

ACCIÓN DE SIMPLE NULIDAD - Accede, declara la nulidad de las Directivas Presidenciales números 03 de 2006 y 02 de 2007 / INCOMPETENCIA ABSOLUTA DEL ÓRGANO QUE EXPIDIÓ LOS ACTOS ACUSADOS - Declarada de oficio / ILEGALIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO - Por incompetencia y extralimitación de las funciones del órgano administrativo que expidió el acto / NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO - Declarada por falta de competencia del órgano administrativo que lo expidió

[E]ncuentra la Sala que como los actos reglamentarios acusados no están suscritos por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, como lo ordena el artículo 115 superior, es preciso decretar su expulsión del orden jurídico en atención a la abierta violación de la Constitución. (...) En efecto, la incompetencia absoluta del órgano administrativo, con ocasión de la usurpación de las atribuciones que por mandato constitucional o legal corresponde a otra autoridad, o como en este caso -tratándose del ejercicio de la potestad reglamentaria- que han de ejercerse conjuntamente con otra, es sin duda una de las formas de ilegalidad más grave que puede ostentar un acto administrativo. Esta circunstancia -que no puede pasar por alto la Sala así no haya sido alegada por el actor- entraña la infracción manifiesta de uno de los principios medulares de todo Estado de Derecho: el de legalidad. (...) La magnitud de la irregularidad autoriza al fallador para destruir la presunción de legalidad que acompaña al acto administrativo, y en consecuencia invalidarlo oficiosamente cuando en el ejercicio de las acciones pertinentes los interesados no hayan invocado esta agresión grosera y brutal al orden jurídico, que desborda todos los límites de la legalidad, resultante de la usurpación de atribuciones que competen a otras autoridades, o -como en el sub lite- que deban ejercerse conjuntamente con otras, aún si éstas son subalternas. (...) No obstante lo anterior, y aunque la declaración oficiosa de la nulidad de las circulares impugnadas por ausencia de competencia del órgano y que está acreditada en el proceso, relevaría a la Sala de hacer un pronunciamiento sobre el contenido y expedición de los actos acusados, estima conveniente pronunciarse sobre lo allí reglamentado, en tanto también se evidencia una ilegalidad rampante que es preciso censurar, como -de hecho- ya se hizo al suspender provisionalmente los actos acusados.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 115

EXCESO DE POTESTAD REGLAMENTARIA - Se configuró / REQUISITOS PARA CONTRATAR - Estipulados en la ley / ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS - Exigieron requisitos adicionales a los dispuestos en la ley

El actor sostuvo que con las medidas adoptadas por el Ejecutivo no sólo se establecieron más requisitos para contratar que los dispuestos por la ley, con lo cual se extralimitó la potestad reglamentaria y se infringió el artículo 84 constitucional, sino que además se entró a invadir las competencias de dirección y contratación de quienes son los destinatarios de la Directiva Presidencial, haciendo nugatoria su facultad de selección objetiva establecida en la Ley 80 de 1993 y traspasando ampliamente lo preceptuado por el artículo 25 numeral 15 de la Ley 80 de 1993. La Sala reitera lo expuesto al decidir la suspensión provisional de los actos demandados, en el sentido de que la actividad de contratación de las entidades estatales se encuentra regulada de manera general por las disposiciones legales que integran el Estatuto de Contratación de la Administración Pública (conformado básicamente por las Leyes 80 y 1150). (...) En virtud de la prohibición contenida en el aludido artículo 84 de la Carta le está vedado a toda autoridad -incluido el Presidente de la República- agregar requisitos, exigencias o trámites para la celebración de contratos de prestación de

servicios profesionales, asesoría y consultoría, como aquellos a los cuales hacen referencia las demandadas Directivas Presidenciales 03 de 2006 y 02 de 2007, ninguno de ellos consagrados, previstos o siquiera autorizados por las referidas normas legales que han regulado de manera general la materia. (...) No obstante, las directivas presidenciales impugnadas, en franca rebeldía con el artículo 84 de la Constitución exigen permisos o requisitos adicionales a los que determinó en forma general el legislador. Como lo advirtió el actor, sólo la ley está llamada a disponer las reglas y principios que rigen los contratos administrativos (Arts. 150 in fine superior y 1º de la Ley 80).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 84 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 25

EXCEPCIÓN DE INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA - Falta de requisitos formales / EXCEPCIÓN DE INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA - No prosperó

La Secretaría Jurídica de la Presidencia propuso la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de requisitos formales, ya que -a su juicio- sólo se citaron las normas violadas y no el concepto de su violación. (...) [H]abría que desestimarse la excepción propuesta, habida cuenta de que -como se observa en los antecedentes de este proveído y en este apartado- contrario a lo expresado por el accionado, el escrito de demanda cumplió cabalmente la carga argumentativa mínima que permita generar el debate de legalidad, de que trata el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A., al señalar los fundamentos de derecho de sus pretensiones.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 137

CIRCULARES EXPEDIDAS EN EJERCICIO DE POTESTAD REGLAMENTARIA - Constituyen actos administrativos / DIRECTIVAS PRESIDENCIALES EXPEDIDAS EN EJERCICIO DE POTESTAD REGLAMENTARIA - Ejercicio de una función administrativa con efectos jurídicos / DIRECTIVAS PRESIDENCIALES EXPEDIDAS EN EJERCICIO DE POTESTAD REGLAMENTARIA - Susceptibles de control judicial a través de la acción de nulidad

Con arreglo a lo dispuesto por el numeral 11 del artículo 189 superior, corresponde al Presidente de la República, como Suprema Autoridad Administrativa, ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Con apoyo en lo estatuido por esa norma atributiva de competencia se tiene que la potestad reglamentaria: (i) es una función presidencial; (ii) es una función típicamente administrativa, (iii) se ejerce no sólo mediante la expedición de decretos reglamentarios, sino también por medio de resoluciones u órdenes y (iv) tiene como cometido la cumplida ejecución de las leyes. (...) no le asiste razón a la entidad accionada cuando asegura que las directivas presidenciales acusadas no fueron expedidas en ejercicio de la potestad reglamentaria y que ellas no tienen naturaleza jurídica de reglamento. (...) Por el contrario, el Presidente de la República al instruir a sus subordinados del sector central y descentralizado de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional, impartió una orden perentoria, de obligatorio cumplimiento, en ejercicio de lo previsto por el numeral 11 del artículo 189 Constitucional, así este precepto no aparezca citado como fundamento de las mismas. (...) De modo que las directivas impugnadas no sólo

contienen la manifestación de la voluntad de la Administración, sino que además no ocultan su vocación de producir efectos jurídicos, en cuanto crean una situación jurídica, que por sí misma y una vez en firme es vinculante para sus destinatarios y que fue expedida en ejercicio de la función administrativa. (...) En tal virtud, las Directivas Presidenciales impugnadas fueron expedidas en ejercicio de una función administrativa y la voluntad que en ellas se declara o expresa tiene efectos jurídicos sobre sus destinatarios y no se limitan a reproducir el contenido de otra norma vigente. (...) Por lo expuesto, resulta claro que las mismas son susceptibles de demanda en orden a procurar su nulidad (art. 84 del C.C.A.) ante esta jurisdicción, habida cuenta de su nítido, incontrovertible e incontestable carácter de acto administrativo.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 189 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 84

POTESTAD REGLAMENTARIA - Expedición de acto administrativo que materializa el enunciado abstracto de la ley / FALLO INHIBITORIO - Improcedente

La Secretaría Jurídica de la Presidencia solicitó que se profiriera un fallo inhibitorio “por encontrar que la directiva presidencial no tenía valor y efecto alguno, al no haber sido suscrita por el ministro o director de departamento administrativo respectiva” en los términos del artículo 115 C.P. La potestad reglamentaria es, en efecto, una expresión genuina de la función administrativa, toda vez que la función esencial del órgano administrativo es la de ejecutar las leyes. (...) Atribución reglamentaria que supone, como ha indicado la Corte Constitucional, la expedición de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley para encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano real. Y si bien el numeral 11 del artículo 189 radica en cabeza del Presidente de la República, éste debe ejercerla en tanto potestad administrativa en asocio con los ministros o directores de departamentos administrativos, según el caso, en tanto unos y otros son –por mandato del artículo 208 superior- jefes de la administración en sus respectiva dependencia. (...) Y es el Gobierno, y no sólo el Presidente de la República, quien tiene a su cargo la expedición del reglamento administrativo, como una necesidad indispensable para ejecutar la ley y velar porque ella tenga la aplicación y operancia completas que quiso el legislador. (...) Por esta razón no hay lugar a un fallo inhibitorio, que en últimas entrañaría en casos como éste no solo una negación del derecho fundamental de acceso a la justicia (artículo 229 C.P.) sin asidero legal alguno, sino también una “autorización” para infringir la Constitución y la ley impunemente. Se corrige así el criterio sentado en oportunidad precedente, por esta Corporación y que invocó el accionado, como fundamento para que no haya decisión de fondo.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 115 7
CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 229

NORMA DEMANDADA: DIRECTIVA PRESIDENCIAL NÚMERO 03 DE 2006 (4 de agosto) PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (ANULADA) / DIRECTIVA PRESIDENCIAL NÚMERO 02 DE 2007 (23 de febrero) PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (ANULADA).

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil once (2011)

Radicación número 11001-03-26-000-2007-00040-00(34144)

Actor: EMERSON VICENTE SOLÓRZANO RIAÑO

Demandado: NACIÓN- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD - FALLO

Decide la Sala en única instancia el proceso iniciado por virtud de la demanda que, en ejercicio de la acción pública de nulidad establecida en el artículo 84 del C.C.A, se interpuso para que se declare la nulidad de las Directivas Presidenciales 03 de agosto 4 de 2006 (parcial) y 02 de febrero 23 de 2007.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y norma acusada

El proceso se originó en la demanda presentada el 31 de mayo de 2007 por Emerson Vicente Solórzano Riaño en contra del Gobierno Nacional. En la demanda, instaurada en nombre propio y en ejercicio de la acción de nulidad, se solicitó la declaración de nulidad de las Directivas Presidenciales Nos. 03 de agosto 4 de 2006 (de manera parcial) y 02 de febrero 23 de 2007, expedidas por el Presidente de la República, a través de las cuales se le impartió a los señores Ministros, Directores de Departamentos Administrativos, Superintendentes, Directores, Gerentes y Presidentes de entidades centralizadas y descentralizadas de la Rama Ejecutiva del Poder Público, una serie de instrucciones para “contribuir a la profesionalización de la administración pública, a la transparencia en los procesos de contratación de servidores del Estado y al control ciudadano de los actos de la administración”.

2. Normas violadas y concepto de la violación

Expuso que los actos acusados establecen trámites, procedimientos y requisitos adicionales a los establecidos en la Ley 80 de 1993, de tal forma que las Directivas Presidenciales 03 de 2006, de manera parcial, y 02 de 2007, en su integridad, trasgreden el artículo 84 constitucional. Adujo como violados, además, los artículos 4, 6, 13, 25, 150 *in fine* de la Constitución y los artículos 1, 3, 23, 24 (num.1 y 8), 25 (num. 2 y 15) y 77 de la Ley 80 de 1993.

Recalcó que la Ley 80 de 1993 en su artículo 24 num. 1 párrafo 2, facultó por un término de 6 meses al Gobierno Nacional para que dentro de ese término expidiese un reglamento de contratación directa, cuyas disposiciones garanticen y desarrollen los principios de economía, transparencia y selección objetiva, a través de un decreto reglamentario, más no por vía de directiva presidencial, como lo ha hecho el gobierno.

3. Admisión y contestación de la demanda

Mediante proveído de diciembre 12 de 2007 se admitió la demanda formulada y se decretó la suspensión provisional solicitada, al estimarse que las Directivas Presidenciales acusadas “establecen una serie de exigencias o requisitos adicionales a aquellos que ya han sido instituidos por la ley y el reglamento, lo cual se traduce en una violación flagrante del mencionado artículo 84 superior.”¹

La Secretaría Jurídica de la Presidencia, mediante escrito presentado el 22 de abril de 2009, interpuso de manera oportuna recurso de reposición contra dicha providencia, la cual fue confirmada por auto de 27 de mayo de 2009. Al contestar la demanda se opuso a las pretensiones. Adujo que de la simple lectura de las

¹ Luego de expedido ese proveído, el expediente quedó en Secretaría a la espera de que la parte demandante efectuare el pago de los gastos del proceso, sin embargo, el demandante no cumplió con dicha carga. Mediante auto de 8 de agosto de 2008 se requirió a la parte demandante para que diera cumplimiento a lo dispuesto en el auto admisorio. Ante el silencio del actor el Consejero Sustanciador a través de auto de 13 de marzo de 2009 ordenó a la Secretaría dar cumplimiento a la notificación a la parte demandada, “habida consideración de que el ordenamiento jurídico prohíbe decretar la perención de los procesos iniciados en ejercicio de la acción de nulidad simple (Art. 148 C.C.A.), lo cual imponía el impulso oficioso del asunto”.

Directivas Presidenciales demandadas no se deduce “que estas tengan la fuerza jurídica suficiente para modificar, ampliar, adicionar, enervar ni suprimir por esta vía, disposiciones que el legislador ha consagrado en la Ley 80 de 1993, pues nada más absurdo pensar que mediante una directiva se deroga o modifica la ley”.

4. Alegatos para fallo y concepto del Ministerio Público

Por auto de 21 de agosto de 2009 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. El actor guardó silencio. El demandado se opuso de nuevo a la prosperidad de las pretensiones. El Ministerio Público conceptuó que las excepciones propuestas no tienen vocación de prosperidad.

Precisó que no existe ineptitud sustantiva de la demanda por falta de requisitos formales, en atención a que el demandante sí expresó el concepto de la violación de las normas invocadas como infringidas. Puso de presente que a través de los actos acusados el Gobierno Nacional estableció una serie de procedimientos previos a la selección del contratista, para los eventos de prestación de servicios profesionales, asesoría y consultoría, los cuales no fueron previstos por el legislador al regular, en el Estatuto de Contratación Estatal, la actividad contractual de las entidades públicas.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

En cuanto hace a la distribución de los negocios entre las distintas Secciones del Consejo de Estado, el artículo 12 del Acuerdo 58 de 1992², modificado por el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, por el cual se adoptó el Reglamento del

² En desarrollo de lo dispuesto por el numeral 6º del artículo 237 de la Carta.

Consejo de Estado, dispuso que la Sección Tercera conoce de los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos contractuales.

La Sección Tercera es competente para conocer de este asunto, habida cuenta que lo que se está discutiendo es la legalidad de unas disposiciones administrativas relativas a contratos. Y tratándose de un asunto sin cuantía expedido por una autoridad del orden nacional impugnado en ejercicio de la acción de nulidad, el asunto lo conoce privativamente y en única instancia el Consejo de Estado (art. 128 numeral 1º del CCA).

2. Los actos acusados

El texto de las disposiciones impugnadas es el siguiente (la Directiva Presidencial 3 de 2006 es acusada parcialmente, mientras que la Directiva Presidencial 2 de 2007 es censurada en su integridad).

“DIRECTIVA PRESIDENCIAL 3 DE 2006

(agosto 4)

Presidencia de la República

Para: MINISTROS DEL DESPACHO, DIRECTORES DE DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO Y SUPERINTENDENTES, DIRECTORES, GERENTES, Y PRESIDENTES DE ENTIDADES CENTRALIZADAS Y DESCENTRALIZADAS DE LA RAMA EJECUTIVA DEL NIVEL NACIONAL

DE: PRESIDENTE DE LA REPUBLICA.

ASUNTO: Ejercicio de la facultad nominadora.

FECHA: 4 de agosto de 2006.

En desarrollo de la facultad constitucional señalada en el artículo 189 de la Constitución Política, de Suprema Autoridad Administrativa y de conformidad con lo establecido en los Decretos 2539 y 1601 de 2005, sin perjuicio de la facultad nominadora, y con el fin de contribuir a la profesionalización de la administración pública, a la transparencia en los procesos de vinculación de servidores del Estado y al control ciudadano de los actos de la administración, los destinatarios de la presente Directiva, a partir de la fecha, deberán atender la siguiente instrucción:

1. Toda designación en empleos de libre nombramiento y remoción, así como los contratos de asesoría y consultoría, deberán (sic) estar precedida de la publicación de la hoja de vida de las personas que vayan a ser nombradas, en las páginas web de la Entidad correspondiente y del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

2. Para el efecto, las Entidades deberá (sic) enviar al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República las respectivas hojas de vida, junto con los antecedentes disciplinarios, penales y fiscales, con la debida anticipación.

3. Antes de su designación, las hojas de vida deberán permanecer durante tres (3) días en la página web de la respectiva entidad y del DAPRE, para el conocimiento de la ciudadanía y la formulación de observaciones al respecto.

4. Pasados los tres (3) días y tras la consideración y evaluación positiva de los comentarios ciudadanos recibidos, la autoridad nominadora podrá formalizar la designación correspondiente.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ”³ (lo subrayado es lo acusado).

“DIRECTIVA PRESIDENCIAL 2 DE 2007

(febrero 23)

³ Diario Oficial No. 46.350 de 4 de agosto de 2006.

Presidencia de la República

PARA: Ministros del Despacho, Directores de Departamento Administrativo y Superintendentes, Directores, Gerentes y Presidentes de Entidades Centralizadas y Descentralizadas de la Rama Ejecutiva del Nivel Nacional

DE: Presidente de la República

ASUNTO: Adición Directiva Presidencial 03 de 2006

FECHA: 23 de febrero de 2007

Con el fin de contribuir a la profesionalización de la Administración Pública, a la transparencia en los procesos de contratación de servidores del Estado y al control ciudadano de los actos de la administración, los destinatarios de la presente Directiva, a partir de la fecha, deberán atender la siguiente instrucción:

1. Todos los contratos de prestación de servicios profesionales, asesoría y consultoría, así como la designación de árbitros propuestos por las entidades (cuando corresponda a las partes la designación), deberán estar precedidos de la publicación de la hoja de vida de las personas que vayan a ser contratadas o designadas, en las páginas web de la Entidad correspondiente y del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. En el caso de árbitros designados de común acuerdo entre cocontratantes la hoja de vida deberá ser enviada con anterioridad a su postulación.
2. Para el efecto, las Entidades deberán enviar al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República las respectivas hojas de vida, junto con los antecedentes disciplinarios, penales y fiscales, con la debida antelación.
3. Antes de la contratación, las hojas de vida deberán permanecer publicadas durante tres (3) días en la página web de la respectiva entidad y del DAPRE, para el reconocimiento de la ciudadanía y la formulación de observaciones al respecto.

4. Pasados los tres (3) días y tras la consideración y evaluación positiva de los comentarios presentados por la ciudadanía, la autoridad competente podrá proceder con la suscripción de los contratos o la postulación de los árbitros.

5. La publicación respecto de contratos no será necesaria cuando la selección del contratista haya estado precedida de licitación pública o contratación directa mediante invitación a personas indeterminadas.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ⁴.

3. Excepción de ineptitud sustantiva de la demanda

La Secretaría Jurídica de la Presidencia propuso la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de requisitos formales, ya que -a su juicio- sólo se citaron las normas violadas y no el concepto de su violación.

Como es sabido, tratándose de acciones de que conoce esta jurisdicción relativas a la impugnación de un acto administrativo, como es este caso, el actor debe indicar las normas violadas y explicar el concepto de su violación (Art. 137 num. 2 y 4 del C.C.A.). De lo contrario, se incumple con uno de los presupuestos de la demanda, vale decir, que ésta se ajuste a las exigencias legales.

En el *sub lite*, el demandante no sólo determinó las normas que considera violadas sino el sentido y alcance de la infracción. Al efecto, el escrito impugnatorio planteó que al expedir los actos acusados, el Presidente de la República se arrogó una facultad del Congreso para agregar nuevos requisitos de contratación estatal, “incurriendo por ello en el vicio de la incompetencia, al no estar facultado para ampliar lo establecido por el Estatuto de Contratación”.

⁴ Diario Oficial No. 46.551 de 23 de febrero de 2007.

Tan evidente es que se determinó en forma clara el objeto sobre el cual versa la acusación, que la Secretaría Jurídica de la Presidencia esgrimió en su defensa que las instrucciones impartidas son una orden interna, una recomendación y una orientación con el único propósito de contribuir a dar una mayor transparencia y profesionalización de la administración pública, así como, permitir el control ciudadano sobre los actos de la administración y -por ello- en su sentir no infringen las normas invocadas por el actor como violadas.

Conforme a lo anterior habrá que desestimarse la excepción propuesta, habida cuenta de que -como se observa en los antecedentes de este proveído y en este apartado- contrario a lo expresado por el accionado, el escrito de demanda cumplió cabalmente la carga argumentativa mínima que permita generar el debate de legalidad, de que trata el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A., al señalar los fundamentos de derecho de sus pretensiones.

La Sala precisa que, en todo caso, si de la demanda se infieren claramente las normas violadas, aunque no citadas, éstas no puedan aplicarse al momento de decidir. Las acciones públicas de nulidad son una modalidad de acciones populares con –naturalmente- legitimación en la causa por activa universal, en tanto están radicadas en cualquier persona sin que se precise el *ius postulandi*, esto es, la facultad reservada a los abogados para realizar postulaciones procesales ante los Tribunales.

Lo anterior indica que, como anota el profesor Betancur Jaramillo: “No tendría sentido que el legislador le entregara la titularidad de la acción a todas las personas, sin distinguir y que el juez analizara las demandas con criterio restrictivo sólo exigible a un [abogado] especialista”.⁵

Es importante destacar que la Corte Constitucional -en sentencia C 197 de 2000- moduló los efectos del numeral 4º del artículo 137 del CCA, decisión de exequibilidad condicionada que integra el contenido de esa norma legal y que la

⁵ Betancur Jaramillo, Carlos, *Derecho Procesal Administrativo*, Medellín, Seña Editora, 1992, p. 164.

justicia administrativa debe hacer efectiva⁶, más aún cuando es la base de su trabajo cotidiano.

En la *ratio decidendi* de ese pronunciamiento se precisó que la exigencia del concepto de la violación no debe extremarse en su aplicación, al punto que un excesivo rigorismo procesal atente contra el principio de prevalencia del derecho sustancial (arts. 228 C.P. y 4º C.P.C.), de modo que ante defectos tales como la cita errónea de una disposición legal que por su contenido sea fácilmente identificable por el juez, o el concepto de la violación insuficiente pero comprensible, no pueden conducir a desestimar un cargo de nulidad⁷.

4. Excepción de indebida representación del demandado

La Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República propuso igualmente como excepción la “falta de legitimación en la causa por pasiva”, en cuanto “las directivas no fueron expedidas por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, caso en el cual la Nación, se encuentra indebidamente representada en los precisos términos del artículo 149 del C.C.A., situación que configura además (...) ineptitud de la demanda por indebida notificación que debe ser decretada, aún de manera oficiosa” (se destaca).

La Sala advierte que aunque la nomine como “falta de legitimación en la causa por pasiva”, lo que el accionado en realidad está planteando es una supuesta indebida representación del demandado, como el propio texto lo precisa.

A este respecto conviene tener en cuenta que el presupuesto de la legitimación en la causa por pasiva se cumplió, en cuanto el actor dirigió la demanda contra la Nación, quien tiene vocación jurídica para obrar como demandada en este tipo de

⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias 35726 de 2010 y 34178 de 2011.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C 197 de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

procesos, donde el acto cuya legalidad se cuestiona fue proferido por varias de sus autoridades. Así lo previó de vieja data nuestro ordenamiento jurídico al reconocer que la Nación es una persona jurídica (artículo 80 Ley 153 de 1887), a la cual pertenecen múltiples entidades y dependencias de las distintas ramas del poder público.

Pero esa persona jurídica Nación está representada por diversos funcionarios de las distintas ramas del poder público que despliegan las tradicionales funciones públicas legislativa, administrativa y jurisdiccional y de los órganos autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado (*vgr.* las funciones públicas fiscalizadora y electoral), tal y como lo establece el artículo 149 del C.C.A. (modificado por el artículo 49 de la Ley 446 de 1998).

Nótese que no puede alegarse falta de legitimación por pasiva cuando la Nación es la entidad demandada, sino que lo que hay que determinar es cuál de sus dependencias o entidades está encargada de su representación judicial en una acción contenciosa particular y concreta.

Ahora, como lo explicó el Ministerio Público la “Presidencia de la República” está representada por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, lo que deja sin piso esta excepción.

En efecto, el inciso segundo del artículo 56 de la Ley 489 de 1998 prevé que la Presidencia de la República estará integrada por el conjunto de servicios auxiliares del Presidente de la República y su régimen será el de un Departamento Administrativo. A su vez, el Decreto 3443 de 2010, por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (DAPRE), establece que corresponde a esta entidad del sector central del orden nacional, asistir al Presidente de la República en su calidad de Jefe de Gobierno, Jefe de Estado y Suprema Autoridad Administrativa, en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales y que por ello le corresponde “prestarle el apoyo administrativo necesario para dicho fin” (Art. 1º).

Asimismo la norma en cita dispone que dicho Departamento tendrá como denominación abreviada “Presidencia de la República”, la cual “será válida para todos los efectos legales”. En concordancia con este mandato, el artículo 3º, al prever las funciones generales de ese Departamento Administrativo, ordena que a esta entidad le atañe organizar, dirigir, coordinar y realizar directamente si fuere el caso, las actividades necesarias que demande el Presidente de la República, para el ejercicio de las facultades constitucionales que le corresponde ejercer, con relación al Congreso y con la administración de justicia (numeral 1º).

Igualmente compete al DAPRE organizar, asistir y coordinar las actividades necesarias que demande el Presidente de la República, para el ejercicio de las facultades constitucionales que le corresponde ejercer como Jefe de Estado y suprema autoridad administrativa, y disponer lo necesario según sus instrucciones, para la eficiente y armónica acción del Gobierno (numeral 3º *eiusdem*).

En la misma línea, a ese Departamento Administrativo le corresponde apoyar al Presidente de la República en el estudio de la legalidad y conveniencia de los distintos actos legales, administrativos y reglamentarios de los cuales conozca el primer mandatario (numeral 6º *ibid.*).

No puede pasarse por alto la particular estructura del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, que con arreglo al artículo 5º del decreto en cita, tiene a la cabeza al “Despacho del Presidente de la República” y bajo éste se encuentra la “Dirección del Departamento”. Dependiendo directamente de la Dirección, se encuentra la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República. Dirección que cumple, entre otras funciones, la de asistir al Presidente de la República en el ejercicio de las funciones que le corresponde en relación con los poderes públicos (num. 4º) y “[r]epresentar legalmente al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República”.

En consonancia con estos preceptos, el artículo 12 *eiusdem* atribuye a la Secretaría Jurídica de la Presidencia la función de revisar, estudiar, formular observaciones y emitir conceptos sobre los proyectos de decretos, resoluciones ejecutivas y directivas presidenciales sometidas a consideración del Presidente de la República.

Congruente con este mandato, el Presidente de la República mediante el Decreto 2519 de 1998 delegó en el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, la facultad de notificarse, representar y conferir poderes en nombre del Presidente de la República, en todos los procesos judiciales que le sean notificados, en los que se constituya en parte y en general en todas las actuaciones que se surtan ante la rama judicial. A su vez, el Director del DAPRE mediante Resolución 2606 de 1994 delegó en el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República la facultad de conferir los poderes a los abogados que deban representar a la Nación-Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Actos administrativos que, por demás, fueron aportados al contestar la demanda por el propio apoderado (fls. 61 y 62).

Estas disposiciones reglamentarias reiteran -en términos generales y para los efectos que aquí importa establecer- lo que en su momento dispusieron los Decretos 1680 de 1991, 2719 de 2000, 127 de 2001, 2152 de 2003, 1247 de 2004 (norma que estaba vigente al momento en que se expidió la Directiva 03 de 2006 acusada) y 4657 de 2006 (vigente al momento en que se expidió la Directiva 02 de 2007).

De lo expuesto se concluye que está fuera de discusión que la Presidencia de la República, por mandato legal, está integrada por un conjunto de “servicios auxiliares” del Presidente de la República que están organizados como Departamento Administrativo.

Tampoco se puede cuestionar que esa entidad desconcentrada del orden nacional perteneciente al sector central (artículo 38 numeral 1º de la Ley 489 de 1998) en tanto presta apoyo administrativo al Presidente, lo asesora, por intermedio de su

Secretaría Jurídica, en la expedición de actos administrativos y reglamentarios que conozca éste (entre ellos la Directivas Presidenciales). Asimismo es incontestable que el DAPRE representa, a través de la Secretaría Jurídica de la Presidencia, al Presidente en todos los procesos judiciales.

Ahora, de admitir los razonamientos esbozados por la defensa, habría que concluir que o bien (i) los actos administrativos que expida el Presidente escaparían al control de legalidad, pues no habría entonces a quién notificar el auto admisorio de la demanda, ora (ii) que dicha entidad deja sólo al Presidente de la República en su accionar, y por ello debería representar judicialmente a la Nación en tanto es la persona de mayor jerarquía y por ello debería concurrir directamente a contestar todas y cada una de las demandas en las que la Presidencia de la República fuese parte. Conclusiones que, por su puesto, deben descartarse.

De lo que se deja dicho se desprende que no le asiste razón a la Secretaría Jurídica de la Presidencia en su escrito de defensa cuando alega una supuesta indebida representación del accionado, habida cuenta que el DAPRE fue concebido como un “un conjunto de servicios auxiliares del Presidente de la República” y es a través de él que se debe llevar a cabo la notificación de las demandas en que sea parte la Presidencia de la República. En consecuencia, se desestimaré esta excepción.

5. Las circulares expedidas en ejercicio de la potestad reglamentaria son actos administrativos

La Secretaría Jurídica de la Presidencia expuso que esta Corporación no es competente para conocer de la nulidad de las Directivas acusadas, por cuanto “estos documentos no son verdaderos actos administrativos susceptibles de demandarse” ya que no fueron expedidas en ejercicio de la potestad reglamentaria, ya que se “trata de órdenes internas del Presidente de la República a sus subalternos, para la debida ejecución de las leyes (...) que no tiene[n] la naturaleza jurídica del reglamento, pues se trata de directrices internas del jefe superior de la administración a los inferiores en un aspecto determinado de la

administración, razón por la cual (...) no adicionan ni complementar (sic) la ley de contratación, y por lo mismo no contradicen el artículo 84 de la C.P. ni la Ley 80 de 1993”.

Frente a lo afirmado por el accionado es preciso aclarar que: (i) la potestad reglamentaria no se reduce, como parece sugerirlo, a la expedición de decretos y (ii) las directivas o circulares expedidas en desarrollo de la potestad reglamentaria, en consecuencia, también son pasibles de control judicial.

Con arreglo a lo dispuesto por el numeral 11 del artículo 189 superior, corresponde al Presidente de la República, como Suprema Autoridad Administrativa, ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

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

Se trata de una regulación secundaria y limitada que aporta los detalles y pormenores de la ejecución de la ley y que convierte de esta suerte al ejecutivo en guardián de los mandatos del legislador⁸. Competencia que supone la expedición de actos administrativos (bien bajo la modalidad de decretos, ya como resoluciones, ora como órdenes o la denominación que quiera dársele) que tienen por finalidad exclusiva, como tiene determinado la jurisprudencia, hacer el enunciado abstracto de la ley para encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano real, vale decir, la cabal ejecución de ella⁹. No se olvide que, en consonancia con este mandato, el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 prevé que las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno tienen fuerza obligatoria.

⁸ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 11 de octubre de 1911.

⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C 557 de 1992, C 228 de 1993, C 4467 de 1996, C 028 de 1997, C 290 de 1997, C 350 de 1997, C 302 de 1999, C 805 de 2001, C 508 de 2002 y C 384 de 2003.

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

De otro lado, el inciso segundo del artículo 84 del C.C.A., al regular la acción de simple nulidad, prevé que también son pasibles de control judicial las circulares del servicio y como se explicará adelante, las dos directivas acusadas son mucho más que ello.

Si se admite lo expresado por el demandado bastaría con revestir de una forma distinta, un genuino acto administrativo reglamentario para así permitir que se evadiera su control en sede judicial, en clara rebeldía contra los postulados liberales que inspiran nuestra democracia constitucional.

Por lo demás, del mismo texto de las directivas presidenciales acusadas resulta palmario que constituyen genuinos actos administrativos:

5.1 El asunto también revela su carácter reglamentario. La Directiva Presidencial 03 de 2006 (parcialmente acusada) se refiere al ejercicio de la facultad nominadora, mientras que en la Directiva Presidencia 02 de 2007 (que adiciona a la primera y que está demandada en su integridad) se alude a los procesos de contratación de servidores del Estado.

5.2 Esta última señala sin ambages que “con el fin de contribuir a la profesionalización de la Administración Pública, a la transparencia en la contratación de servidores del Estado y al control ciudadano de los actos de la

administración” sus destinatarios, “a partir de la fecha”, “deberán atender la siguiente instrucción”. De esta suerte anuncia, sin asomo de duda, que el Presidente procede a ejercer la facultad de reglamentación que compete al Gobierno Nacional, según las voces del numeral 11 del artículo 189 constitucional.

5.3 Los cinco numerales de la Directiva Presidencial en comento se ocupan de “reglamentar” una serie de procedimientos para la celebración de los contratos de prestación de servicios profesionales, asesoría y consultoría:

(i) Publicación previa en la web tanto de la entidad correspondiente como del propio DAPRE;

(ii) Envío de las hojas de vida junto con determinados soportes con “la debida antelación” al DAPRE,

(iii) Plazo y objeto de la publicación en las páginas web: 3 días “para el reconocimiento de la ciudadanía y la formulación de observaciones al respecto”,

(iv) Evaluación positiva de los comentarios de la ciudadanía y

(v) Excepción de publicación de los contratos tratándose de procesos precedidos de licitación pública o contratación directa mediante invitación a personas indeterminadas.

De lo discurrido se advierte que no le asiste razón a la entidad accionada cuando asegura que las directivas presidenciales acusadas no fueron expedidas en ejercicio de la potestad reglamentaria y que ellas no tienen naturaleza jurídica de reglamento.

Por el contrario, el Presidente de la República al instruir a sus subordinados del sector central y descentralizado de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional, impartió una orden perentoria, de obligatorio cumplimiento, en ejercicio de lo previsto por el numeral 11 del artículo 189 Constitucional, así este precepto no aparezca citado como fundamento de las mismas.

Y no es jurídicamente sostenible que las directivas presidenciales no sean pasibles de control judicial, como indicó la entidad demandada. Los actos acusados, como se constata de su simple lectura, no son meras cartas de instrucción o simples circulares administrativas que imparten lineamientos sobre la mejor manera de cumplir unas normas, ni tampoco se contraen a reproducir lo decidido en otra norma que se encuentre vigente, sino que son contentivas de una verdadera decisión de la Administración que produce efectos jurídicos.

5.4 Las Directivas establecen claramente que sus destinatarios (subordinados del Presidente de la República por demás) “*deberán atender la siguiente instrucción (...)*”. Orden ejecutiva presidencial que se pone de presente por tres circunstancias concurrentes:

(i) Los destinatarios son todos subordinados de la Suprema Autoridad Administrativa;

(ii) El texto está redactado en modo imperativo, fórmula gramatical que expresa órdenes y mandatos;

(iii) Instrucción, que es el vocablo empleado por los actos acusados, significa, en su cuarta acepción, el conjunto de reglas o advertencias para un fin, acción de informar, que a su turno, en su tercera acepción, significa dar a conocer a alguien el estado de algo, informarle de ello, o comunicarle avisos o reglas de conducta¹⁰.

¹⁰ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, vigésima segunda edición, disponible en www.rae.es.

De modo que las directivas impugnadas no sólo contienen la manifestación de la voluntad de la Administración, sino que además no ocultan su vocación de producir efectos jurídicos, en cuanto crean una situación jurídica, que por sí misma y una vez en firme es vinculante para sus destinatarios y que fue expedida en ejercicio de la función administrativa.

5.5 El carácter regulatorio vinculante de las “directivas” impugnadas se evidencia, asimismo, en las eventuales consecuencias que se derivan de no acatar la “*instrucción*” Presidencial allí contenida. Si se admitieran los argumentos de la defensa, sería tanto como afirmar que las órdenes del Presidente de la República no se profieren para cumplirse y que los destinatarios tendrían opción de seguirlas o no.

Esa virtualidad de producir efectos jurídicos externos la pone de presente la redacción perentoria y enfática del acto administrativo general impugnado. Texto que dista, por cierto, de ser una simple admonición de carácter no vinculante para sus destinatarios.

Una conclusión se sigue de lo anterior: las Directivas Presidenciales 03 de 2006 y 02 de 2007 son auténticos y genuinos actos administrativos reglamentarios, en tanto tienen la aptitud de producir efectos jurídicos al crear una situación jurídica general, que vincula a los destinatarios de la misma.

Y resulta indubitable que no se está delante de unas simples circulares del servicio (que como ya se explicó también son pasibles de control en sede judicial), esto es, de una mera herramienta al servicio de la Administración, para que ésta guíe u oriente, en aras del cabal cumplimiento de los fines del Estado, de la prestación eficiente de los servicios públicos y en general, de la ejecución de la función administrativa con sujeción a los principios de economía, celeridad, eficacia, e imparcialidad, al tenor de los artículos 209 de la C. P. y 2 y 3 del C. C. A.

Contrario sensu, las Directivas atacadas desbordan los modestos propósitos informativos en tanto producen verdaderos efectos jurídicos, y por lo mismo son pasibles de revisión en esta sede judicial.

De ahí que no se tenga duda sobre el carácter de acto administrativo que revisten las Directivas impugnadas. Aunque el demandado trate de ocultar su verdadero alcance dando un aparente criterio informativo, es palmar que inequívocamente adoptan una decisión a todas luces vinculante para sus destinatarios y -por lo mismo- es clara la idoneidad del medio judicial escogido. De tiempo atrás se encuentra determinado por la jurisprudencia que:

“Una Circular de un funcionario Administrativo, así como puede contener un simple concepto o una recomendación, por ejemplo, o sea que no es una manifestación de la voluntad dirigida a producir efectos de derecho, es posible que contenga una decisión que se pretende sea acatada por las personas a quienes va dirigida. En el primer caso, que la coloca al margen de la categoría de los actos jurídicos, no es objeto de conocimiento por esta jurisdicción, ni por ninguna otra; en el segundo sí, puesto que constituye un acto decisorio de la Administración”.¹¹

Resulta incuestionable que las Directivas impugnadas constituyen un verdadero acto administrativo en tanto no se limitan a dar a conocer un criterio institucional sobre la manera de cumplir el ordenamiento jurídico. Aparece de bulto que ellas contienen una decisión, en tanto adoptan una prescripción que no tiene soporte en preceptos previos, así se intente desvirtuar ello esgrimiendo que son meras orientaciones sin valor jurídico alguno.

Carece de asidero pretender, como lo hace la entidad demanda, eludir el control judicial. A este propósito la Sala ratifica el criterio que de antaño ha sentado el Consejo de Estado:“(...) *si en las circulares de servicio, o con ocasión de ellas, se adoptan nuevas prescripciones, no comprendidas en disposiciones precedentes,*

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de abril 20 de 1983, Exp. 6273, C.P. Joaquín Vanín Tello.

se trata de actos administrativos ordinarios, que crean situaciones jurídicas, susceptibles de invalidarse por las causas generales.”¹²

Con toda razón, la Corporación ha dejado en claro que las Circulares pueden ser objeto de demanda ante la jurisdicción, cuando quiera que contengan una decisión emanada de una autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y de producir efectos vinculantes frente a los administrados, esto es, constituyan verdaderos actos administrativos:

“Las circulares o instrucciones que expide la administración para dar a conocer el pensamiento o política del Gobierno sobre determinada materia, tienen por objeto ilustrar tanto a los funcionarios públicos como a los administrados sobre una determinada gestión. Estas instrucciones, como la que se demanda, contienen un conjunto de reglas de carácter interno, emanadas del superior, expedidas en ejercicio de sus atribuciones legales y destinadas a los funcionarios de la administración para que ajusten determinada actividad a lo que en ellas se establece.

Expide entonces la administración en ejercicio de su función opiniones, interpretaciones o pareceres que se convierten en reglas, que vinculan a los particulares ante la Administración.

Si a través de tales actos, llámense instrucciones o circulares de servicio, la administración toma decisiones que afectan a los administrados en sus derechos sustantivos o procedimentales, esas decisiones, que obligatoriamente deben aplicar los funcionarios, (Decreto 2117 de 1992 artículos 12 literal d), 13 literal f), 57 literal a) y parágrafo, 76 parágrafo), constituyen verdaderos actos administrativos que no pueden ser excluidos de control de legalidad. Es por ello que el legislador las sometió expresamente a control de la jurisdicción en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo al establecer que:

‘Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos...’

‘...También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.’

¹² Consejo de Estado, auto de abril 23 de 1975.

Por ello no comparte la Sala la argumentación de la apoderada de la demandada en cuanto persigue que actos de este tipo escapen al control de la jurisdicción”¹³ (subrayas fuera de texto original).

En tal virtud, las Directivas Presidenciales impugnadas fueron expedidas en ejercicio de una función administrativa y la voluntad que en ellas se declara o expresa tiene efectos jurídicos sobre sus destinatarios y no se limitan a reproducir el contenido de otra norma vigente.

Reitera así la Sala el criterio de la Corporación en el sentido de que las Directivas Presidenciales son verdaderos actos administrativos, en tanto que contienen manifestaciones de voluntad administrativa dirigidas a producir efectos jurídicos¹⁴.

Por lo expuesto, resulta claro que las mismas son susceptibles de demanda en orden a procurar su nulidad (art. 84 del C.C.A.) ante esta jurisdicción, habida cuenta de su nítido, incontrovertible e incontestable carácter de acto administrativo.

6. Declaración oficiosa de incompetencia del órgano que expidió los actos acusados

La Secretaría Jurídica de la Presidencia solicitó que se profiriera un fallo inhibitorio “por encontrar que la directiva presidencial no tenía valor y efecto alguno, al no

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 29 de marzo de 1996, Rad. 7324, Actor: Ramiro Rodríguez López, Demandado: Dian, C.P. Julio Enrique Correa Restrepo. En sentido similar ver Sección Cuarta, sentencia de 22 de enero de 1987, Exp. 549 M.P. Hernán Guillermo Aldana Duque; Sección Primera, sentencia de 14 de octubre de 1999, Exp. 5064, M.P. Manuel Urueta Ayola; Sección Primera, sentencia de 3 de febrero de 2000, Exp. 5236, C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola; Sección Primera, sentencia de 10 de febrero de 2.000, Rad. 5410, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero; Sección Primera, sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente No. 3531, M.P. Olga Inés Navarrete Barrero; Sección Primera, sentencias de 6 de diciembre de 2001, Expediente No. 6063, C.P. Olga Inés Navarrete; Sección Primera, sentencia de 9 de mayo de 2002, Exp. 6604, C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola; Sección Tercera, sentencia de 27 de septiembre de 2006, Exp. 19142, M.P. Ramiro Saavedra Becerra; Sección Tercera, sentencia de 20 de febrero de 2008, Rad. 11001-03-26-000-2001-00062-01(21845), C.P. Myriam Guerrero de Escobar; Sección Primera, sentencia de 19 de marzo de 2009, Rad. 11001-03-25-000-2005-00285-00, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta y Sección Primera, sentencia de 4 de junio de 2009, Rad. 11001-03-24-000-2005-00284-01, C.P. Martha Sofía Sanz Tobón.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 26 de febrero de 2004, Rad. 11001-03-28-000-2003-0024-01(3132), C.P. Darío Quiñones Pinilla.

haber sido suscrita por el ministro o director de departamento administrativo respectiva” en los términos del artículo 115 C.P.

Al respecto es importante destacar que el inciso 4º del artículo 115 superior retoma, con una redacción equívoca, lo dispuesto por el artículo 30 del Acto Legislativo No. 01 de 1945¹⁵, al prever que ningún acto del Presidente tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el ministro del ramo respectivo o por el director del departamento administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se hacen responsables.

La norma prevé como excepciones: (i) el nombramiento y remoción de ministros y directores de departamentos administrativos, (ii) aquellos expedidos en su calidad de jefe del Estado y (iii) y de suprema autoridad administrativa. Los dos primeros eventos no ofrecen ninguna dificultad. Sin embargo el tercero supondría -de aplicarse literalmente la norma- que el ejercicio de la potestad reglamentaria presidencial sería exceptuado de la regla que se pretende establecer. Lo cual sería absurdo.

Por ello, interpretada sistemáticamente con el resto del artículo en comento que define al Gobierno Nacional, como formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos, hay que concluir que no pueden exceptuarse los actos del Presidente cuando ejerce -como quedó establecido en este evento- la potestad reglamentaria.

Esta interpretación es congruente con lo dispuesto por el mismo precepto en los incisos anteriores. En efecto, aunque el inciso 1º del artículo 115 constitucional establece que el Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa, el inciso 2º matiza esta premisa.

¹⁵ Incorporado al artículo 57 de la Carta de 1886.

El inciso segundo morigeró este enunciado al disponer que el Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. A su turno, el inciso 3º agrega que el Presidente y el ministro o director de departamento correspondiente, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.

La potestad reglamentaria es, en efecto, una **expresión genuina de la función administrativa**, toda vez que la función esencial del órgano administrativo es la de ejecutar las leyes¹⁶. Así lo ha sostenido en forma reiterada la jurisprudencia, al estimar que mediante la potestad reglamentaria se provee a la cumplida ejecución de las leyes: El reglamento ejecuta la ley, lleva a la práctica de los negocios el pensamiento del Congreso¹⁷. De ahí que las providencias que se dicten en ejercicio de la potestad reglamentaria deban estar encaminadas a la cumplida ejecución de las leyes¹⁸.

En efecto, la función administrativa es, como lo tiene determinado la jurisprudencia administrativa, en esencia la acción del Estado dirigida a la ejecución del derecho creado en la Constitución Nacional y en los ordenamientos inferiores y la actividad reglamentaria es el ejercicio de esa función en cuanto da vida práctica y pone en movimiento ese derecho, y por ello, el Órgano Administrativo, aún a falta de texto que lo autorice, tiene por derecho propio el poder reglamentario¹⁹.

Cuando el Presidente y su Ministro o Director de Departamento respectivo, ejercen la función reglamentaria y al efecto expiden las órdenes, decretos y resoluciones que sean necesarias para la cumplida ejecución de las leyes, está dando -como ha dicho de antaño esta Corporación- la pauta que debe seguirse por parte de la Administración Pública al ejercer sus poderes para la reglamentación de materias

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 17 de febrero de 1962, Anales, tomo LXIV, núms. 397-398, p. 188. En sentido similar *vid.* Corte Suprema de Justicia, sentencia de 24 de julio de 1942, G.J. t. 53, p. 573.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 21 de noviembre de 1919, G.J. t. 27, p. 179. En sentido similar sentencia de 26 de junio de 1940, G.J. t. 49, p. 466 y ss.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 10 de agosto de 1937, G.J. t. 45, p. 210.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 10 de octubre de 1962, C.P. Carlos Gustavo Arrieta.

legales, la cual debe ser, como el mismo texto lo dice, *necesaria*. De tal suerte que si el reglamento no precisa para la cumplida ejecución de las leyes, éste sobra, y si la ley es suficientemente clara y no necesita del reglamento que la desarrolle, sin exceder su contenido legislativo, también está por demás la expedición del reglamento que le dé dinamismo a la norma superior²⁰ (se destaca).

Desde hace mucho tiempo la jurisprudencia reconoce que el poder reglamentario es una **facultad propia de la administración** que está subordinada a la ley y por ello es limitada: el reglamento nunca puede ser sustituto de la ley. Esta clara situación se deriva de la garantía constitucional de la separación de las ramas del poder público, sin la cual el Estado de Derecho que también se denomina como imperio de la ley sería imposible de concebir y, sin él, naufragaría la libertad individual. El reglamento es, entonces, el instrumento natural de la administración para que la ley se cumpla pero no para que la sustituya²¹.

Atribución reglamentaria que supone, como ha indicado la Corte Constitucional, la expedición de un **acto administrativo** que hace real el enunciado abstracto de la ley para encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano real²². Y si bien el numeral 11 del artículo 189 radica en cabeza del Presidente de la República, éste debe ejercerla en tanto potestad administrativa en asocio con los ministros o directores de departamentos administrativos, según el caso, en tanto unos y otros son –por mandato del artículo 208 superior- jefes de la administración en sus respectiva dependencia.

Así lo ha entendido de vieja data esta Corporación, al referirse a los titulares del poder reglamentario:

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de mayo 5 de 1970, C.P. Arango, Anales Nos. 425 y 426, 1970, p. 67.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 24 de mayo de 1973, exp. 2226, C.P. Miguel Lleras Pizarro.

²² Corte Constitucional, sentencia C 350 de 1997. En sentido similar ver sentencias C 557 de 1992, C 228 de 1993, C 447 de 1996, C 028 de 1997, C 290 de 1997, C 302 de 1999, C 805 de 2001, C 508 de 2002, C 530 de 2003C 1005 de 2008

“En primer término lo es el Presidente de la República (...) Esta facultad [la potestad reglamentaria] sin embargo, no puede ejercerla sin refrendación del Ministro o del Jefe de Departamento Administrativo correspondientes. El Ministro o el Jefe del Departamento Administrativo que hayan de refrendar el reglamento los escoge el Presidente aunque lo ordinario, por la especialidad de los servicios públicos que particularmente dirige cada Ministro y cada Jefe de Departamento (...)”²³ (subrayas fuera de texto original).

Y aunque la jurisprudencia reconoce que la potestad reglamentaria tiene origen constitucional y que por mandato de la Carta, le compete al Presidente de la República, ha indicado que no podrá desarrollarla con prescindencia del Ministro o Jefe del Departamento Administrativo del ramo correspondiente porque si así lo hiciera el acto no tendrá valor ni fuerza alguna, o en otros términos, que esas facultades deben ser ejercidas **por el Gobierno** y sólo por éste²⁴ (se destaca).

En el mismo sentido, esta Corporación ha observado que la Constitución le confiere al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, la potestad reglamentaria que debe ejercer conjuntamente con el Ministro o el Jefe de Departamento Administrativo correspondiente.²⁵

Y es el Gobierno, y no sólo el Presidente de la República, quien tiene a su cargo la expedición del **reglamento administrativo**, como una necesidad indispensable para ejecutar la ley y velar porque ella tenga la aplicación y operancia completas que quiso el legislador²⁶. En este sentido se ha pronunciado esta Corporación en jurisprudencia inveterada:

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de mayo 24 de 1973, CP Miguel Lleras Pizarro.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de octubre 29 de 1976, exp. 2324 y 2338, CP Carlos Betancur Jaramillo. En sentido similar, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de abril 25 de 1970, C.P. Hernando Gómez Mejía; Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 10 de octubre de 1962, CP Carlos Gustavo Arrieta; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 24 de septiembre de 1991, exp. S 050, CP Clara Forero de Castro.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de abril 9 de 1976, C.P. Carlos Galindo Pinilla. En sentido similar se pronunció posteriormente al ratificar que al Presidente de la República “como suprema autoridad administrativa” le corresponde el ejercicio de la potestad reglamentaria *vid.* Sección Primera, sentencia de 29 de agosto de 1978, CP Mario E. Pérez; Sección Primera, Auto de 11 de julio de 1980, exp. 3351 C.P. Mario Enrique Pérez Velazco.

“Es potestad [la reglamentaria] tiene por finalidad obtener la ‘cumplida ejecución de las leyes’. Esta función se cumple por medio de los llamados decretos reglamentarios que tienen por objeto hacer eficaz, activa, plenamente operante la norma superior de derecho, pero nada más que eso. No puede el Gobierno, so pretexto de ejercer dicha potestad, introducir normas nuevas, preceptos que no se desprenden de las disposiciones legales, que no estén implícitos en ellas, reglas que hagan más gravosas para los particulares sus obligaciones, o que restrinjan sus derechos (...)”²⁷

La norma en cita prevé, entonces, **la refrendación ministerial** como mecanismo para atemperar el presidencialismo que signa el sistema de gobierno colombiano. La Constitución obliga de manera contundente a que el ejercicio de la potestad reglamentaria presidencial sea suscrita y comunicada por el ministro del ramo respectivo o por el director del departamento administrativo correspondiente. Refrendación que está concebida, además, para hacerlos responsables por la medida reglamentaria que se adopte.

En palabras del profesor Vidal Perdomo, la condición de ejecutivo monocrático hace que las funciones principales estén asignadas al Presidente y no en forma directa a los ministros o a alguno de ellos, toda vez que éstos colaboran en las funciones presidenciales según las materias, refrendando con su firma, y dando lugar a lo que en el derecho colombiano (C.N., Art. 115) se denomina *gobierno*, es decir, la actuación del Presidente y del ministro o ministros, según el caso, que deben tomar determinada decisión según el ramo²⁸.

Por esta razón no hay lugar a un fallo inhibitorio, que en últimas entrañaría en casos como éste no solo una negación del derecho fundamental de acceso a la

²⁶ Corte Suprema de Justicia, sentencia de marzo 27 de 1942, G.J. t. 52, p. 577.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de junio 19 de 1975, C.P. Eduardo Aguilar Vélez. En otras providencias, también se resalta que es una atribución del “Gobierno”, *cfr.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Auto de 17 de febrero de 1962, C.P. Carlos Gustavo Arrieta, Anales, 1962, Tomo 64, p. 188.

²⁸ Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas*, Ed. Legis, 8ª. Ed., Bogotá, 1999, p. 178.

justicia (artículo 229 C.P.) sin asidero legal alguno, sino también una “autorización” para infringir la Constitución y la ley impunemente. Se corrige así el criterio sentado en oportunidad precedente, por esta Corporación y que invocó el accionado, como fundamento para que no haya decisión de fondo²⁹.

Ahora, encuentra la Sala que como los actos reglamentarios acusados no están suscritos por el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, como lo ordena el artículo 115 superior, es preciso decretar su expulsión del orden jurídico en atención a la abierta violación de la Constitución.

En efecto, la **incompetencia absoluta** del órgano administrativo, con ocasión de la usurpación de las atribuciones que por mandato constitucional o legal corresponde a otra autoridad, o como en este caso –tratándose del ejercicio de la potestad reglamentaria- que han de ejercerse conjuntamente con otra, **es sin duda una de las formas de ilegalidad más grave** que puede ostentar un acto administrativo. Esta circunstancia -que no puede pasar por alto la Sala así no haya sido alegada por el actor- entraña la infracción manifiesta de uno de los principios medulares de todo Estado de Derecho: el de legalidad.

Conforme a este postulado, a los servidores públicos les está vedado extralimitarse en el ejercicio de sus funciones (preámbulo, arts. 6, 121, 122 y 123 constitucionales), normas de distribución de competencia que por lo mismo revisten el carácter de orden público y que cuando son inobservadas acarrearán que se desvanezca la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos expedidos con desconocimiento de las mismas.

A este propósito el profesor Rivero sostiene que de todas las formas de ilegalidad, el vicio de incompetencia *“es la más grave: los agentes públicos no tienen poder sino con fundamento y en los límites de los textos que fijan sus atribuciones; más*

²⁹ “De conformidad con el inciso segundo del artículo 57 de la Constitución Política, vigente cuando fue expedida la Directiva Presidencial, ‘ningún acto del presidente, excepto el de nombramiento y remoción de ministros y jefes de departamentos administrativos,’ tenía valor ni fuerza alguna mientras no fuera refrendado y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el jefe del departamento administrativo correspondiente.

Como se puede observar fácilmente a folios 31 a 34, aludida (sic) directiva solo fue suscrita por el Presidente de la República, sin que hubiera sido refrendada por el respectivo Ministro o Jefe de Departamento Administrativo, por lo cual debe concluirse que a la luz del referido precepto constitucional, el referido acto en momento alguno tuvo fuerza jurídica, y en tales circunstancias no puede la Sala hacer el estudio necesario para establecer si tiene o no carácter normativo superior, respecto del acto acusado, como lo afirma el demandante.”: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de septiembre 7 de 1992, Rad. 4871, Actor: Jose Vicente Yunda Ramos, Demandado: Tribunal Administrativo de Bolívar, C.P. Joaquín Barreto Ruiz (subrayas fuera de texto). En sentido idéntico, Sección Segunda, sentencia de 7 de septiembre de 1992, Rad. 4880, CP Barreto Ruiz.

allá, ellos dejan de participar en el ejercicio de la potestad pública. Es por ello que las competencias son de orden público: la incompetencia debe ser declarada de oficio por el juez, incluso si el demandante no la ha invocado con apoyo a su demanda".³⁰ (subraya la Sala)

La magnitud de la irregularidad autoriza al fallador para destruir la presunción de legalidad que acompaña al acto administrativo, y en consecuencia **invalidarlo oficiosamente** cuando en el ejercicio de las acciones pertinentes los interesados no hayan invocado esta agresión grosera y brutal al orden jurídico, que desborda todos los límites de la legalidad, resultante de la usurpación de atribuciones que competen a otras autoridades, o -como en el *sub lite*- que deban ejercerse conjuntamente con otras, aún si éstas son subalternas.

Expresado en otros términos, cuando el funcionario obra por fuera de sus atribuciones como **vía de hecho** que es, se permite su declaratoria oficiosa por el juzgador, aún y a pesar de que el actor no la haya invocado en su escrito de demanda, dada la naturaleza de orden público de las normas atributivas de competencia y por lo mismo constituye el vicio más grave de todas las formas de ilegalidad³¹. Vicio de incompetencia que además "*no puede ser subsanado por la aprobación posterior de la autoridad competente, ni ésta puede renunciar a ella en beneficio de un administrado (...) Tampoco puede ser la competencia objeto de convención entre las partes ni modificarse, en principio, por razones de urgencia*".³²

En el *sub lite* el Presidente de la República ejerció, como ya se indicó, la potestad reglamentaria de que trata el numeral 11 del artículo 189 superior sin que los actos aparecieran refrendados por el director del DAPRE, como lo ordena el artículo 115 superior. **Incompetencia *ratione materiae*** que configura una vía de hecho por ejercicio de funciones que han de ejercerse con otra autoridad y que, por lo mismo, impone el pronunciamiento anulatorio oficioso por parte del juez administrativo.

³⁰ Rivero, Jean, *Derecho Administrativo*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p. 274.

³¹ Así lo ha señalado la Sala en otras ocasiones, *vid.* Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia del 16 de diciembre de 1994, Exp. 7879, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia de mayo 11 de 1999, Exp. 10.196, C.P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 16 de febrero de 2006, Rad. 13001-23-31-000-1988-07186-01(13414), C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia de 25 de febrero de 2009, Rad. 73001-23-31-000-1997-05889-01(16493) y sentencia de 15 de abril de 2010, Rad. 76001-23-31-000-1995-01791-01(18292), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³² Betancur Jaramillo, Carlos, *op. cit.*, pp. 218 y 219.

No obstante lo anterior, y aunque la declaración oficiosa de la nulidad de las circulares impugnadas por ausencia de competencia del órgano y que está acreditada en el proceso (a fls.14 y 15 obra copia auténtica de las Directivas Presidenciales censuradas y en ellas se aprecia que aparece sólo la firma del Presidente de la República), relevaría a la Sala de hacer un pronunciamiento sobre el contenido y expedición de los actos acusados, estima conveniente pronunciarse sobre lo allí reglamentado, en tanto también se evidencia una *ilegalidad rampante* que es preciso censurar, como –de hecho- ya se hizo al suspender provisionalmente los actos acusados.

7. Estudio de la censura: Exceso de la potestad reglamentaria

El actor sostuvo que con las medidas adoptadas por el Ejecutivo no sólo se establecieron más requisitos para contratar que los dispuestos por la ley, con lo cual se extralimitó la potestad reglamentaria y se infringió el artículo 84 constitucional, sino que además se entró a invadir las competencias de dirección y contratación de quienes son los destinatarios de la Directiva Presidencial, haciendo nugatoria su facultad de selección objetiva establecida en la Ley 80 de 1993 y traspasando ampliamente lo preceptuado por el artículo 25 numeral 15 de la Ley 80 de 1993.

La Sala reitera lo expuesto al decidir la suspensión provisional de los actos demandados, en el sentido de que la actividad de contratación de las entidades estatales se encuentra regulada de manera general por las disposiciones legales que integran el Estatuto de Contratación de la Administración Pública (conformado básicamente por las Leyes 80 y 1150).

En virtud de la prohibición contenida en el aludido artículo 84 de la Carta le está vedado a toda autoridad -incluido el Presidente de la República- agregar requisitos, exigencias o trámites para la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales, asesoría y consultoría, como aquellos a los cuales hacen referencia las demandadas Directivas Presidenciales 03 de 2006 y 02 de 2007,

ninguno de ellos consagrados, previstos o siquiera autorizados por las referidas normas legales que han regulado de manera general la materia.

Revisado el contenido normativo del Estatuto de Contratación no se encuentra que la Ley 80, ni su modificación prevista en la Ley 1150, prevean en modo alguno los siguientes requisitos que exige la Directiva Presidencia 003 de 2007: (i) Publicación previa en la web tanto de la entidad correspondiente como del propio DAPRE; (ii) Envío de las hojas de vida junto con determinados soportes con “la debida antelación” al DAPRE, (iii) Plazo y objeto de la publicación en las páginas web: 3 días “para el reconocimiento de la ciudadanía y la formulación de observaciones al respecto” (iv) Evaluación positiva de los comentarios de la ciudadanía y (v) Excepción de publicación de los contratos tratándose de procesos precedidos de licitación pública o contratación directa mediante invitación a personas indeterminadas.

No obstante, las directivas presidenciales impugnadas, en franca rebeldía con el artículo 84 de la Constitución exigen permisos o requisitos adicionales a los que determinó en forma general el legislador. Como lo advirtió el actor, sólo la ley está llamada a disponer las reglas y principios que rigen los contratos administrativos (Arts. 150 *in fine* superior y 1º de la Ley 80).

Asimismo, los actos censurados infringieron también lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 25 de la Ley 80 que, al regular el principio de economía, dispuso que las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos por la ley.

Tal y como se indicó al no reponer la suspensión provisional decretada, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 84 C.P. le está vedado a toda autoridad agregar requisitos, exigencias o trámites para la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales, asesoría y consultoría, como aquellos a los cuales hacen referencia las demandadas Directivas Presidenciales 03 de 2006 y 02 de 2007. Ninguno de los cuales fue previsto o siquiera autorizado

por las referidas normas legales que han regulado de manera general la contratación estatal.

No debe perderse de vista que la **potestad reglamentaria**, que atañe al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, está concebida por el ordenamiento constitucional vigente³³ bajo una **concepción eminentemente finalística**: *“para la cumplida ejecución de las leyes”* (Art. 189.11 CP).

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

Lo anterior indica que al expedir las directivas impugnadas no era posible establecer requisitos adicionales para la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales, asesoría y consultoría, ya que la atribución reglamentaria no llega al punto de habilitar al Gobierno para modificar, adicionar o interpretar leyes.

De antaño tiene establecido nuestra jurisprudencia que por medio de dicha potestad **el ejecutivo no se convierte en legislador**, sino en guardián de los mandatos del legislador³⁴, de suerte que si lo hace, se arroga una facultad que no tiene y en consecuencia sus actos están viciados de nulidad.

³³ Dicho criterio era también el que adoptó la Constitución de 1886 en su artículo 120 numeral 3°.

³⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 11 de octubre de 1912, XXI, 159, auto de 2 de noviembre de 1916, XXVI, 35.

Síguese de todo lo anterior que merced a la ilegalidad manifiesta de las Directivas Presidenciales 03 de 2006 y 02 de 2007 demandadas, dichas disposiciones reglamentarias contradicen y alteran el alcance de lo dispuesto por el legislador, por tanto serán anuladas, dada su evidente contradicción con lo dispuesto por los artículos 84, 150 *in fine* y 189. 11 constitucionales, lo mismo que por el artículo 1º y el numeral 2º del artículo 25 de la ley 80 de 1993.

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

F A L L A

PRIMERO.- DESESTÍMANSE las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda y falta de legitimación en la causa por pasiva.

SEGUNDO.- DECLÁRANSE NULAS las Directivas Presidenciales 03 de agosto 4 de 2006 y 02 de febrero 23 de 2007.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Presidenta

RUTH STELLA CORREA PALACIO

DANILO ROJAS BETANCOURTH