



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

Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

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

Actor: NAVIS ALBERTO FLÓREZ LEÓN

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

Medio de control: NULIDAD SIMPLE

Procede el Despacho a pronunciarse sobre una medida cautelar deprecada por la parte demandante.

ANTECEDENTES

1.- En escrito del 4 de noviembre de 2015 el ciudadano Navis Alberto Flórez León solicitó, en ejercicio del medio de control de simple nulidad, se declarara la nulidad del artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015 *“por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”* dictado por el Departamento Nacional de Planeación.

En escrito separado de la misma fecha solicitó se decretara la suspensión provisional de efectos jurídicos del aparte demandado.



Expediente: 11001-03-26-000-2015-00165-00 (55813)
Navis Alberto Flórez León c. Nación – Presidencia de la República y Departamento Nacional de Planeación
Medio de Control: Nulidad Simple

2.- Mediante auto de 1° de diciembre de 2015 el Despacho admitió la demanda ordenando su notificación personal a las demandadas, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado concediendo el término establecido por la Ley para su contestación.

3.- Mediante providencia de la misma fecha se corrió traslado a la parte demandada por el término de cinco (5) días de la solicitud de medida cautelar elevada por la parte accionante (fl 17, cdno cautelares).

Dentro de la oportunidad la Nación – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Departamento Nacional de Planeación – DNP manifestaron su oposición a la cautela deprecada (fl 20-25 y 31-33, cdno cautelares).

4.- Mediante auto de 17 de febrero de 2016 (fl 36, cdno cautelares), se fijó el 29 de febrero a las 2.30 p.m como fecha y hora para celebrar la audiencia preliminar en donde se escucharán las alegaciones de las partes sobre la medida cautelar peticionada. En el curso de dicha actuación las partes e intervinientes expusieron oralmente sus argumentos en torno a la medida cautelar pedida.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia

1.1.- Es competente esta Corporación para conocer del presente asunto comoquiera que se enmarca dentro del supuesto normativo del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su numeral primero, al prescribir que el Consejo de Estado conocerá *“por intermedio de sus*



Expediente: 11001-03-26-000-2015-00165-00 (55813)
Navis Alberto Flórez León c. Nación – Presidencia de la República y Departamento Nacional de Planeación
Medio de Control: Nulidad Simple

Secciones, Subsecciones o Salas especiales (...) 1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional o por personas de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden”.

De esta manera, al verificarse que la acción contenciosa adelantada corresponde a una petición de nulidad de un acto administrativo general dictado por una entidad del orden nacional – Departamento Nacional de Planeación–, se concluye que la competencia para tramitar y decidir el *sub lite* corresponde a esta Corporación.

1.2.- Igualmente, es competente este Despacho para proferir la decisión sobre la medida cautelar solicitada en atención a que el presente asunto es un juicio contencioso adelantado en única instancia ante el Consejo de Estado, razón por la cual se hace aplicable la excepción establecida en el artículo 125 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹.

2.- La audiencia preliminar convocada.

2.1.- Mediante los autos de 1° de diciembre de 2015 este Despacho admitió la demanda y ordenó correr traslado a las demandadas de la solicitud de medida cautelar. En estas mismas providencias (especialmente en el auto admisorio) se hizo referencia a la convocatoria a las partes a una audiencia preliminar en la cual el Magistrado Ponente, con asistencia de las partes del proceso, escuchó los argumentos jurídicos de cada uno de ellos.

2.2.- Sobre esto, el Despacho encuentra suficientemente justificado y acorde al ordenamiento jurídico la convocatoria a esta audiencia preliminar. El acto de

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 125. Será competencia del juez o magistrado ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite, sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la Sala, excepto en los procesos de única instancia. (...)



escuchar a las partes en audiencia se ajusta el principio de tutela judicial efectiva², ya que constituye una oportunidad para que el Juez comprenda las posiciones jurídicas de cada una de las partes; la intermediación garantiza el ejercicio imparcial³

² Corte Constitucional, sentencia C-318 de 30 de junio de 1998: “[...] El derecho a una tutela judicial efectiva, aparece, entre otras cosas, la posibilidad de acceder en condiciones de igualdad y sin obstáculos o barreras desproporcionadas, a un juez o tribunal independiente e imparcial, frente al cual se pueda acometer, libremente, la plena defensa los derechos o intereses propios a fin de obtener, dentro de un plazo razonable, la debida protección del Estado. Es un derecho de naturaleza prestacional, pues exige la puesta en obra del aparato estatal con miras a su realización. En este sentido, debe afirmarse que se trata de un derecho de configuración legal y, en consecuencia, depende, para su plena realización, de que el legislador defina los cauces que permitan su ejercicio”. Corte Constitucional, sentencia C-426 de 2002: “[...] [e]l artículo 229 de la Constitución Política consagra expresamente el derecho de acceso a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, el cual se traduce en la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. Por su intermedio, se le otorga a los individuos una garantía real y efectiva, previa al proceso, que busca asegurar la realización material de éste, previniendo en todo caso que pueda existir algún grado de **indefensión** frente a la inminente necesidad de resolver las diferencias o controversias que surjan entre los particulares -como consecuencia de sus relaciones interpersonales-, o entre éstos y la propia organización estatal” [puede verse también, sentencia C-207 de 2003]. Corte Constitucional, sentencia T-247 de 10 de abril de 2007: “[...] El derecho a la tutela judicial efectiva comprende no solo la posibilidad que se reconoce a las personas, naturales o jurídicas, de demandar justicia ante las autoridades judiciales del Estado, sino, también, la obligación correlativa de éstas, de promover e impulsar las condiciones para que el acceso de los particulares a dicho servicio público sea real y efectivo. Así, ha dicho la Corte que “[n]o existe duda que cuando el artículo 229 Superior ordena ‘garantiza[r] el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia’, está adoptando, como imperativo constitucional del citado derecho su efectividad, el cual comporta el compromiso estatal de lograr, en forma real y no meramente nominal, que a través de las actuaciones judiciales se restablezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se estiman violadas.” De este modo, el derecho de Acceso a la Administración de Justicia permite alentar a las personas la expectativa de que el proceso culmine con una decisión que resuelva de fondo las pretensiones. Para ello es necesario que el juez adopte las medidas de saneamiento que sean necesarias para subsanar los vicios que puedan impedir una decisión de fondo”.

³ Corte Constitucional, sentencia C-361 de 2001: “[...]”Dentro de los principios que rigen la actividad jurisdiccional, los de independencia e imparcialidad de los jueces son determinantes para el logro de los objetivos de realización del orden justo que es fundamento del Estado. Sobre la imparcialidad, ha señalado que ésta “se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (Art. 13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial.” Los principios de independencia e imparcialidad judicial, garantizan a los ciudadanos que el juez tendrá un juicio libre, no sometido a presiones de ninguna índole, con lo cual se asegura la primacía del orden social justo. Por ello, quien juzga no puede estar afectado por ningún tipo de interés personal, ni sujeto a presiones de ninguna clase. Tal es el fundamento de la institución de los impedimentos y recusaciones dentro de los procesos judiciales”. Corte Constitucional, auto 091 de 2003: “[...] La garantía de imparcialidad, que constituye un elemento definitorio de la actividad judicial, impone que la autoridad competente para resolver un asunto se encuentre ajena a toda circunstancia que pueda llegar a viciar su decisión, que desmejore el grado de objetividad que su función le exige, o que revele la verosimilitud de involucrar elementos subjetivos, extraños al recto cumplimiento de sus obligaciones institucionales”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 22 de noviembre de 2005, caso Palamara Iribarne vs. Chile:



de la administración de justicia y el principio de igualdad sustancial y procesal de las partes, dado que los involucrados en el litigio tendrán oportunidad de exponer oralmente, pero de manera directa ante el Juez, las razones de derecho y fácticas que sirven de sustento a sus posiciones jurídicas frente a la medida cautelar, y les impone el ejercicio de las cargas de la argumentación a cada uno de ellos; y, por último, la convocatoria a esta audiencia preliminar deviene en útil, también, por el hecho que a través de esta se permite a todos los intervinientes en el proceso contencioso dilucidar cuestiones técnicas o jurídicas especializadas. Se trata, pues, de cumplir con los mandatos constitucionales consagrados en los artículos 1, 2, 29 y 229, así como aquellos convencionales establecidos en los artículos 8.1⁴ y 25⁵ de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 14⁶ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2.3.- Resta entonces, recordar lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-713 de 2008, cuando afirmó que: “que la oralidad en la administración de justicia se concibe como una norma que tiene la estructura de principio.”, mientras que la sentencia C-124 de 2011 precisó que la *“audiencia oral está precedida de garantías que, si bien tienen raigambre procesal, son parte integrante de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Estas garantías refieren a*

[...]146. La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia”. Informe No. 17/94, Guillermo Maqueda, Argentina, OEA/Ser. L/V/II.85, Doc. 29, 9 de febrero de 1994, párr. 28: “[...] supone que el Tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso sub iudice”

⁴ Artículo 8.1. “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

⁵ “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”

⁶ “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con todas las garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.



la intermediación, la concentración y la publicidad.”. Así, las mencionadas finalidades que se persiguen con la realización de la audiencia preliminar convocada por el Despacho⁷ cumplen con las garantías constitucionales y convencionales señaladas.

2.4.- Dicho lo anterior, pasa el Despacho a abordar la solicitud de suspensión provisional solicitada.

2.1.- Los artículos 229 y siguientes del CPAyCA instituyen un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares aplicables en aquellos casos en que se consideren *“necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”*, conforme a las notas del mismo artículo, de donde se infiere que la institución cautelar es una manifestación legislativa de la garantía de efectividad del derecho al acceso a la administración de justicia⁸⁻⁹; comoquiera que

⁷ A esta argumentación se debe adicionar lo establecido en el inciso segundo del artículo 4º de la Ley 270 de 1996 que establece: “Las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos.”

⁸Al respecto la jurisprudencia ha sostenido que: 5.2. La Corte Constitucional ha señalado en repetidas oportunidades que las medidas cautelares tienen amplio sustento en el texto de la Constitución Política, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal (CP arts. 13, 228 y 229). Han sido previstas como aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, un derecho que está siendo controvertido dentro de ese mismo proceso, teniendo en cuenta el inevitable tiempo de duración de los procesos judiciales.” Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 2009. En el mismo sentido C-490 de 2000.

⁹ “4. (...) el propósito de las medidas provisionales, en los sistemas jurídicos nacionales (derecho procesal interno) en general, es preservar los derechos de las partes en controversia, asegurando que la ejecución de la sentencia de fondo no se vea obstaculizada o impedida por las acciones de aquéllas, *pendente lite*”.

5. (...) en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no sólo cautelar, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas. Siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo⁹.”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de 22 de septiembre de 2006. Solicitud de medidas cautelares por parte de la Comisión IDH respecto de la República de Colombia a favor de Mery Naranjo y otros. En el mismo sentido véase: Caso Del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel De Yare). Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 Marzo de 2006, considerando cuarto; Caso Del Internado Judicial De Monagas (“La Pica”). Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de enero de 2006, considerando cuarto.



pretende evitar que la duración del proceso afecte a quien que acude a la jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda “*la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón*”¹⁰.

2.2.- El anterior aserto se sustenta en que a través de la tutela cautelar se protege de manera provisional e inmediata una posición jurídica en concreto (bien sea particular o general) que es objeto de litigio ante la jurisdicción contenciosa administrativa y que encuentra en entredicho su ejercicio a plenitud en razón a la amenaza que supone, en general, la acción de la administración pública, bien sea a partir de una decisión administrativa, una acción u omisión, etc.; por citar algunas manifestaciones particulares del accionar de la administración. En otras palabras, al decir de Schmidt-Assmann, con la tutela cautelar “se pretende evitar “hechos consumados” y, así garantizar la temporalidad de la tutela judicial, aunque sólo sea de forma provisional.”¹¹.

2.3.- Avanzando en la tipología desarrollada por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se diferencia entre medidas cautelares *preventivas*, tendientes a operar como una suerte de acción impeditiva para que no se pueda consolidar una afectación a un derecho; *conservativas* que buscan mantener o salvaguardar un *statu quo ante*; *anticipativas*, en donde se pretende satisfacer por adelantado la pretensión perseguida por el demandante, mediante una decisión que propiamente correspondería al fallo que ponga fin al proceso y que se justifica en tanto que de no adoptarse se incurriría en un perjuicio irremediable para el actor, y de *suspensión* que corresponde a la medida tradicional

¹⁰CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di dirittoprocessoalecivile, Edit. Jovene, 1960, vol. 1. P. 147.

¹¹ SCHMIDT- ASSMANN Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objetos y fundamentos de la construcción sistemática, Madrid, Barcelona, Marcial Pons - INAP, 2003, p. 237.



en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.

2.4.- Es preciso resaltar que el Código no establece un *numerus clausus* de medidas cautelares, se trata de un sistema innominado de medidas con el que se persigue adoptar unas decisiones inmediatas de cualquier tipo con el fin de responder a las necesidades que demande una situación específica, lo que se corrobora con una revisión al artículo 230 que establece que se puede “ordenar que se mantenga la situación...”, “suspender un procedimiento o actuación administrativa...”, “suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo”; hasta “ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos”, inclusive “impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”.

2.5.- Por último, la Sala pone de presente el carácter decididamente autónomo de la tutela cautelar a través de las denominadas “medidas cautelares de urgencia”, establecidas en el artículo 234 del Código y con las que se procura la adopción de una medida provisional de manera inmediata, en donde – dada la situación de inminente riesgo de afectación de los derechos del interesado – se prescinde del trámite de notificación a la contraparte y puede ordenarse la misma, inclusive, de manera previa a la notificación del auto admisorio de la demanda (conforme al artículo 229 del Código).

2.6.- Esta disposición constituye una protección reforzada al derecho convencional de toda persona de contar con un recurso judicial efectivo en caso de graves



violaciones de derechos humanos¹², dejando de ser una medida accesoria y subordinada al proceso contencioso administrativo principal y adquiriendo unas características y particularidades diferenciadas, pues en sí misma constituye, a la luz del procedimiento contencioso, un recurso judicial *sui generis* de urgencia para la protección de derechos. Es en estos términos, como una medida autónoma garante de los Derechos Humanos, que se debe interpretar y aplicar, por parte de los Jueces Administrativos, la tutela cautelar de urgencia.

2.7.- Esta interpretación ha sido acogida favorablemente por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que en reciente providencia fijó este alcance avanzado de las medidas cautelares, específicamente, de las denominadas de urgencia, señalando que este tipo de medidas pueden ser solicitadas con anterioridad a la presentación del escrito de demanda y de solicitud de conciliación prejudicial, cuando se exija tal presupuesto. Sobre ello anotó la Sala:

“Huelga manifestar que casos como el presente, el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto con la medida cautelar.

En ese orden, no escapa el hecho de que una cosa es que la conciliación extrajudicial constituye requisito de procedibilidad de la demanda, mas no de la solicitud de la medida cautelar. De suerte que, estamos en presencia de dos figuras diferentes y que se pueden estructurar en momentos distintos, sin que esto implique su incompatibilidad procesal.

¹² Ha dicho sobre este punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva sobre las Garantías Judiciales en Estados de Emergencia: “la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 24.



Tal precisión conduce a que efectivamente es posible solicitar el decreto y práctica de la medida cautelar, aun sin haber agotado previamente el requisito de procedibilidad. De ahí que, esta alternativa materializa la prevalencia del derecho sustancial frente al formal, toda vez que implica la adecuación e interpretación de la norma procesal con miras a la efectividad de los derechos sustanciales de los ciudadanos”¹³.

2.8.- Con base en la anterior jurisprudencia, cabe comprender y reconocer a la institución cautelar como un procedimiento autónomo al proceso contencioso administrativo, de ahí que se conciba como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia. Conforme a ello, para la procedencia de las medidas cautelares debe tenerse en cuenta presupuestos constitucionales, convencionales y legales, lo que lleva a decir que al Juez Administrativo le corresponde remover los obstáculos eminentemente formales que llegaren a impedir la adopción de estas medidas en los casos en que exista una seria y verdadera amenaza de vulneración de derechos, bienes o intereses jurídicos. Este argumento encuentra mayor peso, aún, en el caso de las denominadas medidas cautelares de urgencia, las cuales, conforme a la lectura dada por la Sala Plena, así como por la finalidad que están llamadas a satisfacer, implica que se concreten como verdaderas medidas preliminares cautelares de eficacia inmediata para la protección de los derechos¹⁴.

¹³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de marzo de 2014, exp. 2013-06871.

¹⁴ Al respecto es valioso resaltar el hecho de que otras jurisdicciones han experimentado la adopción de este tipo de medidas preliminares, autónomas y de eficacia inmediata para la protección de los derechos de las personas, tal como se refleja en el sistema jurídico brasilero en donde se ha establecido la llamada “medida liminar” comentada por Berizonce en los siguientes términos “La medida liminar se dispone inaudita parte en el proveimiento inicial, salvo en el mandato colectivo donde solo puede otorgarse después de la audiencia de la persona jurídica de derecho público (art. 22 § 2º). El poder del juez no está limitado a la suspensión del acto impugnado; puede dictar medidas activas, de anticipación de la tutela, siempre que resulte indispensable para la efectividad del derecho que se invoca. Como se ha señalado, lo que autoriza el art. 7º, III, es un proveimiento de amplio espectro, que tanto puede configurar una medida cautelar, como también una satisfactiva, capaz de agotar incluso el objeto de la pretensión, como p.e. excepcionalmente la orden de provisión de medicamentos.”. BERIZONCE, Roberto Omar. Tutela de urgencia y debido proceso. Hacia la reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia. En: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. No. 37. Disponible en el enlace web: <http://www.icdp.co/revista/articulos/37/RobertoOmarBerizonce.pdf> [sin numeración en el documento digital]. En similar sentido, el ordenamiento jurídico francés, desde el año 2000 (Ley No. 2000-597 de 30 de junio) ha conocido la formulación de los denominados référé que corresponde a un conjunto de medidas de urgencias que pueden ser adoptadas por el “juge des référés” y consistente en i) un référé de suspensión, mediante el cual se puede ordenar la suspensión de la ejecución de cierta decisión, y de



2.9.-Criterio de aplicación. Por otro lado, en cuanto a los criterios que debe seguir el juez contencioso administrativo para determinar la procedencia de una medida cautelar, es preciso reconocer que éste cuenta con un espacio de discrecionalidad para adoptarla así como para modular sus efectos en el caso concreto. En este contexto, debe el Juez tener en cuenta el principio de proporcionalidad como se desprende, además de las exigencias constitucionales y convencionales, de la normativa sobre las medidas cautelares al establecer como uno de los requisitos para el decreto de la cautela que “el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, **mediante un juicio de ponderación de intereses**, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla” (artículo 231 CPAyCA) (Resaltado propio).

2.10.- Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes, en armonía con la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso.

2.11.- Por consiguiente, es dable entender que en el escenario de las medidas cautelares, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde,

ciertos efectos siempre que la urgencia así lo justifique (artículo 5º), ii) un réferé de libertad, mediante el cual el Juez puede ordenar las medidas que se consideren necesarias para dejar a salvo una libertad fundamental que está siendo afectada por una persona de derecho público o particular encargado de la gestión de un servicio público, siempre que sea un atentado grave y manifiestamente ilegal (artículo 6º) y iii) el réferé conservativo, dirigido a adoptar las “medidas útiles” en un procedimiento administrativo en donde aún no se ha adoptado una decisión por parte de la autoridad (artículo 7º). Para un comentario de tales medidas véase la intervención realizada por el señor Consejero de Estado francés Marc Durand-Viel a la ponencia de la Dra. Ruth Stella Correa Palacio sobre medidas cautelares en el marco del seminario franco-colombiano de reforma a la jurisdicción contenciosa administrativa. La memoria de dicho encuentro (págs. 157-159, c1) se encuentra disponible en el enlace web: <http://www.consejodeestado.gov.co/memorias/medidas%20cautelares.pdf> [Consultado el 6 de marzo de 2014] El texto de la Ley puede verse en el siguiente enlace web: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000204851&categorieLien=id> [Consultado el 6 de marzo de 2014].



además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*¹⁵, debe proceder a un estudio de ponderación y sus subprincipios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad¹⁶. Sobre la aplicación de la proporcionalidad en escenarios de discrecionalidad, se ha sostenido en anteriores ocasiones:

“1.- La discrecionalidad, en cuanto fenómeno con trascendencia jurídica, se concibe como un margen permitido de acción a las autoridades de cualquiera de los poderes públicos, en los eventos en que debiendo adoptar una decisión, el marco de sujeción a su actuación establecido por el ordenamiento jurídico resulta a todas luces indeterminado, correspondiéndole construir la decisión y, por lo tanto, las consecuencias jurídicas de la misma, bajo consideraciones objetivas de acatamiento y respeto al orden jurídico y a sus principios estructurantes.

Conforme a este entendimiento de la discrecionalidad, sobra advertir, entonces, que en cualquier ordenamiento jurídico sustentado en la cláusula del Estado social y democrático de derecho¹⁷, se debe partir de un concepto de discrecionalidad sustentado en la idea de una simple “habilitación” normativa a la autoridad para la

¹⁵ Como ya se ha sostenido, estos principios del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* significan que “siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio.”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de 27 de febrero de 2013, exp. 45316 (entre otras decisiones similares).

¹⁶ En cualquier clase de decisiones jurídicas debe considerarse la razonabilidad de esta, que no solo se agota con la simple aplicación lógico-formal de la norma, sino que supone velar porque la decisión en el caso concreto consulte criterios de justicia material y no devenga en irrazonable, desproporcionada o, en suma, contraria a la constitución; se trata, entonces, de adoptar una decisión que satisfaga el criterio de aceptabilidad; y para lograr ello en buena medida contribuye la valoración de los principios constitucionales.

¹⁷ MELKEVIK, Bjarne. Rawls o Habermas. Un debate de filosofía del derecho. 1a ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006, p.141: En el otro extremo, y que cabe comprender también dentro del discurso de la modulación de la discrecionalidad se encuentra la tesis de Habermas acerca del estado de derecho democrático: “El Estado de derecho democrático no es simplemente un Estado de dominación, de amenaza, como lo había preconizado MAX WEBER. HABERMAS llega incontestablemente a una conclusión opuesta. En efecto, WEBER concibe el derecho como una dominación y sostiene así una concepción positivista del derecho ajena a toda cuestión de legitimidad. Por el contrario, HABERMAS, como lo habíamos mencionado, fusiona las nociones de legitimidad y de legalidad, lo cual es símbolo del paradigma democrático de la autolegislación que se efectúa por intermedio del proceso democrático que debe situarse dentro del corazón mismo del Estado moderno. Se desprende de lo anterior que el Estado no puede ser legítimo o legal sino en la medida en que respete al proceso democrático. Dicho de otra manera, el Estado democrático no puede ser sino el destinatario de la legitimidad y de la legalidad que le otorga el mencionado proceso. El respeto a los derechos, a las normas y a las instituciones seleccionadas, así como la institucionalización de la seguridad y de la estabilidad jurídicas reposan, en consecuencia, exclusivamente sobre los procesos democráticos. Esta es la razón por la cual el Estado de derecho democrático no puede en adelante estructurarse a partir del poder y de la dominación. No tiene otra fuente de legitimidad y de legalidad que aquella que le otorgan esos procesos democráticos”.



concreción del derecho bajo escenarios de indeterminación, sustrayendo, por lo tanto, cualquier explicación del fenómeno de la artificial y peligrosa argumentación de estar vinculada su existencia a un ámbito de “libertad de selección”, arbitraria, subjetiva o pasional del servidor público.

(...)

6.- Se trata, entonces, de una concepción realmente material, sustancial y positiva de la discrecionalidad en cuanto norma habilitante del juez administrativo para adoptar decisiones acordes con los preceptos del Estado social y democrático de derecho¹⁸, en contra de posturas estrictamente formales o negativas, desconocedoras de parámetros de racionalidad y justificación para la decisión discrecional, fundadas por fuera de la racionalidad¹⁹.

7.- El asunto resulta elemental: allí donde el juez administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización²⁰, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial²¹. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad.”²²

¹⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial. Madrid, 2004, pp.79 a 86.

¹⁹ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. 2a ed. 1a reimp. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008, pp.208 y 209.

²⁰ ALEXY, Robert, “Deber ideal”, en BEADE, Gustavo A.; CLÉRICO, Laura (eds). Desafíos a la ponderación. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2011, p.14.

²¹ STONE SWEET, Alec; MATTHEWS, Jud. Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global. 1a ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2013, pp.174 a 177 (Colección Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No.64).

²² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El principio de proporcionalidad: Instrumento para la reconducción objetiva de la actividad judicial en escenarios de discrecionalidad. (próximo a ser publicado). El presente trabajo constituye un desarrollo de la línea de investigación en materia de aplicación del principio de proporcionalidad que se inició con los estudios que sobre la materia incorporé en mi tesis doctoral titulada “El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos”, dirigida por el Catedrático de Derecho Administrativo D. Luciano Parejo Alfonso, presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España) el 25 de febrero de 2010, la cual obtuvo la máxima calificación sobresaliente cum laude otorgada por el Tribunal respectivo. El artículo aborda de manera resumida el modelo metodológico que hemos adoptado para resolver los conflictos a que tiene que enfrentarse cualquier autoridad (administrativa, judicial o legislativa), en los casos en los que deba adoptar decisiones en escenarios de discrecionalidad. Este planteamiento teórico que utilicé para resolver los problemas jurídicos de mi tesis doctoral, lo he venido empleando en diferentes trabajos e investigaciones académicas publicados en los últimos tres años y relacionados en la siguiente forma: El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Tesis Doctoral presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España), 25 de febrero de 2010, dirigida por el Catedrático Luciano Parejo Alfonso, pp. 20,22, 29, 58, 67, 74, 78, 81, 240, 366, 369, 416 a 452, 454 a 476, 483, 490 a 498, 503 a 509, 515, 516, 519, 569, 591, 595 a 599, 606, 610, 612 y 615; Procedimientos administrativos y tecnología. 1ª



2.11.- En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito lleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica **i)** que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); **ii)** que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario **iii)** llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación²³, en virtud del cual se determine de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos²⁴ (pasos a y b) y, luego de ello, se procede a c) que ordena analizar si se encuentra *justificado* que la satisfacción de uno de los principios afecte al otro.

ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp.270; “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”, en BREWER-CARIAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp.178, 180, 185, 187, 191, 207, 226, 256, 257, 261, 271, 279, 280 a 292, 324 y 330; “Aproximaciones a los procedimientos administrativos en la Ley 1480 de 2011. El Estatuto del Consumidor y sus relaciones con la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo”, en VALDERRAMA ROJAS, Carmen Ligia (Dir). Perspectivas del derecho del consumo. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013; “Reflexiones en torno a la potestad administrativa sancionadora. El principio de proporcionalidad y su vincularidad a esta actividad administrativa”, Ponencia presentada en el XII Foro de Derecho Administrativo Latinoamericano, Arequipa (Perú) celebrado entre el 28 de octubre y el 1 de noviembre de 2013 (próximo a publicarse en Lima, Perú, y como libro en Bogotá por el Departamento de Derecho Minero y Energético de la Universidad Externado de Colombia en 2014); “El Contrato de Concesión de Servicios Públicos: Reglas para su debida estructuración”, en MATILLA CORREA, Andry; CAVALCANTI, Bruno (Coords). Estudios Latinoamericanos sobre concesiones y PPP. Ratio Legis, Madrid, 2013, pp.63 a 150 (próximo a publica en México como libro).

²³ La ley de ponderación, siguiendo a Alexy, quiere decir que “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales (Epílogo). 2º edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [Trad. Carlos Bernal Pulido] 2008, p. 529.

²⁴ A través de una escala triádica de leve, medio o intenso.



Aplicando las consideraciones vertidas en iii) en la materia que se está tratando, hay que decir que ello implica valorar si está justificada la adopción de la medida cautelar para la protección de un derecho en circunstancias de amenaza, en desmedro de la administración. El propio artículo 231 del CPAYCA da lugar a esta consideración imperativa en el numeral 4 literales a) y b) cuando prescribe como exigencia

“Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones:

- a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
- b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.”

2.12.- Es en los anteriores términos que se impone analizar el contenido y alcance, en general, de las medidas cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3.- La suspensión provisional de los actos administrativos, como medida cautelar en el proceso contencioso administrativo.

3.1.- En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el nuevo procedimiento contencioso administrativo se encuentra la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Nacional y desarrollada por los artículos 231 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La suspensión provisional constituye un importante instrumento de naturaleza cautelar, temporal y accesoria, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso donde se hubiere decretado la medida, como producto de una solicitud fundamentada que en consideración del juzgador sea procedente en razón de la claridad de la infracción. En consecuencia,



es presupuesto básico de la medida que el acto esté produciendo sus efectos jurídicos²⁵. En este sentido, su finalidad no puede ser otra que la de evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho²⁶.

3.2.- De acuerdo con los anteriores argumentos, cabe afirmar que la suspensión provisional como medida cautelar diseñada para el procedimiento contencioso administrativo procede, a petición de parte, “cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de pruebas allegadas con la solicitud”, figura que ha sido ampliamente definida en cuanto a su contenido y procedencia por la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación²⁷, precedente vigente para entender el alcance de la Ley 1437 de 2011 en esta materia, en los siguientes términos:

“... En efecto, la figura de la suspensión provisional es una medida cautelar de raigambre constitucional, de estricto carácter provisional, objetivo y accesorio, inherente a las funciones de control preventivo de la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos, atribuida a la jurisdicción de lo contencioso administrativa que impide, previa decisión motivada de la autoridad judicial competente, que los actos de esta naturaleza que sean manifiestamente contrarios al orden jurídico continúen produciendo efectos mientras se decide de fondo en el proceso correspondiente sobre su constitucionalidad o legalidad, previniendo de esta manera el peligro que tal situación implica para el interés general de las instituciones y en particular para los asociados,²⁸ por lo tanto, instrumento vital de carácter material consolidador de los presupuestos de la cláusula constitucional del Estado social de derecho...”

Es provisional porque su existencia es precaria toda vez que el pronunciamiento de

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 18 de julio de 2002, exp. 22477, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez: “La jurisprudencia ha precisado que, por tratarse de una medida cautelar, su procedencia quedará obstaculizada cuando el acto se ha cumplido y sus efectos –y por consiguiente el perjuicio- se han consumado”.

²⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de derecho administrativo. Contencioso Administrativo, T.III, 3ª reimp., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.482.

²⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 22 de marzo de 2011, CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 38.924.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-977 de 1992.



la decisión final normalmente la extingue, sin olvidar que puede ser modificada o levantada en presencia de las circunstancias previstas por la ley; objetiva porque la decisión que la adopte debe fundarse en estrictas consideraciones de clara y evidente contradicción entre el acto administrativo y el ordenamiento jurídico superior, y no en consideraciones personales o subjetivas del juzgador; accesoria porque no constituye el centro del debate procesal y está sujeta a lo que disponga el fallo que ponga fin al proceso; y, finalmente, motivada porque siendo una decisión judicial, la garantía del debido proceso y el deber del sometimiento del juez al imperio de la ley, exigen una adecuada y suficiente exposición,²⁹ argumentación y reflexión de las razones en que se fundamenta³⁰ la manifiesta y ostensible infracción del ordenamiento jurídico por el acto administrativo impugnado.

En consecuencia, tal como lo ha sostenido esta Corporación,³¹ el hecho de exigirse una violación manifiesta para la procedencia de la suspensión provisional, no excluye en manera alguna la interpretación de la ley ni la debida y suficiente motivación por parte del juez de lo contencioso administrativo.

Ahora, la realización de esta actividad garantística de motivación no implica romper las fronteras de una medida cautelar para incursionar en la decisión de fondo.

De otro lado, esa manifiesta infracción debe establecerse a partir de la aplicación de alguna, o de ambas, de las metodologías indicadas en el inciso 2 del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, esto es, de la confrontación directa del acto administrativo impugnado con el ordenamiento jurídico superior invocado como infringido, o también, mediante la confrontación del acto administrativo impugnado con el texto de los documentos aducidos con la solicitud que por sus características o contenidos normativos permitan establecer lo manifiesto de la infracción al ordenamiento jurídico.

En síntesis, para la procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo resulta imprescindible que la vulneración del ordenamiento jurídico sea evidente, ostensible o notoria, vulneración que se pone en evidencia por medio de cualquiera de las dos metodologías antes mencionadas, esto es, el juez debe llegar a esa conclusión realizando un cotejo directo entre el acto administrativo demandado y las normas que se invocan como transgredidas o mediante el análisis de los documentos presentados con la solicitud.

Finalmente, entre la norma que se dice vulnerada y el acto administrativo acusado debe existir una situación de subordinación jurídica, pues de no existir, la medida cautelar se tornaría improcedente ya que no se configuraría la manifiesta infracción a la que se refiere expresamente el artículo 152.2 el C. C. A.”

3.3.- En cuanto a la necesaria motivación de toda decisión que resuelva una petición de suspensión provisional dentro de un proceso contencioso administrativo, el

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-064 de 2010.

³⁰ Artículo 303 del C. P. C. que desarrolla los artículos 29, 228 y 230 de la Constitución, aplicable por remisión del artículo 267 del C. C. A.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 27 de Mayo de 2009, (Expediente 36.476).



proveído en cita enfatizó:

“La Sala considera que la interpretación y la argumentación son imprescindibles e inescindibles en la actividad judicial.

En efecto, los jueces están conminados de manera permanente y continúa a interpretar las normas, incluso cuando se considera que una determinada disposición jurídica es clara y unívoca, pues en estos eventos el Juez, previamente, ha desarrollado un ejercicio hermenéutico para arribar a tal conclusión.

Afortunadamente, ya hace mucho tiempo que se superaron las concepciones formalistas y deductivistas de la interpretación, según las cuales la actividad judicial se limitaba a la simple verificación del derecho y a su aplicación automática a unos determinados hechos y, en consecuencia, el Juez sería simplemente “la boca que pronuncia las palabras de la ley; unos seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza, ni el rigor de aquella.”³²

Pretender que el Juez no desarrolle ningún ejercicio hermenéutico ni argumentativo ante una expresión legal (Como por ejemplo la incluida en el artículo 152 del C. C. A: “manifiesta infracción de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma”), sino que aplique sin consideración alguna la disposición, es desconocer abiertamente la necesaria relación entre interpretación, argumentación, actividad judicial y el deber de los jueces de motivar sus decisiones, postulado propio de toda sociedad enmarcada en los preceptos del Estado social y democrático de derecho.”³³

3.4.- Su procedencia está determinada por la violación del ordenamiento jurídico mediante la subsunción de un acto administrativo con el universo normativo de principios y valores al cual está sujeto, y la necesidad de proteger provisionalmente la legalidad en sentido amplio mientras se profiere la decisión definitiva respecto del acto administrativo demandado.

3.5.- Esto significa que la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada en los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen

³² Montesquieu, Charles Louis de Secondat. Del Espíritu de las leyes. Primera Parte, Libro XI, Capítulo 6.

³³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 22 de marzo de 2011, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 38924.



derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio.

3.6.- Ahora bien, para arribar a la conclusión de que el acto o norma demandada atenta contra el orden jurídico debe el juez necesariamente hacer un proceso de interpretación del derecho y materializarlo en una debida y suficiente motivación, sin romper las fronteras que implica la medida cautelar para incursionar en la decisión de fondo.

3.7.- También debe el juez establecer que entre la norma que se dice vulnerada y el acto administrativo acusado exista una situación de subordinación jurídica, pues de no existir la medida cautelar se tornaría improcedente, ya que no se configuraría la subsunción que se exige para configurar la infracción que demanda la medida de suspensión provisional.

3.8.- Requisitos de la solicitud de suspensión provisional.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos, en los siguientes términos:

“Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 231. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

(...)”



3.9.- De la normativa en cita, se deducen como requisitos para la procedencia de dicha medida cautelar que i) sea solicitada por el demandante, ii) procede cuando existe una violación que surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y, iii) si se trata de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho debe acreditarse, de manera sumaria los perjuicios que se alegan como causados por los actores.

4.- Los cargos esgrimidos por el actor.

4.1.- Consideró el ciudadano demandante que el artículo enjuiciado incurre en una clara extralimitación desconociendo con ello los postulados del artículo 150 inc. final de la Constitución y el inciso 4° del artículo 60 de la Ley 80 de 1993.

4.2.- Luego de referir que la norma demandada es jerárquicamente inferior a los preceptos que se dicen violados y señalar que el artículo 60 de la Ley 80 de 1993³⁴ trata sobre la liquidación del contrato estatal, precisa que la norma demandada, al plantear el cierre del expediente contractual, *“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”*.

³⁴ Ley 80 de 1993. Artículo 60. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación. 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. La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión.



5.- Los escritos de oposición

5.1.- La Nación – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República en su escrito se opuso a la prosperidad de la medida cautelar. Consideró que la interpretación del actor es errada, pues echa de menos que la buena práctica que se encuentra regulada en el artículo demandado está orientada a facilitar el cumplimiento de lo prescrito en el artículo 11 de la Ley 594 de 2000 que trata sobre la obligación de conformar archivos públicos, control y organización de los mismos. Alega que no existe una cuestión de reserva legislativa en el asunto tratado pues si bien el legislador es a quien le corresponde regular los aspectos generales de la contratación estatal es el reglamento el que *“lleva estas previsiones al mundo real, que muchas veces es ajeno al legislador y debe así el Gobierno Nacional buscar la manera de procurar la debida gestión de los asuntos a su cargo”*. Así, concluye que no es el legislador al que le corresponde definir al detalle cómo se debe organizar una carpeta contractual sino al Gobierno por vía de la norma reglamentaria.

Por consiguiente, encuentra que no existe violación al ordenamiento jurídico superior.

5.2.- El Departamento Nacional de Planeación DNP manifestó su oposición a la medida de suspensión provisional. Apuntó que el precepto cuestionado no es contrario a la Ley *“ya que la obligación de dejar constancia del cierre del expediente contractual no se constituye en una carga adicional o que exceda el marco legal, sino todo lo contrario, busca hacer más efectivo el tema contractual hasta su culminación”*. Remató su exposición afirmando que la solicitud no satisface los principios de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, rectores del instituto cautelar. Por consiguiente, pidió se desestimara el pedimento de suspensión provisional.



6.- El concepto del Ministerio Público

En su escrito de intervención la Vista Fiscal reflexiona sobre la imposibilidad de inferior una evidente u ostensible vulneración al ordenamiento jurídico, pues lo dispuesto en el artículo demandado no corresponde a una actuación administrativa que debe agotarse en la etapa de liquidación de los contratos estatales, tampoco es un trámite adicional dentro de la actividad contractual que deban adelantar las partes, pues sólo trata de una regla para la formación de expedientes que corresponden a una misma actuación, lo cual encuentra fundamento en el artículo 36 del CPACA y el artículo 11 de la Ley 594 de 2000. Por consiguiente, el Ministerio Público emitió concepto dirigido a la denegatoria de la medida cautelar.

7.- Problema jurídico

7.1.- Planteados como quedaron los términos del asunto a decidir, el problema jurídico que debe ser resuelto en esta oportunidad se contrae a determinar si procede la medida cautelar solicitada por el ciudadano demandante respecto del artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015, en cuanto que dicho artículo es, aparentemente, contrario al ordenamiento jurídico, para el caso, los artículo 150 inciso final de la Constitución Política y 60 de la Ley 80 de 1993.

7.2.- Para resolver lo pertinente el Despacho, retomando la problemática jurídica propuesta por el actor, la parte accionada y los terceros que obran en calidad de coadyuvantes, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión: (1) la cláusula de Buena Administración como principio incorporado en el ordenamiento jurídico colombiano, (2) ejercicio de la potestad reglamentaria y (3) caso concreto. Consideraciones que fundamentan la *ratio decidendi* del caso.



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

8.1.- Por averiguado se tiene que la Administración está sujeta al cumplimiento de los preceptos constitucionales establecidos en el preámbulo de la Constitución Política y los principios fundamentales del artículo 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”*.

8.2.- Pero además, existe una cláusula de competencia especial para la Administración que deriva de las funciones que le asignó el constituyente en el artículo 209 constitucional³⁵, 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

³⁵ Constitución Política. Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

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



como el de planeación del negocio, legalidad, economía de mercado, llamados a gobernar la acción de la Administración.

8.3.- Resulta claro, entonces, que en el orden jurídico colombiano existe una especificidad constitucional a favor de la administración pública, comoquiera que, además de encontrarse sujeta a los principios y valores del preámbulo y los artículos 1º, 2º y 3º, el artículo 209 le asigna un especial rol funcional, como lo es el de estar al servicio de los intereses generales, observando unos particulares principios de acción³⁶.

8.4.- Por lo anterior, se tiene que a partir de una juiciosa lectura de tales principios y valores es que se encuentra que las actuaciones de la Administración no constituyen un rito ciego a la forma por la forma, la magnificación de lo adjetivo sobre lo material o de mero ejecutor formal de la Ley; contrario a ello, resulta que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho los procedimientos que ésta tiene a su cargo tienen un derrotero específico, cual es concretar la *“profunda vocación protectora y garantizadora de los derechos e intereses tanto individuales como colectivos en relación con la actividad de la Administración, predeterminando para ella senderos forzosos de actuación, y marcos sustanciales de contención a la arbitrariedad.”*³⁷.

8.5.- Súmese a lo dicho que el concepto del principio de legalidad, inmanente al derecho administrativo, ha de ser entendido no como una mera correspondencia con las formales legales, sin más, sino que necesariamente se encuentra nutrido de los

³⁶ Se trata de lo que Schmidt-Assman llama como la legitimación institucional y funcional de la Administración “con la que se designa la posición directa que la Constitución le ha otorgado al Ejecutivo, para subrayar su propia autonomía e identidad ante el poder legislativo y judicial.” SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. En: Barnés, Javier, Innovación y reforma en el Derecho Administrativo. 2º edición, Sevilla, Global Law Press, 2012, p. 66.

³⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Procedimientos administrativos y tecnología. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2011, p. 137.



principios y valores del ordenamiento constitucional y convencional, por vía del bloque de convencionalidad y constitucionalidad³⁸. 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 humanos fundamentales.

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

8.7.- Tal cuestión encuentra un pertinente desarrollo legal en preceptos tales como el artículo 3° de la Ley 489 de 1998³⁹ y los artículos 23, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993 y 3° de la Ley 1437 de 2011⁴⁰, lo cual permite afirmar que a este entramado

³⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Ibíd.*, p. 60 “es indudable que el principio de legalidad ha evolucionado nuevamente, esta vez de la mano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual se traduce de manera inexorable en la ampliación de las fronteras del bloque de legalidad. Dicho cambio sustancial es el resultado directo e inmediato de las obligaciones internacionales que ha asumido Colombia en las últimas décadas, con el fin de proteger la dignidad humana, como razón de ser de toda organización estatal democrática en la que se promueve el desarrollo dentro de un ambiente de absoluto respeto por los derechos humanos”.

³⁹ Ley 489 de 1998. Artículo 3°.- *Principios de la función administrativa.* La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.

⁴⁰ Ley 1437 de 2011. Artículo 3°. *Principios.* Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

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

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

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

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



normativo subyace el principio jurídico de la Buena Administración⁴¹, 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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 41.- Derecho a una buena administración

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

2. Este derecho incluye en particular:

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

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

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

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

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



administrados cuando entran en interacción con ella y 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 confiado⁴².

8.8.- Así afirmado, resulta que no se trata de un enunciado meramente programático o aspiracional, pues el mismo trata, antes que nada, de la adscripción de un verdadero derecho⁴³ 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.

8.9.- Así, los contornos de este derecho no implican cosa diferente a la garantía material o efectiva de ejercer una función administrativa volcada, de manera

⁴² La buena Administración pública es, sobre todo, un derecho de los ciudadanos, nada menos que un derecho fundamental y, también, un principio de actuación administrativa y por supuesto una obligación inherente a los Poderes públicos derivada del marco del Estado social y democrático de Derecho. Los ciudadanos tienen derecho a exigir determinados patrones o estándares en el funcionamiento de la Administración que les garantice la realización de sus derechos sociales fundamentales. Y la Administración, está obligada, en toda democracia, a distinguirse en su actuación cotidiana por su servicio objetivo al interés general.

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

⁴³ “La buena administración ha pasado de principio general a derecho subjetivo. En la primera forma posee un valor “programático”, es un objetivo establecido por la Constitución, que se dirige al legislador. Tiene, por lo tanto, en el aparato estatal, un valor limitado e interno. En la segunda forma, se proyecta al exterior del círculo del Estado, hacia la comunidad. Confiere derechos, con las correspondientes obligaciones por parte de la Administración Pública.

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

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



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.

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

8.11.- Tal cosa encuentra asidero jurídico suficiente cuando se toma en cuenta, considerando puntualmente la normativa contractual, que i) la contratación estatal es precisamente uno de los instrumentos con que cuenta la Administración para el cumplimiento de los fines constitucionales del Estado⁴⁴, ii) dada la prominente y

⁴⁴ “Bajo esta perspectiva, a la par de los procedimientos y actuaciones administrativas que sustentan el acto administrativo unilateral – el cual, dicho sea de paso, se ha constituido en el instrumento ordinario dentro del



sustantiva misión que tiene a cuestas dicho instrumento resulta apenas lógico que se reitera, 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”**.

8.12.- Resulta palmario, entonces, que a partir de los mencionados preceptos de la Ley 80 de 1993 se decanta esa presencia singular del principio de la Buena

Estado de derecho para el cumplimiento de sus propósitos –, se hace imprescindible que todos los servidores públicos entiendan que existe, igualmente, la figura del contrato como mecanismo fundamental para la realización efectiva de los cometidos a cargo del Estado.”. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El concepto de contrato estatal. Complejidades para su estructuración unívoca. En: Temas relevantes sobre los contratos, servicios y bienes públicos. VI Congreso de Derecho Administrativo. Margarita, 2014, Editorial Jurídica Venezolana y Centro de Adiestramiento Jurídico, p. 301-302.



Administración en el ámbito de la delimitación 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.

9.- Ejercicio de la potestad reglamentaria.

9.1.- Por otro lado, en lo que hace relación al ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República (artículo 189 núm. 11 Constitución Política), en virtud de su función como Suprema Autoridad Administrativa, debe advertirse que tal habilitación constitucional no supone, ni puede ser entendida como una autorización para desconocer, desvirtuar o trasgredir el contenido normativo de la Ley que se dice reglamentar, ya que, como bien entendido se tiene por esta Corporación, el ejercicio de reglamentación supone la adopción de decisiones administrativas tendientes a hacer operativa o llevar a ejecución la ley más, en modo alguno, que se cercene la voluntad legislativa, como lo ha sostenido la Sección Tercera del Consejo de Estado:

“el Consejo de Estado ha establecido que la potestad reglamentaria se encuentra limitada por dos criterios, a saber: *la competencia y la necesidad*⁴⁵. El primero se refiere a la extensión de la regulación que el Legislador defiere al Ejecutivo “*de manera que le está prohibido, socapa de reglamentar la ley, adicionar nuevas*

⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de noviembre de 2008. C.P. Enrique Gil Botero.



*disposiciones, por lo que debe entonces, para asegurar la legalidad de su actuación, limitarse al ámbito material desarrollado por el legislativo*⁴⁶.

De otra parte, la necesidad del ejercicio de la potestad reglamentaria se funda en el carácter genérico de la ley. Así, si la regulación legal agota el objeto o materia regulada, la intervención del Ejecutivo no deviene indispensable⁴⁷.⁴⁸

9.2.- Del mismo modo la jurisprudencia constitucional también ha aludido a este asunto, para precisar los límites a los cuales está sujeto el acto de reglamentación de una Ley:

“La facultad con que cuenta el Presidente de la República de reglamentar la ley está sujeta a ciertos límites, que no son otros que la Constitución y la ley misma, ya que no puede en este último evento ampliar, restringir o modificar su contenido. Es decir, que las normas reglamentarias deben estar subordinadas a la ley respectiva y tener como finalidad exclusiva la cabal ejecución de ella. No se olvide que cualquier exceso en el uso de la potestad reglamentaria por parte del Ejecutivo se traduce en inconstitucionalidad por extralimitación del ámbito material del reglamento.

(...)

El reglamento es entonces un complemento indispensable para que la ley se haga ejecutable, pues en él se permite desarrollar las reglas generales allí consagradas, explicitar sus contenidos, hipótesis y supuestos, e indicar la manera de cumplir lo reglado, es decir, hacerla operativa, pero sin rebasar el límite inmediato fijado por la propia ley.”⁴⁹

9.3.- En este orden de ideas, competencia, necesidad y respeto a la supremacía de las disposiciones convencionales, constitucionales y legales son los criterios que rigen el ejercicio de la potestad reglamentaria, de suerte, entonces, que cuando se registre la trasgresión de uno de estos parámetros, el acto reglamentario estará inmerso, a no dudarlo, en un vicio de nulidad, en tanto que se estaría arrogando

⁴⁶ A propósito de la imposibilidad de exigir requisitos adicionales a los establecidos por el legislador se puede consultar: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. C. P. Jaime Moreno García.

⁴⁷ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de Septiembre 5 de 1997. C. P. Germán Ayala Mantilla. Sección Cuarta. Sentencia de mayo 5 de 2003. C. P. Ligia López Díaz.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 24 de marzo de 2011. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 36601.

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-302 de 1999.



atribuciones jurídicas que no le corresponden, generando, así, una ruptura en el sistema jurídico.

10.- El contenido y alcance del aparte respecto del que se solicita la suspensión provisional de efectos.

10.1.- La norma demandada, el artículo 2.2.1.1.2.4.3 se encuentra incluida dentro del Decreto 1082 de 26 de mayo 2015 *“por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional”* y se ubica en el Libro 2, Parte 2 “Reglamentaciones”, Título 1 “Contratación Estatal”, Capítulo 1 “Sistema de compras y contratación estatal”, Sección 2 “Estructura y documentos del proceso de contratación”, Subsección 4 “Ejecución”. La redacción de la norma demandada es del siguiente tenor:

“Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015. Artículo 2.2.1.1.2.4.3. Obligaciones posteriores a la liquidación. Vencidos los términos de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras civiles, la Entidad Estatal debe dejar constancia del cierre del expediente del Proceso de Contratación.
(Decreto 1510 de 2013, artículo 37)”

10.2.- Una detenida y plausible lectura del precepto en cita permite afirmar que la misma está compuesta por los siguientes referentes normativos: i) una obligación consistente en que la Entidad Estatal debe dejar constancia del cierre del expediente del proceso de contratación, ii) ello siempre que se satisfaga una de las siguientes condiciones, según el caso: se encuentren vencidos los términos de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición o recuperación ambiental de las obras civiles.

11.- Caso concreto.

11.1.- En el presente asunto la parte demandante pretende la suspensión provisional de efectos del artículo 2.2.1.1.2.4.3 del Decreto 1082 de 2015 para lo cual alegó,



principalmente, que esta disposición contraviene el artículo 150 de la Constitución Política y el inciso 4º del artículo 60 de la Ley 80 de 1993. El texto de cada uno de estos preceptos es como sigue:

Constitución Política. Artículo 150, inc. final	Ley 80 de 1993. Artículo 60, inc. 4º	Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.1.2.4.3
Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejercer las siguientes funciones: (...) Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.	Ley 80 de 1993. Artículo 60. Inc. 4º. (...) 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.	Artículo 2.2.1.1.2.4.3. Obligaciones posteriores a la liquidación. Vencidos los términos de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras civiles, la Entidad Estatal debe dejar constancia del cierre del expediente del Proceso de Contratación. (Decreto 1510 de 2013, artículo 37)

11.2.- Conforme al anterior marco teórico, encuentra el Despacho que la medida cautelar solicitada por el demandante no tiene vocación de prosperar, por cuanto no encuentra configurada, desde una aproximación analítica inicial, una contradicción normativa entre el precepto enjuiciado y las normas que se dicen violentadas.

11.3.- En efecto, en el *sub judice* el actor radica el vicio de ilegalidad en que el artículo demandado impone para las Entidades públicas una obligación que no encuentra correspondencia en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, disposición legal que versa sobre la liquidación del contrato estatal, pues nada se dice allí respecto de la obligación de extender una constancia del “*cierre del expediente del proceso de contratación*”.



11.4.- Sin embargo, este Despacho no participa de la lectura insular y textual que propone el demandante, pues en su razonamiento echa de menos los principios constitucionales y legales que inspiran y rigen el marco de acción de la administración pública y, en particular, la contratación estatal, en donde encuentra fisionomía propia el principio y derecho a la Buena Administración. Sobre todo, pierde de vista el actor que el razonamiento jurídico trasciende al análisis de las reglas, pues es preciso tomar en consideración, de manera sistemática y ponderada, los principios que orientan e informan la actuación de la administración.

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



Expediente: 11001-03-26-000-2015-00165-00 (55813)
Navis Alberto Flórez León c. Nación – Presidencia de la República y Departamento Nacional de Planeación
Medio de Control: Nulidad Simple

11.6.- En este orden de ideas, una revisión del asunto no permite encontrar configurada una contradicción analítica inicial que abra paso a la medida cautelar de suspensión provisional, pues *prima facie* se advierte que el principio de la Buena Administración ampara y justifica la existencia de una medida reglamentaria como la demandada. Por tal razón, se desestimaré la solicitud de medida cautelar peticionada.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

NEGAR la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos jurídicos del artículo 2.2.1.1.2.4.3. del Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015 dictado por el Departamento Nacional de Planeación – DNP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA