 1993. Artículo 60 inciso 4: así: 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.

Como un corte de cuentas, es decir, la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución. La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta y a continuación las partes valoran su resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y las obligaciones que surgieron del negocio jurídico, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a las partes, que afectan la ejecución normal del mismo, para determinar el estado en que quedan frente a éste. (...) liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual. (Consejo de Estado, Sentencia de 20 de octubre de 2014).

Por lo anterior, el acto liquidatorio será un procedimiento mediante el cual la administración y el contratista se pronuncian sobre la ejecución de las prestaciones contractuales, como también respecto de las vicisitudes presentadas durante su desarrollo.

Es un acto que, por ende, aclara y define todo lo relativo a la relación contractual que existió entre las partes del negocio jurídico. (Hernández, 2009. p. 1).

En el mismo sentido conceptual, se tienen otras formas de definición del acto liquidatorio, delimitando éste acto en el marco de la teoría del negocio jurídico, no como acto creador de obligaciones jurídicas, su campo no es el de ser fuente obligacional sino ser un acto extinguidor de ellas. (Pemberthy, 2015. p. 405).



En estas condiciones, según el Consejo de Estado colombiano, afirma:

La liquidación del contrato corresponde a una etapa posterior a su terminación cuya finalidad es la de establecer el resultado final de la ejecución de las prestaciones a cargo de las partes y determinar el estado económico final de la relación negocial, definiendo en últimas, quién le debe a quién y cuánto. Es en ese momento cuando las partes se ponen de acuerdo respecto de sus mutuas reclamaciones derivadas de la ejecución contractual y es en la liquidación en la que deben incluirse los arreglos, transacciones y conciliaciones a los que lleguen. Por ello, constituye un negocio jurídico que debe ser suscrito en principio de común acuerdo por ellas, a través de sus representantes legales y sólo a falta de tal acuerdo, deberá proceder la entidad a liquidarlo en forma unilateral a través de un acto administrativo y si ésta no la hace, puede acudir ante el juez del contrato, quien deberá definir las prestaciones mutuas entre los contratantes. (...) si el contratista eleva reclamaciones durante la ejecución del contrato, existe el mecanismo legal para acceder a tal solicitud en caso de que la entidad la considere pertinente y ajustada a la realidad de la ejecución contractual y no es otro que el de la liquidación del contrato, como lo tiene sentado la jurisprudencia (Consejo de Estado, Sentencia 28 de febrero de 2013).

Ahora bien, definido el concepto de liquidación del contrato estatal, en el marco de los conceptos antes dispuestos, sea el momento de dirigir el presente estudio, al escenario exacto en el que se planteó la situación problemática, motivo del presente trabajo.

Para tal fin es necesario, recoger lo planteado antes, esto es, lo concerniente a las facultades reglamentarias en cabeza de la rama ejecutiva del poder público y el concepto de liquidación del contrato estatal. Esto, debido a que con el ánimo de mostrar una línea investigativa concreta, ello genera que nunca se pierdan de vista, las figuras jurídicas que participan del contexto de la denominada actuación administrativa, conocida con el nombre de “cierre del expediente contractual”.

Volviendo a la importancia que para el presente trabajo tiene el tener muy claro el sentido y alcance del acto liquidatorio, se tiene que dicho acto en palabras Yong (2012) *tiene por objeto establecer:*

*El estado en el que quedaron las obligaciones que surgieron de la ejecución del contrato; los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar, según lo ejecutado y lo pagado; las garantías inherentes al objeto contractual y, excepcionalmente; los acuerdos, conciliaciones y transacciones a las cuales llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse mutuamente a paz y salvo. (Yong Serrano, 2012. p. 122.)*

Por lo tanto, la liquidación de contrato debe dar cuenta exacta del equilibrio contractual, de la correcta ejecución del contrato, de la satisfacción de los bienes del estado, de la calidad del servicio, en suma la liquidación debe estar regida por la equidad y la justicia. (Rico Puerta, 2012. p. 86).

En suma, la liquidación es un ejercicio de contabilidad del contrato y de representación de la historia del negocio jurídico, en donde se relatan sus vicisitudes. (Gómez Lee, 2012. p. 92).

Como se puede observar, el acto liquidatorio o mejor, la actuación administrativa de liquidación del contrato estatal, como aquel acto final dentro de la actividad administrativa-contractual del Estado (no sólo respecto de las actividades que le conciernen a las partes del contrato, sino además respecto de los deberes funcionales que le asisten a los ordenadores de gasto), no encuentra dentro de las competencias ordenadas por el inciso 4 del artículo 60 de la ley 80 de 1993, circunstancias adicionales a las allí indicadas, observándose cómo frente a este acto liquidatorio, no deben sobrevivir o complementarse con actos posteriores, más sí con unos efectos precisos y concretos respecto de los deberes a cargo del contratista y respecto de la administración, pues su deber en sede de dicho momento administrativo, de estimar anticipadamente todas y cada una de las circunstancias que deberán pervivir posterior a la liquidación.

Sin duda, tanto los conceptos dados por la doctrina, sustentados en lo ordenado por la ley de contratación pública, ley 80 de 1993 artículo 60, con razón hablan sólo en lo que consiste la liquidación y sus efectos posteriores, de lo que el acto por sí mismo implica y que es fin en sí mismo, sin necesidad de generar un acto

administrativo posterior, el cual sólo tiene arraigo en un marco normativo, tan sólo de naturaleza reglamentaria o administrativa.

Por lo tanto, los deberes a los que se hace referencia, emergen hoy del artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015 (antes Decreto 1510 de 2013, artículo 37).<sup>2</sup> que indica que existen obligaciones posteriores a la liquidación. Obligaciones que vistas desde el contexto normado en el Estatuto de Contratación Estatal, genera que se plantee el posible exceso en el que incurrió el gobierno nacional, en su actividad reguladora o en términos de jerarquía normativa, el desconocimiento de los límites de las competencias reglamentarias.

Esta desproporción de la competencia reglamentaria, se puede observar en el hecho de que al denotar la tipología del acto liquidatorio, se puede ver que es un procedimiento mediante el cual una vez concluido el contrato, las partes verifican en que medida y de qué manera cumplieron las obligaciones derivadas del mismo, con el fin de establecer si se encuentran a paz y salvo. (Yong Serrano, 2012.p. 120).

Finalmente, si es el acto liquidatorio el momento en el cual las partes del contrato estatal, concluyen si están o no a paz y salvo, pues de su peso se puede caer la tesis, que existan deberes posteriores a cargo de la administración, luego de suscrita la liquidación sea de común acuerdo o unilateralmente. Una vez liquidado el contrato, se pierde por tanto toda competencia de compeler al contratista a realizar acciones adicionales y por ende, dicho deber resulta más que inocuo, peligroso respecto de los deberes funcionales que debe desplegar el ordenador de gasto. Por tanto, es en este estado, que se crea el ambiente propicio para plantear el interrogante que surge en sí ¿existe exceso de la facultad reglamentaria en la consagración del cierre del expediente de contratación como obligación posterior a la liquidación del contrato estatal?.

---

<sup>2</sup> El artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015 (antes Decreto 1510 de 2013, artículo 37) *ordena que vencidos los términos de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes, la Entidad Estatal debe dejar constancia del cierre del expediente del Proceso de Contratación.*

Para continuar con la línea del discurso propuesto, pues se procederá al estudio y conceptualización de lo que se constituye dentro del ordenamiento administrativo contractual, en lo que se ha denominado “cierre del expediente contractual”.

- **CIERRE DEL EXPEDIENTE CONTRACTUAL**

El cierre del expediente contractual como procedimiento administrativo, a cargo de los ordenadores de gasto en la actualidad. Fue regulado por primera vez, en el Decreto 1510 de 2013 y posteriormente, replicado en el decreto 1082 de 2015, cuerpos normativos de naturaleza reglamentaria y de jerarquía eminentemente inferior al estatuto contractual de la administración pública, esto es, la ley 80 de 1993.

Este procedimiento administrativo, ha sido definido por la Agencia de Compras públicas de Colombia- Colombia Compra eficiente-, siguiendo lo manifestado en el artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015, indicando que *vencidos los términos* de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes, la Entidad Estatal debe dejar constancia del cierre del expediente del Proceso de Contratación. (Colombia compra eficiente. 2016. p. 8)

Por tanto, en consideración a la necesidad de establecer el cierre del expediente contractual, se tiene que en la actualidad, todos y cada uno de los ordenadores de gasto de las entidades públicas de todos los niveles, deben proceder a la expedición de una constancia, en la que se declare lo concerniente a las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes y demás circunstancias contingentes, que tuvieron origen en la ejecución del contrato y que es necesario, que se formalicen posteriormente a la liquidación contractual.

Dicha constancia, al ser emitida por una autoridad competente, en razón a las funciones en materia de contratación estatal, se constituye así, en un deber adicional en cabeza de los ordenadores de gasto, puesto que, el trámite administrativo aun cuando se ha establecido por medio de una norma reglamentaria,

reviste la calidad y cualidad de un acto administrativo, sobre el que existe la debida presunción de legalidad y demás atributos del que se pregonan de dicho acto, en los términos de que trata el artículo 88 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ley 1437 de 2011.

De esta manera, el cierre del expediente contractual, se erige como un procedimiento administrativo adicional, en el marco de la etapa postcontractual, situación que no fue advertida por la norma superior en materia de contratación estatal, esto es el artículo 60 de la ley 80 de 1993 antes citada, dado que del contexto de dicha norma, se puede observar que el legislador procedió a establecer las circunstancias que se constituían como obligaciones posteriores a la liquidación del contrato estatal o las obligaciones posteriores a la extinción del contrato estatal.

De esta forma, al hacerse una comparación directa entre la norma especial y superior, esto es, el inciso 4 artículo 60 de la ley 80 y el artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015, se pueden observar dos situaciones. La primera, la existencia marcada que nace desde la jerarquía normativa, al existir una norma reglamentaria (Decreto 1082 de 2015), que a todas luces es de categoría inferior a la ley de contratación estatal (ley 80 de 1993), y en segundo lugar, el posible exceso de la facultad reglamentaria del gobierno nacional, al establecer una obligación o deber funcional, adicional en cabeza de la administración pública, que de manera alguna, haya sido establecido por el Estatuto de Contratación Estatal. Por lo cual, se estima el desconocimiento de la facultad reglamentaria, en la que el gobierno nacional recae, por establecer un procedimiento administrativo, adicional a los ya ordenados por el inciso 4º del artículo 60 de la ley 80 de 1993.

De esta manera y luego de presentado el concepto denominado, cierre del expediente contractual, es necesario en aras de continuar con el hilo conductor planteado, que se proceda al análisis o estudio, de los aspectos más relevantes de la acción de simple nulidad, que se dirigió en contra de la norma que establece el cierre del expediente contractual, esto es, contra el artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015, medio de control por el cual se revisó la legalidad de la norma mencionada y en la cual el Honorable Consejo de Estado, fijo su posición respecto del posible exceso de la facultad reglamentaria del gobierno nacional, respecto de la materia antes tratada.

**III. Análisis de la sentencia del Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa de fecha 10 de octubre de 2016.**

- ***Fundamentos de la demanda presentada ante El Consejo De Estado Sección Tercera Contra El Artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015.***

En el devenir de la investigación aquí planteada, fue necesario poner en consideración de la jurisdicción Contencioso Administrativa, la situación problémica, esto es, desde la confrontación directa de normas que por sus características principalmente jerárquicas, debían ser analizadas para así determinar si aquellas de inferior jerarquía, trasgredían ordenamientos superiores y por tanto, deberían declararse nulas, dado el posible exceso de la facultad reglamentaria del gobierno nacional.

Pues bien, procedió el autor del presente trabajo, a presentar la correspondiente demanda, la cual se sustentó en el acápite concepto de violación, manifestando que dicho medio de control impetrado, buscaba sustentar y explicar de forma adecuada los argumentos que respaldan la presente solicitud de nulidad del artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015, respaldando los pretendidos fundamentos, procediendo a apelar a los argumentos doctrinales y jurisprudenciales que permitieran respaldar la correspondiente demanda así:

De esta manera, se citó a Héctor Santaella Quintero, en su texto de “del principio de legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa”, quien frente a la materia aquí discutida dice:

Las relaciones entre la ley y el reglamento no son una cuestión ajena a la Constitución. Las múltiples reservas de ley. Las múltiples reservas de ley establecidas a lo largo de su texto son el medio a través del cual el constituyente ha querido delimitar determinados ámbitos en los cuales a la par que se impone al legislador la obligación de ejercer su competencia normativa bajo unas determinadas condiciones, se veda al reglamento su intromisión sin

una cobertura legal adecuada. Así, pese a que en virtud de lo previsto por los artículos 114 y 150 numeral 1 de la Constitución y del Principio democrático, el parlamento goza de una clausula general de competencia que le permite ocuparse de cualquier asunto-salvo de aquellos que por expresa disposición constitucional han sido reservados al reglamento-, también existen materias que no sólo están “disponibles”, para su regulación sino en relación con la cuales el Constituyente ha estatuido “un verdadero monopolio de decisión” a su favor. En consecuencia, solo él podrá ocuparse de ellas, de lo que se sigue un correlativo deber del ejercicio de dicha responsabilidad.

En virtud de la decisión constitucional de reservar una determinada materia a la ley, la administración solo puede actuar con base en un fundamento legal específico y adecuado. La reserva legal no demanda al legislador un ejercicio cualquiera de sus competencias, lo enfrenta a unas exigencias cualificadas en relación con el contenido de la ley: un mínimo regulatorio, que se traduce en el requerimiento de una densidad normativa particular. En consecuencia, encierra un mandato de regulación al legislador, que excluye la posibilidad de que este delegue-expresa o veladamente- en la administración la reglamentación o determinación de ciertas materias, que deben ser asumidas por él mismo.

Un rápido vistazo a la Constitución permite evidenciar la profusión con que se establecieron reservas de ley, la contratación pública es una de estas reservas. Ahora bien, que exista una reserva de ley no riñe con la posibilidad que el legislador remita determinados asuntos al reglamento, excluye la idea del reglamento praeter legem y fija un claro limite al reglamento intra legem, pero en manera alguna resulta incompatible con los reglamentos secundum legem.

Visto lo anterior, se debe destacar que el tema de la reserva de ley en la actualidad exige tener conciencia de que si bien su origen se remonta al Derecho Constitucional alemán del siglo XIX y tenía como fin limitar los poderes del monarca al interior del esquema de monarquía constitucional imperante, su rol presente en un Estado Constitucional ha cambiado. Para el poder ejecutivo supone una prohibición de actuación con reserva de autorización: en el ámbito de la materia reservada, el ejecutivo tiene prohibida la intervención, salvo que cuente con una habilitación previa y suficiente de la

ley. Para el legislativo, por otro lado, representa la carga de regular de fondo los aspectos esenciales de un determinado asunto y una prohibición de delegar en aquellas decisiones relacionadas con la definición de este régimen.

El sistema normativo fundado por la Constitución Política tiene una clara estructura jerárquica. Al definir el ordenamiento como una construcción escalonada en virtud de la cual unas normas se encuentran subordinadas a otras de mayor rango, el constituyente instituyó un criterio de ordenación y racionalización del ingreso e interrelación de las distintas categorías normativas que lo integran. Desde un punto de vista político, esta jerarquía viene determinada por la posición de supremacía política del órgano de producción normativa, desde un ángulo jurídico, será una cuestión determinada por la regulación constitucional de la competencia de cada sujeto involucrado.

Toda vez que el reglamento tiene en Colombia una posición claramente subordinada a la Constitución y a la ley, normas ubicadas en los estratos superiores del ordenamiento, la denominada primacía de la ley constituye otro de los límites impuestos por el texto constitucional al ejercicio de las potestades normativas de la administración. Debido a la supremacía jurídica, los reglamentos se encuentran siempre sometidos a lo dispuesto por estas normas superiores, y su eventual contradicción debe dar lugar a su invalidación o a su inaplicación por inconstitucionalidad o ilegalidad. En este orden, todo acto de la administración pública que desconozca o atente contra normas constitucionales o legales carecerá de valor, no pudiendo en ningún caso el ejecutivo modificar o derogar los contenidos normativos de la ley- fuerza pasiva- sino todo lo contrario: toda vez que la voluntad del legislador se impone y prevalece sobre las decisiones establecidas por vía reglamentaria que se le puedan oponer- fuerza activa de ley- estas podrán ser derogadas o modificadas con el solo ejercicio de su competencia normativa prevalente. (...)"

En estas condiciones se tendrá que el artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015, es jerárquicamente inferior a lo consagrado en la ley 80 de 1993. Para el caso particular, es de inferior jerarquía a lo ordenado por el artículo 60 de la ley 80 de 1993, específicamente hablando, de lo ordenado en el inciso



4º del artículo 60 de la ley 80 de 1993 que reza así: “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.

Comparado el contenido literal de lo ordenado tanto por el inciso 4º del artículo 60 de la ley 80 de 1993 y el artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015, se puede observar que dichos ordenamientos tienen una similitud y sentido abiertamente igual. Pero con la salvedad que fue la ley 80 de 1993, artículo 60, inciso 4º, la que evidentemente si estableció cuales eran las obligaciones que debían surtirse posterior, a la liquidación del contrato estatal o sea, tal como lo ha dicho la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado que indica: “ tratándose de reglamentos (i) expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria que le atribuye el artículo 189 numeral 11 superior (como lo es el caso del Decreto 1082 de 2015); de los (ii) reglamentos que desarrollan leyes habilitantes y de los (iii) reglamentos expedidos por otras autoridades administrativas, en asuntos especializados relativos a la órbita de sus competencias, el criterio que gobierna sus relaciones con la ley es el jerárquico, como quiera que, por ministerio de la Constitución, deben ser proferidos para ejecutar o con sujeción a la ley, de suerte que en el evento en el cual las disposiciones contenidas en tal tipo de reglamentos contravengan a las legales, aquellas deben ser excluidas del ordenamiento jurídico.

Y es que tratándose de los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad que le atribuye el artículo 189 numeral 11 superior- por cuanto tales actos jurídicos resultan “necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”-, de los reglamentos proferidos “de conformidad con la ley” o de los aprobados por otras autoridades administrativas, con sometimiento a los dos anteriores y en materias técnicas o especializadas, no existe reserva regulatoria alguna establecida por la Constitución Política en favor del reglamento y en relación con las materias que los mismos desarrollan, opera la denominada “clausula general de competencia normativa” del Congreso, por virtud de la cual se ha entendido que a éste le asiste la facultad de regular cualquier asunto cuya formación no

haya sido atribuida expresamente, por la Constitución Política, a un órgano diferente, de suerte que respecto de las modalidades reglamentarias en cuestión no opera distribución alguna de competencias normativas entre dos órganos constitucionales sino que la relación entre la ley y el reglamento se rige por el criterio jerárquico y, consecuentemente, por el principio de necesidad de reglamentación, en virtud del cual los límites de la potestad reglamentaria vienen directa o indirectamente definidos por la misma ley – y no por la Constitución- atendiendo a la comúnmente utilizada fórmula que preconiza que la extensión de la potestad reglamentaria resulta inversamente proporcional a la extensión de la ley, es decir, que si esta desciende hasta la regulación de los más precisos detalles necesarios para su aplicación, deja sin espacio de regulación al reglamento y viceversa, esto es que en la medida en que las previsiones legales sean más generales y abstractas, mayor campo de acción, indirectamente, se le está atribuyendo el Legislador al reglamento.

(...)

**“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, de consiguiente, no habrá oportunidad al ejercicio de la función reglamentaria. Pero sin en ella faltan, los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer la regulación de esos detalles.** (Negrillas, cursivas y subrayado fuera de texto).

(...)

Si el decreto reglamentario es necesario para que la ley se ejecute debidamente, el gobierno puede dictarlo. Pero si no es necesario para su adecuada ejecución, la facultad desaparece en razón de lo que no existe al supuesto básico de su ejercicio. Hay sustracción de materia reglamentable, por que el estatuto superior se realiza en su plenitud sin necesidad de ordenamientos adicionales. (...) Todo aquello que el cuerpo legislativo dejó sin una regulación concreta y que sea necesario organizar para la ejecución de la ley, será materia de reglamentación administrativa, siempre que no desborde los límites del ordenamiento que se pretende desarrollar.” Cfr. Sentencia del Consejo de Estado.

Así pues, no cabe duda que de la comparación objetiva del mandato contenido en el inciso 4º artículo 60 de la ley 80 de 1993 y el contenido en el artículo aquí demandado, surge la necesidad de aplicar la sentencia mencionada y a la vez, alimentar dicha aplicación con lo planteado por la doctrina y que ha sido aquí transcrito. Las obligaciones posteriores a la liquidación del contrato estatal, estimadas por el decreto 1082 de 2015, incurren en aquella manifestación dada por la jurisprudencia que dice 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, de consiguiente, no habrá oportunidad al ejercicio de la función reglamentaria.”** En el entendido que ya la ley 80 de 1993, había previsto que posterior a la liquidación del contrato: “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.”, sin así decirse por el estatuto de la contratación estatal, que los ordenadores de gasto luego de suscrito el acto liquidatorio “deben dejar constancia del cierre del expediente del proceso de contratación”. Sin duda la ley 80 de 1993, ya había previsto que era en el acto liquidario donde se dejarían las constancias y extensiones de amparos de garantías prestadas por los contratistas, con lo cual el acto liquidario era el último deber y en el contexto de éste, se dejaban ya inscritas los acuerdos o circunstancias pendientes que debieran tener efectos luego de dicho acto final.

Pues bien, el hecho que el Decreto 1082 de 2015, haya planteado un cierre de expediente contractual en su artículo 2.2.1.1.2.4.3, rebasa las competencias reglamentarias del ejecutivo, dado que el artículo 60 de la ley 80 de 1993, en ningún aparte contempló actuaciones administrativas posteriores al acto liquidatorio y menos, que debieran ser reguladas por el ejecutivo. De esta forma, incurre el Presidente de la República por conducto de la Dirección Nacional de Planeación, en exceso de la potestad reglamentaria, dado que ya el estatuto de la contratación estatal, había planteado y ordenado que actuaciones debía surtirse tanto en el acto liquidatorio, como las que devinieran posterior a éste, sin mencionar en ningún caso deberes a cargo de

la administración y menos que se refirieran a cierres del expediente de contratación.

Como de deber se trata lo ordenado en el artículo 2.2.1.1.2.4.3 del decreto 1082 de 2015, pues de su incumplimiento devienen posibles faltas a los deberes funcionales y de allí, inminentes sanciones de orden disciplinario. Es por esto, que a más de aumentar, éste decreto, un proceso y procedimiento administrativo que no ha contemplado la ley 80 de 1993 (norma que sin duda es jerárquicamente superior a la aquí demandada), 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. (Flórez. Consejo de Estado Colombiano, expediente. 11001032600020150016500).

- **Fundamentos de la sentencia del Consejo de Estado sección tercera de fecha 10 de octubre de 2016. Consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.**

En la órbita de la decisión jurisdiccional, fueron dos aspectos de seis planteados por el alto tribunal, que consolidaron estructuralmente la razón fundamental de la decisión judicial antes anotada. En primer lugar, debe indicarse lo correspondiente al concepto de potestad reglamentaria del Gobierno Nacional y en segundo lugar, la cláusula de las Buenas Prácticas de la Administración como principio y derecho incorporado en el ordenamiento jurídico colombiano. (Consejo de Estado, Sentencia 10 de octubre de 2016).

- **Concepto jurisprudencial respecto de la potestad reglamentaria. Consejo de Estado sección tercera de fecha 10 de octubre de 2016 consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.**

Respecto al primer punto indicado por el alto Tribunal, es preciso mencionar en palabras del pronunciamiento judicial anotado, en sede de lo que a bien tiene dicha corporación como potestad reglamentaria, lo siguiente:

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". 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 soberano. 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 1919. 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 preponderante que la administración históricamente ha cumplido y la han convertido en una fuente indudable e inagotable de normatividad. 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. 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 Constitución, 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. 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 competencia. Tal es el caso del Consejo Superior de la Judicatura, órgano al que corresponde “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). 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).

De igual forma, en el marco de la sentencia aludida y que es objeto de integración en la presente investigación, el Consejo de Estado apeló a la enunciación de la posición que frente al concepto de potestad reglamentaria, tiene la Honorable Corte Constitucional, citando el contenido de la sentencia C-384 de 13 de mayo de 2003, en la cual resaltó que 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”. “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 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” (Consejo de Estado, sentencia de 10 de octubre de 2016).

- **Concepto jurisprudencial respecto del contenido y alcance de la potestad reglamentaria. Consejo de Estado sección tercera de fecha 10 de octubre de 2016 consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.**

Indica el Honorable Consejo de Estado, respecto al contenido y alcance de la potestad reglamentaria, que:

La 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. 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 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.

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 ley. 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. 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 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”. 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 previsiones indispensables para su cabal cumplimiento, corresponde al reglamento precisar los pormenores necesarios para la ejecución de la ley, es decir “hacer explícito lo implícito”. 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 (...)” 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 legislar. (Consejo de Estado, sentencia de 10 de octubre de 2016).

- **BUENAS PRÁCTICAS ADMINISTRATIVAS**

Dentro de los aspectos considerativos de la sentencia ampliamente nombrada en el presente trabajo, esto es, la sentencia del **CONSEJO DE ESTADO SECCION TERCERA DE FECHA 10 DE OCTUBRE DE 2016 CONSEJERO PONENTE JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**; la cual resulta ser el principal resultado de la presente investigación; se tiene que la misma indica dentro de la órbita de sus fundamentos principales, la incorporación de la cláusula de Buena Administración como principio y derecho en el ordenamiento jurídico colombiano.

Aspecto que reviste un importante aporte dentro del contexto de la materia demandada, dado que dicho principio o derecho, no tiene una manifestación expresa dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Situación que nutre la discusión aquí planteada, dado que del contenido de la sentencia mencionada, se puede observar que el alto tribunal, no basó la decisión jurisdiccional en el

planteamiento inicial de la demanda, esto es, lo correspondiente al desconocimiento de la jerarquía normativa y a los alcances y límites de los decretos reglamentarios.

Por el contrario, la decisión judicial, más allá de integrar en sus consideraciones los elementos estructurales en los que se sustentó demanda, procedió a integrar en el ordenamiento jurídico colombiano, una figura que es de creación foránea y sin desarrollo legislativo en el contexto colombiano.

El concepto de buenas prácticas administrativas, tiene su mayor desarrollo dentro de ordenamientos extranjeros, específicamente, en el ordenamiento jurídico de la comunidad europea, en el contexto de lo que se conoce como Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Texto normativo en el cual se enumeran los derechos básicos que la Unión ha de respetar, así como los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión. (Parlamento Europeo, 2000).

El ordenamiento europeo mencionado, trae en su artículo 41 lo concerniente a las buenas prácticas administrativas, norma con un alcance y contenido que se describe en los siguientes términos:

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

*2. Este derecho incluye en particular:*

*. El derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,*

*. El derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,*

*. La obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.*

*3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad 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 los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua. (Parlamento Europeo. 2000. p. 18).*

En los términos ante mencionados, se describe el antecedente plausible de lo que en derecho europeo, se normativizó en lo correspondiente a las buenas prácticas administrativas, las cuales en el contexto antes citado, se observa corresponde a situaciones en las que los ciudadanos, deben interactuar con el Estado y así, es necesario que se protejan sus derechos y se provea la mayor garantía de sus libertades ciudadanas, en específico en lo correspondiente al Derecho de Petición, Debido Proceso, Reparación directa, entre otros.

En este orden de ideas, sea la oportunidad, ya establecido el contexto foráneo original, en el cual nació la figura de las buenas prácticas administrativas, para citar textualmente, la elaboración conceptual que de dicha figura se estableció por el Honorable Consejo de Estado, en la sentencia resultado de la presente investigación, en la cual se dijo respecto de las buenas prácticas administrativas 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 1°, 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 prevalencia del interés general” y el artículo 2° 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”.

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 constitucional, 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.

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 acción.

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

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 constitucionalidad. 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.

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.

Tal cuestión encuentra un pertinente desarrollo legal en preceptos tales como el artículo 3° de la Ley 489 de 1998 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 subyace el principio jurídico de la Buena Administración, 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 convencional.

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

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, hacía 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.

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.

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 Estado, 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”.

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 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. (Consejo de Estado, sentencia de 10 de octubre de 2016).

Comparado el contexto de la norma contenida en la Carta de Niza de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el aparte citado de la sentencia de octubre 10 de 2016, se puede colegir que los aspectos tratados son diametralmente distintos a los contenidos en la norma foránea.



La norma contenida en el artículo 41 de la Carta de Derechos de la Unión Europea, es certera en indicar, los derechos que los ciudadanos tienen una vez interactúan ante las distintas instancias administrativas estatales, mientras que lo que se observa de la jurisprudencia nacional, es la interpretación frente a lo que se pretendía anular, a la luz de los artículos 2º y 209 de la Constitución Política Colombiana y así mismo, el artículo 3º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por lo tanto, si de incorporar el mencionado principio o derecho a la legislación nacional se trata, es menester analizar la pertinencia del mismo, en el contexto que creo el juez Contencioso Administrativo, dado que si de incorporar dicha figura se trataba, pues lo primero que se debió aclarar es si la connotación de dicha figura jurídica está dada explícitamente hablando, respecto a su condición de principio o de derecho. Puesto que, dicha dicotomía conceptual, no permite reconocer las formas de garantía ciudadana, para la protección de sus derechos.

- **La figura jurídica de las buenas prácticas administrativas como principio o como derecho.**

Para poder abordar la cuestión y darle forma a si la figura de las buenas practicas administrativas, está concebida como principio o como derecho; derecho fundamental claro está; es menester poner de presente el concepto de cada una de las figuras jurídicas.

Respecto al significado de principio, se tiene:

La consagración de prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional.

Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2). Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. (Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992).

La tendencia generalizada desde la construcción de la teoría jurídica, está dada en el contexto de que los principios, en palabras de Rodríguez (2008) no establecen un nexo directo entre los hechos y la conclusión jurídica, generalmente es necesario hacer, en una instancia intermedia del razonamiento, una comparación de principios encontrados. Es por esto que se puede decir que las reglas son conclusivas y los principios son no conclusivos. (p.56).

Por otro lado, frente al concepto de derechos fundamentales, se puede decir siguiendo a Ferrajoli:

*Que son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendido por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status, la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas. (p. 23).*

Teniendo de presente las definiciones antes mencionadas, es menester, proceder a realizar un análisis de dichas figuras jurídicas en el contexto de lo establecido en

jurisprudencia resultado de la presente investigación, la cual tuvo valiosos aportes no sólo en su parte general considerativo, sino además, en el contexto del salvamento de voto allí contenido.

Pues bien, fue claro el salvamento de voto de la sentencia de octubre de 10 de 2016 antes citada, en indicar cómo la figura jurídica de las *buenas prácticas administrativas*, aun cuando tiene su antecedente directo en normas extranjeras, dicho antecedente no tiene un elaboración estricta y de clara aplicabilidad en el contexto nacional, ni en los ordenamientos donde se originó dicha figura administrativa. Esto, puesto que al comportar condiciones de principio o de derecho, no se genera un ambiente preciso en la manera en que se presente la debida aplicabilidad o control, en caso de controversia o contención en la práctica jurídica.

Fue así que en el mentado salvamento de voto se dijo, o mejor, se propusieron diversos interrogantes que es preciso traer a colación, toda vez, son determinantes en la materia aquí tratada. Estos interrogantes se dirigieron a indicar:

¿Es oportuno trasladar acriticamente tal institución al ordenamiento colombiano, cuando aún no ha sido decantada en los ordenamientos que la han adoptado?

¿Existe una diferencia sustancial entre los fundamentos de la “la buena administración” y los mandatos constitucionales de los artículos 2, que fija como fin del Estado garantizar la efectividad de los derechos y deberes de los particulares; 23, que prevé el derecho de petición; 29, que establece el derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas; 74, que garantiza el acceso a los documentos públicos; 90, que consigna el deber del Estado de reparar el daño antijurídico que cause a los particulares; y 209, que enuncia los principios que rigen la actuación administrativa?

Si la institución de la “buena administración” tiene el carácter de derecho fundamental ¿cuál sería el recurso judicial para su exigibilidad?, ¿sería la acción de tutela el recurso judicial idóneo para decidir las controversias entre los particulares y la administración por la vulneración de la institución de la “buena administración”?, ¿cuál sería el alcance que tendría ese “derecho fundamental” en la Jurisdicción Constitucional y en qué quedaría el control a cargo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo?

¿La “buena administración” en materia de razonabilidad y proporcionalidad agrega alguna novedad al contenido del artículo 44 del CPACA –que retoma el artículo 36 del CCA- en la medida en que una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la normal que la autoriza, y proporcional a los hechos que he le sirven de causa?

Si la institución de la “buena administración”, de la que se predica la doble naturaleza de derecho y de principio, sirve para el control de la actividad administrativa ¿no podría crear el riesgo que el juez al aplicarla, por vía de juicios de ponderación, en realidad, resulte llenándola de contenido y con ello terminaría suplantando a la administración en la evaluación de criterios de conveniencia y oportunidad ajenos al ámbito judicial?

## **CONCLUSIONES**

El presente trabajo de investigación, tiene como origen el análisis de la figura jurídica de la jerarquía normativa. Figura que sin lugar a dudas, tiene en el ordenamiento jurídico colombiano, una aplicación irrestricta y vigente, dado que el componente y sentido estructuralista del conjunto de normas del sistema nacional, denota de manera clara, el orden de precedencia al que deben atender los cuerpos normativos, teniendo en consideración no sólo el contenido y fin de las normas, sino además la autoridad que los expide.

A la par del análisis de lo que enmarca el concepto de jerarquía normativa y que en el presente trabajo, apunta al análisis de la graduación de las normas expedidas por el Congreso de la República y aquellas, que expide el ejecutivo en el desarrollo de la función reglamentaria. Encontramos lo concerniente al alcance y utilidad de los decretos reglamentarios, expedidos por el Presidente de la República.

La función reglamentaria, establecida en el marco de las competencias de la rama ejecutiva colombiana, por estricta disposición de la Constitución Política nacional, está concebida como aquel mecanismo que permite que se concreten y hagan operativas las normas que en materia de administración pública, son expedidas por el cuerpo legislativo. Con la salvedad y límite, que dicha función reglamentaria, no puede exceder el marco que la ley a reglamentar ha establecido, puesto que dicha extralimitación funcional, genera que el acto administrativo que se expida, sea susceptible de censura, ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Pues bien, en el marco de la presente investigación y en consideración a la susceptibilidad, que las normas reglamentarias tienen para ser censuradas ante lo Contencioso Administrativo. Se procedió a plantear la situación problemática en la que se sustentó el presente trabajo, esto es, lo referente al contenido y fin consagrado en el artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015, en punto, principalmente a la consagración de la actuación administrativa denominada “cierre del expediente contractual”.

Dicha demanda de la autoría de quien postula la presente investigación, estuvo enmarcada dentro de los límites de la situación problemática ampliamente descrita en líneas anteriores. Situación problemática, que sin duda está dirigida a la censura de la consolidación de una actuación administrativa, que en el contexto de una norma superior (ley 80 de 1993, inciso 4º artículo 60), no tuvo ordenación y por tanto, nace o aparece en el contexto normativo colombiano, en el marco de una norma reglamentaria de inferior categoría a la norma expedida por el legislador.

Fue esta situación problemática, basada en el fenómeno jurídico de la jerarquía normativa antes mencionada y descrita, que se estructuró la demanda de simple nulidad que fue de conocimiento del Honorable Consejo de Estado Colombiano. Demanda que buscó que en aras de la protección del principio de legalidad, esto es, de las normas superiores que han enmarcado las competencias de las diferentes autoridades públicas. Pues, se hiciera un estudio respecto de la legalidad o ilegalidad de la actuación administrativa denominada “cierre del expediente contractual”, integrando en dicho estudio, el concepto y sentido de la teoría de la jerarquía normativa ampliamente tratada.

Claro es respecto del trámite dado por el alto Tribunal de lo Contencioso administrativo, que aun cuando se refiere a la delimitación dada en la situación problemática indicada, esto es, el exceso de la facultad reglamentaria en la que recae el ejecutivo, por integrar en el contexto de la contratación pública una etapa post contractual, que no fue establecida por el legislador. Pues también incluye, en el devenir de la interpretación del caso puesto a consideración, unos elementos que aun cuando no son nuevos en el universo jurídico del derecho comparado, si lo son en el marco normativo nacional.

De esta manera, procedió el Honorable Consejo de Estado al análisis de la demanda, integrando no sólo el estudio del concepto de jerarquía normativa ampliamente tratado, sino además, incluyendo la denominada figura de las buenas prácticas administrativas. Figura que como se dejó antes mencionado, es de creación y de raigambre en el derecho europeo, más no tiene antecedente u origen en normas de creación nacional.

En estos términos, la sentencia de fecha octubre 10 de 2016, emitida por el Honorable Consejo de Estado, en el contexto de la situación problemática aquí tratada, integro el concepto de buenas prácticas administrativas, como principio y como derecho. Para así establecer la legalidad y no exceso de las facultades reglamentarias, en las que se basó el ejecutivo para expedir el Decreto 1082 de 2015 y en el marco de este cuerpo normativo, el artículo 2.2.1.1.2.4.3, en el cual se ordenó e integró, la actuación administrativa denominada “cierre del expediente contractual”. Indicando que se justificaba la actuación administrativa del

mencionado cierre, por cuanto así se daba cumplimiento entre otros ordenamientos, en lo correspondiente a la ley de archivo, buscando así que al adelantarse procedimientos en la etapa postcontractual de un proceso de contratación estatal, se disminuyan las posibilidades de desorden administrativo y documental.

En este orden de ideas, se deja señalado no sólo el sentido que determinó el Honorable Consejo de Estado en sentencia de octubre 10 de 2016, para sentenciar la legalidad de la norma demandada, esto es, el artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015, sino además, la diferencia entre los conceptos de principio y derecho fundamental, los cuales como se indicó, revisten un contraste y bifurcación marcada, en el entendido que ambas figuras tienen una tipología propia y que se decanta, en su especificidad y aplicación tanto directa en el caso de los derechos, como indirecta e interpretativa, en el caso de los principios.

Ahora, pretender enlazar en una sola tipología de principio y derecho, a la figura de las buenas prácticas administrativas, pero además, incorporarla a la normatividad colombiana, sin presentar un lineamiento debidamente demarcado, es inconveniente e inconsecuente, dada la importancia de la norma que se sometió a control.

Es claro del texto de la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, que lo que se consolidó como buenas prácticas administrativas, no es otra circunstancia, que una serie de derechos en cabeza de la ciudadanía, no de la administración pública. Situación que directamente demuestra la alejada interpretación que de la figura se hizo en el contexto de la sentencia ampliamente citada y que definitivamente, declaró la legalidad en la fase post contractual del denominado cierre del expediente contractual.

Por tanto, si de los interrogantes traídos del texto de salvamento de voto antes transcrito se trata, pues no cabe duda de la confusión en la que el Honorable Consejo de Estado recayó, al momento de fallar la situación problemática puesta a consideración. En el entendido que al indicarse en el pronunciamiento judicial, que no existe de parte del gobierno nacional, exceso de la facultad reglamentaria de la

norma demandada. Dicha posición debió ser sustentada en el marco de los principios que rigen la función administrativa, que debidamente se han reglamentado en el ordenamiento local o en su defecto y si de integrar una figura jurídica foránea se trata, pues debió integrarse la mencionada figura, en la dimensión y contexto que la misma trae desde su origen. Puesto que, la integración que hace el Honorable Consejo de Estado, en el presente caso, no guarda relación directa a como se ha tratado dicha figura, en su ordenamiento original.

Recordemos que las buenas prácticas administrativas, tienen una condición en el contexto de los derechos fundamentales de la Unión Europea, de un verdadero derecho fundamental, directo y en cabeza de la ciudadanía y dirigido a contrarrestar, situaciones de vulneración de otros derechos de mayor jerarquía, esto es, derechos como el debido proceso o el derecho de petición.

En consecuencia, si de derecho fundamental o en últimas de principio se trataba, respecto del concepto de buenas prácticas administrativas, pues no se debió descontextualizar dicha figura, en el sentido y fin concebido en el seno de la comunidad europea, puesto que al realizar su incorporación a la normatividad nacional, en los términos antes indicados, genera que respecto de la figura del cierre del expediente contractual, exista la confusión de si la misma se integra al ordenamiento como principio o como derecho, porque si trata de principio, debería haber sido decantado a la luz de los artículos 1º, 2º y 209 de la Constitución Política Colombiana o en el marco del artículo 3º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Colombiano, o en su defecto y si de derecho se trata, pues así debió respaldarse argumentativamente hablando.

En este orden, se puede observar que respecto de la situación problemática planteada en el contexto de la presente investigación y que fue puesta de presente ante la autoridad competente, a través del medio de control de simple nulidad y la cual fue resuelta en sentencia de fecha 10 de octubre de 2016. Se tiene que se ha incorporado a la legislación nacional, una figura jurídica traída del derecho comunitario europeo, denominada buenas prácticas administrativas, las cuales fueron concebidas como derecho en cabeza de la ciudadanía europea, para que se regulara su interacción ante la administración pública, proveyendo así el



cumplimiento irrestricto de otros derechos de mayor categoría (verbigracia debido proceso), sin implicar esto, derechos en cabeza de la administración pública, esto es, la figura de las buenas prácticas, es en contexto del ordenamiento jurídico originario, una figura de una sólo vía y dicho sentido, está desde el ámbito del ciudadano a la administración pública y no como aquí se dejó establecido por el Consejo de Estado, como una figura que le permite a la administración pública, incluso a expensas de rebosar sus competencias, integrar normas que no tienen una lógica y sentido común, o aun cuando lo tengan, su regulación le corresponde al legislador, en consonancia con la cláusula de reserva legal en materia de contratación estatal.

De esta manera, se deja expuesta la posición argumentativa que insiste en la falta de competencia en la designación por vía de norma reglamentaria, de procedimientos en materia de contratación estatal, que no estén o hayan estado establecidos desde la norma o las normas expedidas frente a dicha materia, por el Congreso de la República de conformidad al artículo 150 de la Constitución Política Colombiana. Máxime si dichas facultades reglamentarias, son sustentadas principios o derechos que no son consecuentes, con la estructura jurídica nacional, o que al ser incorporados, no atienden al sentido o contexto en el cual han sido creados en sus respectivos ordenamientos.

### **Referencias.**

Ayala Caldas, J.E. (2009) *Estructura de la rama ejecutiva en Colombia*, Bogotá D. C. Ediciones Doctrina y Ley.

Brito Ruiz, F. (2013) *Estructura del Estado colombiano y de la administración pública nacional*. Bogotá D. C. Editorial Legis.

Cassagne, J.C. (2009) *Derecho administrativo*. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot.

Dromi. R. (2015) *Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Editorial Hispania Libros. T I.

Ferrajoli. L. (2007) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid. Editorial Trotta S.A.

Garcia de Enterría, E (2008) *Curso derecho administrativo*. Bogotá. Editorial Temis. T I.

García Maynez, E. (2008) *Introducción al estudio del derecho*. México. Editorial Porrúa.

Gómez Lee, I. (2012) *El derecho de la contratación pública en Colombia*. Bogotá D. C. Editorial Legis.

Olano García, H.A. (2008) *Historia constitucional comparada*. Bogotá D. C. Editorial Academia

Olano García, H.A. (2007) *Historia de Colombia a través de sus constituciones y reformas*. Bogotá D. C. Editorial Doctrina y Ley.

Penagos. G (2004) *Derecho Administrativo*. Bogotá D. C. Editorial Ediciones doctrina y ley Ltda.

Torre, A (2009) *Introducción al derecho*. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot.

Rodríguez, C (2008). *La decisión judicial el debate Hart- Dworkin*. 1ª edición 6ª reimpresión. Bogotá. Editorial Siglo del Hombre, Universidad de los Andes.

Rico Puerta, L.A. (2012) *Teoría general y práctica de la contratación estatal*. Segunda Edición. Bogotá D. C. Editorial Leyer.

Torre, A (2009) *Introducción al derecho*. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot.

Torres Vasquez, A. (2001) *Introducción al derecho teoría general del derecho*. Segunda Edición. Bogotá D. C. Editorial Temis.

Vidal Perdomo, J. (2016) *Derecho administrativo*. Décimo Cuarta Edición. Bogotá D. C. Editorial Temis.

Yong Serrano, S. (2012) *El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación*, Bogotá D. C. Editorial Ibañez.

## **Normativas**

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 2. Julio 7 de 1991 (Colombia).

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 209. Julio 7 de 1991 (Colombia).

Colombia. Decreto Reglamentario 1510 de 2013. *Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública*. Julio 17 de 2013. D. O. núm. 48.854.

Colombia. Decreto Reglamentario 1082 de 2015. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional*. Mayo 26 de 2015. D. O. núm. 49.523.

Colombia. Ley 1437 de 2011. *Por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Enero 18 de 2011. D. O. núm. 47.956.

## **Jurisprudencia**

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Consejero Mauricio Fajardo Gómez. Agosto 14 de 2008.

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Consejero Ponente Danilo Rojas Betancourth; Febrero 28 de 2013.

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Diciembre 02 de 2013.

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Consejero Ponente Enrique Gil Botero; Octubre 20 de 2014.

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Demandante Navis Alberto Flórez León. Escrito de demanda Expediente 11001032600020150016500. Noviembre 6 de 2015.

Consejo de Estado de Colombia. Sección Tercera. Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Octubre 10 de 2016.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-406 de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón; junio 5 de 1992.

## **Información páginas web**

Agencia Nacional de Contratación Pública (2016) *Guía para la liquidación de contratos estatales*. Extraído mayo 10, 2017, desde <https://www.colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pleigos-tipo/manuales-y-guias/guia-para-la-liquidacion-contratos-estatales>.

Hernandez, A. (Junio, 2009). La liquidación del contrato estatal. Revista digital de derecho administrativo. Num. 1. Extraído mayo 10, 2017 desde <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2597>.

Parlamento Europeo. (2000). Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Extraído mayo 13, 2017, desde [http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuld=FTU\\_1.1.6.html](http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuld=FTU_1.1.6.html) .

Parlamento Europeo. (2000) Diario oficial de la comunidad europea. Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Extraído mayo 13, 2017, desde [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf)

Pemberthy. P. (julio-diciembre, 2015). La liquidación de los contratos estatales. Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas - UPB. 45,123. Extraído mayo 10, 2017 desde [www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v45n123/v45n123a04.pdf](http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v45n123/v45n123a04.pdf).