

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD SIMPLE - No declara nulidad. Violación del orden jurídico superior / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD SIMPLE - Desconocimiento de la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional por lo estipulado en el Decreto 1510 de 2013 artículo 3 inciso primero / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD SIMPLE - Sentencia condicionada. Interpretación de aparte del inciso primero del artículo 3 del Decreto 1510, normas de contratación estatal / ORDENAMIENTO JURIDICO - Interpretación de normas jurídicas de contratación estatal / MEDIO DE CONTROL DE SIMPLE NULIDAD – Interpretación de normas de contratación estatal. Aplicación de tratados internacionales en virtud del control de convencionalidad

Esta Sala encuentra que el problema jurídico que plantea el sub judice se reconduce a determinar si lo estipulado en el aparte del artículo 3° del Decreto 1510 de 2013 desconoce la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional, por violación a las normas del Código Civil sobre interpretación de la Ley y los artículos 13, 23 y 28 de la Ley 80 de 1993. Con otras palabras, si establecer en una norma reglamentaria que “los términos no definidos en el presente decreto y utilizados frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio”, viola el orden jurídico superior. (...) La Sala encuentra que la interpretación de las normas, en el contexto constitucional y convencional en que está envuelta la actividad jurídica, implica ejercicios interpretativos que no solo tengan en cuenta los tradicionales métodos establecidos en el Código Civil, los cuales son necesarios como primer paso para los partícipes de la práctica jurídica, más no devienen en suficientes; además de ello, entiende la Sala que la atribución de significado de la Ley (en lato sensu) debe guardar correspondencia con los principios y valores convencionales y constitucionales, ya que estos no solo amplifican el marco del lenguaje jurídico en materia de contratación estatal sino que también incorporan esta materia dentro de la sistemática del ordenamiento jurídico de modo tal que ese lenguaje viene a articularse con los principios y valores en ellos establecidos. (...) Para el caso que ahora ocupa la atención de la Sala es predicable la sujeción de la Administración Pública a los mandatos constitucionales fundamentales (preámbulo y artículos 1° y 2°) así como, concretamente, a los fines específicos encomendados por el constituyente en el artículo 209 superior. Del mismo modo, esta articulación encuentra respaldo en el ámbito contractual de la Administración conforme a los principios que para el efecto fijó el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, cuya fuerza jurídica no es solo de carácter legal sino constitucional, por ser claro desarrollo de la normativa superior. (...) Por consiguiente, el que un aparte del inciso primero del artículo 3° del Decreto 1510 de 2013 estableciera la regla conforme a la cual “Los términos definidos en el presente decreto y utilizados frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio” no supone, per se, contradicción con el ordenamiento jurídico superior por cuanto no hace más que reiterar textualmente un enunciado de rango legal, como es el dispuesto en el artículo 28 del Código Civil y, además, como es bien sabido, una recta interpretación de la ley no puede concebirse sin la utilización de todos ellos, y, de otro lado, se trata de una transcripción de un texto legal que simplemente recuerda que para conocer la ley debe empezarse por abordar su tenor literal. (...) Sin embargo, guardando correspondencia con lo arriba dicho y teniendo presente que los operadores jurídicos deben justificar sus decisiones a la luz de todo el ordenamiento jurídico – constitucional y convencional – se impone reconocer que de ninguna manera el inciso demandado implica una restricción o limitación para el empleo de los demás criterios de interpretación que por vía legal, constitucional o convencional deban ser aplicables conforme a cada caso, en particular. Esta circunstancia, además, encuentra pleno respaldo en el principio de jerarquía y valor normativo de las disposiciones superiores (Ley 80 de 1993, Constitución Política, Tratados Bilaterales o Multilaterales). (...) Dicho con otras palabras, debe entenderse que en este escenario tiene plena operancia el principio de integración normativa en virtud de la cual se comprende que los demás criterios de interpretación tienen allí cabida; de modo tal que el método textual se

enmarca dentro de un gran sistema de análisis normativo que se nutre de la integración y complementariedad de los demás criterios hermenéuticos admisibles en el sistema jurídico. (...) Así las cosas, la Sala encuentra que el cargo de nulidad elevado por el actor, consistente en la extralimitación de la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional no encuentra fundamento, pues del análisis normativo no se aprecia contradicción entre los artículos 13, 23 y 28 de la Ley 80 de 1993 así como tampoco con las normas del Código Civil en materia de interpretación (artículos 27, 28, 30 y 32), pues, como se dijo, el aparte acusado no excluye, discrimina o se opone a dichas normas superiores. (...) en virtud del principio de conservación del derecho, siendo que la norma acusada admite una interpretación que se ajusta al ordenamiento jurídico, la Sala condicionará el aparte “Los términos definidos en el presente decreto y utilizados frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio” contenido en el inciso primero del artículo 3° del Decreto 1510 de 2013 en el entendido que dicha norma no excluye los demás métodos de análisis normativo admisibles en el sistema jurídico colombiano.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - PREAMBULO / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 1 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 13 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 23 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 28 / CONVENCION DE VIENA - ARTICULO 26 / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 2 / DECRETO 1510 DE 2013 - ARTICULO 3 INCISO 1 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 27 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 28 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 30 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 32

NOTA DE RELATORIA: Al respecto se puede analizar la sentencia de 13 de junio de 2013, exp. 23730 y el auto del 19 de mayo de 2014, exp. 50219

POTESTAD REGLAMENTARIA - Potestad normativa: Concepto, definición, noción / POTESTAD REGLAMENTARIA - Gobierno Nacional. Evolución histórica / POTESTAD REGLAMENTARIA - Titularidad / POTESTAD REGLAMENTARIA - Regla general / REGLA GENERAL - Presidente de la República

La Sala estima conveniente hacer algunas consideraciones sobre la potestad reglamentaria, su origen histórico; su titularidad; su contenido y alcance a la luz de la jurisprudencia, tanto constitucional, como aquella proferida por esta Corporación. (...) La evolución histórica de la figura de la potestad reglamentaria en Colombia ha estado ligada a los altibajos de nuestro constitucionalismo, pues las características del sistema presidencial colombiano han determinado el papel preponderante que la administración históricamente ha cumplido y la han convertido en una fuente indudable e inagotable de normatividad. (...) En cuanto a la titularidad de la potestad reglamentaria, es decir, de la capacidad de producir normas administrativas de carácter general reguladoras de la actividad de los particulares y base para la actuación de las autoridades, resulta claro que la Constitución de 1991 distribuyó dicha potestad entre las diferentes autoridades y organismos administrativos. Desde esta perspectiva, es posible formular una regla general que nos traslada de inmediato a las competencias del Presidente de la República; y unas reglas de excepción, algunas de ellas previstas en la Constitución y otras en la ley, que le entregan la potestad normativa o reglamentaria a otros sujetos de la función administrativa. (...) En este orden de ideas, la regla general en materia reglamentaria la tiene el Presidente de la República por dos vías: por una parte, a través de la reglamentación directa de la ley cuando sea indispensable para hacer posible su cumplimiento (Constitución, artículo 189. 11), pues en su condición de Suprema Autoridad Administrativa le corresponde “ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes”; y por otra parte, en los casos en que la Constitución

le permite desarrollar directamente sus preceptos normativos, caso en el cual la potestad normativa o reglamentaria es directamente de la Constitución, asunto que en algunas oportunidades la jurisprudencia de esta Corporación denominó como deslegalización de materias en favor de la administración, y que, mirado desde otro punto de vista, no es más que el reconocimiento constitucional de la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente, no ya a nivel de la ley, sino del acto administrativo de carácter general, pues orgánica y funcionalmente el acto sería administrativo y no legislativo, excepto que el constituyente le hubiera establecido efectos legislativos, como en el caso del artículo 341 inciso 3.º constitucional. (...) Por último, cabe señalar que la potestad de reglamentaria, puede ser trasladada o reconocida a otros organismos de la administración a través de la expedición de actos generales para cumplir o hacer cumplir la ley.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189 NUMERAL 11 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 341 INCISO 3

NOTA DE RELATORIA: Al respecto se puede analizar la sentencia de 2 de diciembre de 2013, exp. 41719 y el fallo de 24 de marzo de 2011, exp. 36601

POTESTAD REGLAMENTARIA - Potestad normativa: Concepto, definición, noción / POTESTAD REGLAMENTARIA - Justificación en el marco normativo

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

NOTA DE RELATORIA: Al respecto se puede analizar la sentencia de 21 de julio de 2001, exp. 6378; sentencia del 7 de junio de 2001, exp. 6067 y sentencia de 28 de agosto de 1997, exp. 4355

POTESTAD REGLAMENTARIA - Reglas de excepción / REGLAS DE EXCEPCION - Potestad reglamentaria. Consejo Superior de la Judicatura / REGLAS DE EXCEPCION - Potestad reglamentaria. Consejo Nacional Electoral / REGLAS DE EXCEPCION - Potestad reglamentaria. Junta Directiva del Banco de la República / REGLAS DE EXCEPCION - Potestad reglamentaria / REGLAS DE EXCEPCION - Potestad reglamentaria. Contraloría General de la República / REGLAS DE EXCEPCION - Potestad reglamentaria. Contralorías Departamentales y Contralorías Municipales / POTESTAD REGLAMENTARIA - Potestad administrativa de los Ministerios y demás dependencias administrativas

Por otra parte se encuentran las reglas de excepción en materia reglamentaria, se está frente a estas cuando por mandato constitucional algunos otros organismos del Estado pueden dictar normas con carácter general en asuntos de su competencia. (...) Tal es el caso del Consejo Superior de la Judicatura, órgano al que corresponde "dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, lo relacionado con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador" (Constitución,

artículo 57.3). Situación similar se plantea frente al Consejo Nacional Electoral, el cual deberá “reglamentar la participación de los partidos y movimientos políticos en los medios de comunicación social del Estado” (Constitución, **¡Error! Marcador no definido.** artículo 265. 9). (...) Así mismo, la Junta Directiva del Banco de la República goza de una facultad normativa directa y excluyente, pues está facultada para “regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito” (Constitución, artículo 71 inciso 2º). La Contraloría General de la República y las contralorías departamentales y municipales gozan de poderes similares, pues según lo previsto en la Constitución se les permite, respectivamente, “prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas, los responsables del manejo de fondos o bienes de la nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse”, y “dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional o territorial” (Artículo 268, numerales 1 y 12, en concordancia con el art. 272). (...) En este orden de ideas, resulta claro que la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente de la República constituye una simple regla general, objeto de excepciones previstas en el mismo texto constitucional. (...) Finalmente, respecto de la titularidad de la potestad reglamentaria, es decir, de la posibilidad de expedir actos normativos de carácter general, se ha reconocido que los ministerios también gozan de dicha competencia. (...) En similar dirección apunta la jurisprudencia del Consejo de Estado cuando admite que es potestad administrativa de los ministerios y demás dependencias administrativas y no del Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria, reglamentar mediante actos generales los asuntos que legalmente les corresponda.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 75 NUMERAL 3 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 265 NUMERAL 9 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 71 INCISO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 268 NUMERAL 1 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 268 NUMERAL 12 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 272

NOTA DE RELATORIA: Al respecto se puede analizar la sentencia del 14 de abril de 2010, exp. 31223; sentencia del 26 de febrero de 1998, exp. 4500; sentencia de la Corte Constitucional C-917 de 2002; sentencia de la Corte Constitucional C-307 del 30 de marzo de 2004 y sentencia de la Corte Constitucional C-384 del 13 de mayo de 2003

POTESTAD REGLAMENTARIA - Contenido del acto reglamentario. Alcance general / POTESTAD REGLAMENTARIA - Facultad del Gobierno Nacional / POTESTAD REGLAMENTARIA - Función administrativa del Presidente de la República

Sin duda alguna, dicha potestad normativa está en directa relación con los poderes de orientación política, dirección, estructuración, regulación, diseño y fijación de directrices para el cometido de los fines estatales asignados a la administración; todo esto, como es obvio, dentro del contexto de los principios y parámetros constitucionales y legales respectivos. Es decir, la potestad normativa de la administración o de hacer normas rectoras de la actividad estatal, en cuanto privilegio funcional, es de naturaleza subordinada y dependiente de las normas de carácter superior. Sería absurdo pensar en la posibilidad de una potestad normativa de la administración ausente o inmune al principio de la legalidad. (...) De manera concreta, tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional han definido un marco conceptual para el estudio y análisis del alcance y límites de la potestad reglamentaria en el derecho colombiano. (...) Así, en cuanto a su alcance general el Consejo de Estado, consideró que “(...) El numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política le asigna al Presidente de la República la atribución de “Ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las

leyes". La potestad reglamentaria es la expresión por excelencia de la función administrativa que ejerce el Presidente de la República. Es una facultad del gobierno para expedir normas generales, impersonales y abstractas para lograr la cumplida ejecución de las leyes. El acto reglamentario tiene su marco general en la ley para proveer la adecuada ejecución de ésta, precisando circunstancias o pormenores no contenidos en ella, por no haber sido regulados o por no ser de carácter sustancial. Ciertamente es imposible que la ley contenga todos los requisitos y pormenores indispensables para su cabal aplicación. No es posible que la ley tome en consideración los diversos casos particulares que se puedan comprender en determinada materia. La ley sienta los principios generales y el decreto reglamentario los hace operantes o los particulariza para hacer viable la aplicación de la ley. De consiguiente, so pretexto del ejercicio de la potestad reglamentaria mal puede ampliarse el ámbito de aplicación de la ley. El acto reglamentario debe aportar entonces los detalles, los pormenores de ejecución o aplicación de la ley; hace explícito lo implícito en ella; facilita su entendimiento y comprensión. Pero no puede extender su ámbito más allá de la ley. No es posible que el reglamento contenga normas que le están reservadas al legislador; no puede adicionar la ley, cambiarla, restringirla o recortarla en su esencia o sustancia; tampoco puede deslindar los límites de la potestad reglamentaria porque violaría, además de la ley, la propia constitución.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189 NUMERAL 11

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular ver el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de 9 de julio de 1996, exp. 854

POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites a su ejercicio: Competencia, necesidad y reserva de la ley / POTESTAD REGLAMENTARIA - No es absoluta

En cuanto a sus límites, esta Corporación ha indicado que "(...) el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria no puede dictar disposición alguna que viole una ley cualquiera, no sólo la que dice desarrollar o ejecutar sino todas las normas que tengan carácter legislativo (...) y que so pretexto de reglamentar una norma, el decreto reglamentario no puede, en ejercicio de la facultad mencionada, modificar, ampliar o restringir el sentido de la ley dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en las mismas, porque ello no sería reglamentar sino legislar. (...) Así las cosas, se puede concluir, en primer lugar, que el alcance de la potestad reglamentaria varía en atención a la extensión de la regulación legal. (...) Además, también es forzoso concluir que la potestad reglamentaria exige que el legislador previamente expida una regulación básica o "materialidad legislativa", con base en la cual el Gobierno promulgue la reglamentación correspondiente; "si el legislador no define ese presupuesto normativo básico estaría delegando en el Gobierno lo que la Constitución ha querido que no sea materia de reglamento sino de ley, pues el requisito fundamental que supone la potestad reglamentaria es la existencia previa de un contenido legal por reglamentar". (...) En otras palabras, la potestad reglamentaria no es absoluta, sus límites están determinados en la Constitución y la ley y, en consecuencia, el Ejecutivo no puede alterar o modificar el contenido y espíritu de la ley, "ni puede reglamentar leyes que no ejecuta la administración, como tampoco puede desarrollar aquellas materias cuyo contenido está reservado al legislador". (...) En este sentido, el Consejo de Estado ha establecido que la potestad reglamentaria se encuentra limitada por dos criterios, a saber: la competencia y la necesidad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 150 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 151 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 152 /

CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 212 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 213 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 215

NOTA DE RELATORIA: En esta materia ver la decisión de 14 de abril de 2010, exp. 36054

POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites: Competencia

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

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 150 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 151 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 152 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 212 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 213 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 215

NOTA DE RELATORIA: En esta materia ver la decisión de 14 de abril de 2010, exp. 36054

POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites: Necesidad

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 indispensable.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 150 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 151 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 152 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 212 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 213 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 215

NOTA DE RELATORIA: En esta materia ver las sentencias de la Sección Cuarta del Consejo de Estado de 5 de septiembre de 1997, exp. 8308 y 5 de mayo de 2003, exp. 13212. Y la decisión de 14 de abril de 2010, exp. 36054 de la Sección Tercera del Consejo de Estado

POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites: Reserva de la ley

Para la Sala resulta oportuno señalar como la reserva de ley constituye un límite a la potestad reglamentaria. (...) No obstante, la expresión “reserva de ley” también se utiliza como sinónimo de “principio de legalidad” o de “cláusula general de competencia del Congreso”, a partir de lo cual “todos los temas pueden ser regulados por el órgano legislativo mediante ley y que la actividad de la administración, a través de su potestad reglamentaria, debe estar fundada en la Constitución cuando se trate de disposiciones constitucionales con eficacia directa, o en la ley”. (...) Igualmente, la reserva de ley define aquellos eventos en los que el constituyente insta al legislador a regular determinadas materias en razón de su trascendencia. (...) El efecto de la reserva de ley se traduce en “la obligación de que las prescripciones normativas que regulen materias propias de esa técnica, consten en disposiciones que pertenezcan a cuerpos normativos de rango legal, lo cual implica que tales materias únicamente pueden ser reguladas por el Ejecutivo en razón de una ley de facultades extraordinarias o de decretos legislativos de estados de excepción, pero nunca a través de la potestad reglamentaria del Gobierno. (...) Así las cosas, el Legislador puede delimitar una

materia y permitir que se desarrolle y concrete mediante actos administrativos, siempre y cuando no se trate de asuntos amparados con reserva legal.

NOTA DE RELATORIA: Al respecto ver, Corte Constitucional, sentencias: C 570 de 1997 y C 1191 de 2001

ORDENAMIENTO JURIDICO - Interpretación textual o literal de las normas jurídicas / INTERPRETACION TEXTUAL - Noción. Aspectos problemáticos. Críticas al método de interpretación / LENGUAJE - Eje medular de las relaciones humanas

La Sala entiende que el ejercicio interpretativo es necesario como paso previo en la aplicación del derecho. Igualmente, entiende que la interpretación textual de las normas jurídicas parte de un lugar común indiscutible: para interpretar la Ley es necesario comprender el sentido de las palabras que conforman sus enunciados. Sin embargo, la interpretación textual afronta objeciones que dicen relación con la objetividad de las palabras de la Ley. Además, el simple hecho de obtener significados no disputados de las palabras de una norma no constituye razón suficiente para la atribución de significado, pues es necesario tener en cuenta los principios y valores convencionales y constitucionales y su efecto irradiador sobre el ordenamiento inferior.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 27 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 28 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 29 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1618

NOTA DE RELATORIA: Al respecto se puede analizar la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 7 de julio de 2011, exp. 18762 y la sentencia de la Corte Constitucional C 893 de 2012

ORDENAMIENTO JURIDICO - Interpretación constitucional / ORDENAMIENTO JURIDICO - Aproximación teórica a los sistemas constitucionales contemporáneos

Una correcta lectura de los principios constitucionales que rigen los sistemas jurídicos contemporáneos así como la práctica jurídica, lleva a considerar como necesaria la asunción, por parte del Juez, del neoconstitucionalismo, como aquella doctrina que es propia a los ordenamientos jurídicos que se distinguen por contar con i) con una Constitución erigida como lex superior del sistema jurídico, lo que supone que ésta se encuentra garantizada por vía de procedimientos especiales y agravados para proceder a su reforma constitucional además de instituir una jurisdicción constitucional que se encarga de velar por la sujeción del legislador (en el control de constitucionalidad de las leyes) así como de todos los poderes públicos a los preceptos jurídicos de la Constitución; además de esta superioridad formal, ii) hacen parte de la lex superior un catálogo sustantivo de derechos fundamentales, aquellos que se consideran como de alta valía política y jurídica en la sociedad de modo tal que no pueden quedar en manos de una mayoría política ordinaria en tanto derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos y que, se reconocen como materialización de las exigencias morales que debe satisfacer todo ordenamiento jurídico, conforme a la pretensión de corrección. (...) Se trata, entonces, de una especificidad que se impone a la interpretación constitucional, comoquiera que, además de las reglas jurídicas (entendidos como enunciados que consagran un supuesto de hecho y una sanción jurídica específica, que opera bajo la lógica de un "todo o nada"), se encuentran los principios jurídicos, los cuales, participan de la categoría de normas jurídicas, pero, a diferencia de las reglas, tienen un peso o importancia mayor en el ordenamiento jurídico o, visto desde otra perspectiva, se le considera como mandato de optimización, que implica que lo prescrito en ellos debe ser observado en la mayor medida de las

circunstancias fácticas y jurídicas posibles. (...) Sin embargo, la interpretación en el marco del constitucionalismo trata de un proceso continuo e inacabado que tiene lugar en el marco de una cadena interpretativa que parte desde el momento mismo de la promulgación de un determinado cuerpo normativo y se extiende durante todo el momento en que los partícipes de la práctica jurídica han hecho uso de diversos recursos argumentativos para cumplir con su deber de extraer de dichas normas la mejor lectura posible conforme a los principios constitucionales que fundamentan un sistema jurídico. (...) Es por las anteriores razones que se sostiene la inconsistencia del positivismo jurídico frente a las tendencias de los sistemas jurídicos contemporáneos, dotados de constituciones rígidas formalmente, enriquecidas con sus contenidos sustantivos garantes de los derechos individuales y que busca, como una de sus finalidades, fortalecer la vigencia cotidiana del principio democrático deliberativo en todas y cada una de las instancias de poder del Estado. Por lo tanto, una situación descrita en los anteriores términos no puede ser explicada a partir de la teoría positivista para la cual es absolutamente irrelevante el contenido del derecho así como tampoco presta mayor atención a la necesidad de garantizar de manera efectiva la vigencia de los postulados sustantivos de la Constitución por vía de un método de interpretación dirigido a los operadores jurídicos en tal sentido.

CONTRATACION ESTATAL - Interpretación del ordenamiento jurídico / ORDENAMIENTO JURIDICO - Normas de contratación estatal. Interpretación: Fines constitucionales / ORDENAMIENTO JURIDICO - Normas de contratación estatal. Interpretación: Principios constitucionales o valores constitucionales

En el orden jurídico colombiano existe una especificidad constitucional a favor de la administración pública, comoquiera que, además de encontrarse sujeta a los principios y valores del preámbulo y los artículos 1º, 2º y 3º, el artículo 209 le asigna un especial rol funcional, como lo es el de estar al servicio de los intereses generales, observando unos particulares principios de acción. (...) Por lo anterior, se tiene que a partir de una juiciosa lectura de tales principios y valores es que se encuentra que las actuaciones de la Administración no constituyen un rito ciego a la forma por la forma, la magnificación de lo adjetivo sobre lo material o de mero ejecutor formal de la Ley; contrario a ello, resulta que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho los procedimientos que ésta tiene a su cargo tienen un derrotero específico, cual es concretar la “profunda vocación protectora y garantizadora de los derechos e intereses tanto individuales como colectivos en relación con la actividad de la Administración, predeterminando para ella senderos forzosos de actuación, y marcos sustanciales de contención a la arbitrariedad.” (...) Y justamente la contratación estatal es uno de aquellos instrumentos con que cuenta la Administración para el cumplimiento de los fines constitucionales del Estado, razón por la cual durante las etapas de estructuración, proyección o planeación de los contratos del Estado, la precontractual propiamente dicha y, luego de ello, a lo largo de la existencia del contrato estatal se impone a la Administración hacer uso de las herramientas jurídicas de dirección y manejo del contrato conforme a los principios constitucionales y con miras a satisfacer el interés general. (...) No otra cosa puede decirse en este punto cuando se advierte (además de lo dicho supra) la existencia de una disposición como la del artículo 23 de la Ley 80 de 1993 a cuyo tenor se lee que “las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función pública.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - PREAMBULO / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 1 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 3 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 23

NOTA DE RELATORIA: Al respecto se puede analizar la sentencia 1 de febrero de 2012, exp. 22464 y el fallo de de 24 de abril de 2013, exp. 27315

CONTRATACION ESTATAL - Control de convencionalidad / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - Concepto, definición, noción / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - Fundamento. Interpretación de las normas de contratación / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - Contratación estatal. Administración pública, autoridad pública. Deber de atender tratados internacionales en materia de contratación estatal o contratación pública / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - Convención Americana de Derechos Humanos. Aplicabilidad del control de convencionalidad en materia de contratación estatal

En el presente asunto, de la contratación estatal, la convencionalidad tiene obligatoria presencia. Es preciso destacar que además de la obligatoria observancia de las disposiciones constitucionales y legales pertinentes (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto-Ley 4170 de 2011, entre otras normas), la Administración Pública debe considerar de manera relevante las normas sobre la materia en derecho internacional, bien sea estas incorporadas mediante tratados o convenios internacionales, o por vía del soft law. (...) Lo anterior por cuanto, respecto de tratados internacionales bilaterales o multilaterales debidamente incorporados al derecho interno, se predica el deber del Estado – como un todo – de cumplir de buena fe las obligaciones pactadas allí. Se sigue de ello que el operador jurídico debe integrar el ordenamiento jurídico interno conforme al derecho internacional de acuerdo a lo establecido en el artículo 27 de la Convención de Viena, a cuyo tenor se lee: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”. (...) En efecto, siendo las normas de derecho internacional en materia de integración comercial reglas que pretenden solucionar problemas de coordinación de lenguaje jurídico entre partícipes que interactúan en diversas jurisdicciones en aras de promover la seguridad jurídica y el desarrollo económico es claro que se impone seguir las deficiones y/o conceptualizaciones estipuladas en aquellos pactos de derecho internacional a fin de desentrañar el alcance o significado de cierta noción, terminología, concepto o cláusula. (...) Para el caso que llama la atención de la Sala, no puede pasarse por alto el artículo 2º de la Ley Modelo de Contratación Pública, de la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Comercio Internacional CNUDMI – UNCITRAL que establece un conjunto de definiciones relacionadas con la contratación estatal así como el documento denominado “Glosario de términos relacionados con la contratación pública utilizados en la Ley Modelo”, donde se compendia un conjunto de definiciones sobre la materia contrastadas con las adoptadas por otros órganos (sic) (sic) internacionales. Es decir, se trata de la existencia de conceptos sobre la materia en el derecho internacional, de modo tal que la normativa colombiana sobre contratación pública debería ser leída e interpretada conforme a dichos derroteros. (...) Lo anterior cobra relevancia persuasiva para la Administración Pública en los procedimientos de contratación por cuanto, por una parte, se trata de definiciones adoptadas por un órgano internacional cuya misión fundamental gravita alrededor de la unificación de regulaciones jurídicas que promuevan el comercio internacional y, por otro tanto, en razón a que algunas disposiciones de la Ley 1150 de 2007 han sido adoptadas con fundamento en la Ley Modelo citada. (...) No duda la Sala de la importancia que tienen estos documentos para la Administración Pública, pues las definiciones allí incluidas no atienden al sentido natural y obvio de las palabras sino que, por el contrario, se encuentran enfocadas hacia el sentido que deben tener dentro del argot contractual del Estado conforme al ordenamiento jurídico internacional lo que, a la postre, redundaría en mayor precisión de los términos empleados y seguridad jurídica para los partícipes. (...) Del mismo modo,

también toma nota esta Sala de Subsección de otros usos terminológicos de común uso en el comercio nacional o internacional y cuya génesis no se encuentra en la regulación jurídica de derecho positivo del Estado ni en el sentido natural y obvio de ciertos términos. Se trata, específicamente, de los llamados Incoterms, establecidos por la Cámara de Comercio Internacional, que especifican aspectos tales como las condiciones de entrega de mercancías, la distribución de riesgos y costes de la operación así como los trámites documentales de las partes involucradas en una relación contractual. Así, se encuentran términos bien conocidos como FAS (Free Alongside Ship), FOB (Free on Board), CFR (Cost and Freight), EXW (Ex Work), FCA (Free Carrier), por solo citar algunos. Se trata, si se quiere, de conceptos que tienen trascendencia jurídica a nivel interno al ser reconocidas, por las mismas partes, como normas imperativas en el marco del negocio jurídico celebrado. (...) Los anteriores casos, ponen de presente cómo se requiere de una comprensión amplia e integral del ordenamiento jurídico positivo enriquecido por la vía de los tratados de derecho internacional debidamente incorporados o, en otros casos, del soft law donde lo que se advierten estipulaciones sobre conceptos o definiciones con relevancia en la actividad contractual del Estado. Con otras palabras, en el ejercicio de atribución de significado a los términos tiene lugar una labor de convencionalidad, de modo tal que se impone al intérprete de la norma (o de los términos en particular) seguir lo dispuesto en el ordenamiento jurídico convencional. (...) Finalmente, dentro de este mismo ámbito contractual debe la Sala recordar que el control de convencionalidad hace presencia desde la perspectiva de la Convención Americana de Derechos Humanos, por cuanto, inclusive, en las relaciones contractuales se impone el respeto y primacía de los derechos y garantías allí reconocidos. (...) Así, la convencionalidad en el derecho, y específicamente en lo relacionado con la contratación estatal, impone el respeto y el sometimiento para la Administración Pública de aquellas estipulaciones establecidas en Tratados Internacionales sobre definiciones con relevancia en el derecho contractual del Estado. Igualmente, el soft law constituye un valioso referente persuasivo que debe ser considerado de manera ponderada por la Administración ya que es reflejo de desarrollos consuetudinarios del comercio internacional que, por lo mismo, aportan seguridad jurídica y certidumbre respecto de los términos empleados en las relaciones contractuales. Finalmente, la convencionalidad se muestra en un tercer escenario desde el enfoque de los Derechos Humanos, donde se predica el respeto que debe la Administración hacia los derechos y garantías allí reconocidos, lo cual repercute directamente en la interpretación de términos y cláusulas contractuales que, dado el caso, puedan contravenir el derecho convencional.

FUENTE FORMAL: CONVENCION DE VIENA - ARTICULO 27 / LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA CONTRATACION PUBLICA DE 1 DE JULIO DE 2011 - ARTICULO 2 / CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 20

NOTA DE RELATORIA: Al respecto se puede analizar la sentencia de 13 de abril de 2015, exp. 52556

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veinte (20) de abril de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00037-00(50219)

Actor: VICTOR ANDRES SANDOVAL PEÑA

Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN Y AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN.

Referencia: ACCION DE NULIDAD SIMPLE (SENTENCIA CONDICIONADA)

Procede la Sala a decidir la acción de simple nulidad interpuesta por el demandante contra un aparte del inciso primero del artículo 3° del Decreto 1510 de 17 de julio de 2013, expedido por el Gobierno Nacional¹.

ANTECEDENTES

1.- En escrito del 28 de febrero de 2014 el ciudadano Víctor Andrés Sandoval Peña, en ejercicio del medio de control de nulidad simple, solicitó se declarara la nulidad del aparte “Los términos no definidos en el presente decreto y utilizados frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio.” Contendida en el inciso primero del artículo 3° del Decreto 1510 de 2013 dictado por la Presidencia de la República y el departamento Nacional de Planeación.

2.- Mediante auto de 25 de marzo de 2014 el Despacho admitió la demanda ordenando su notificación personal a los demandados e intervinientes y concediendo el término establecido por la ley para efectos de su contestación.

3.- Así mismo, comoquiera que se presentó solicitud de suspensión provisional contra el aparte de la norma demandada, mediante proveído de la misma fecha se corrió traslado a la parte demandada por el término de cinco (5) días, transcurridos entre el 28 de abril y el 5 de mayo de 2014, conforme lo establecido en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Dentro de la mencionada oportunidad la Presidencia de la República, el Departamento Nacional de Planeación y la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente- manifestaron su oposición a la cautela deprecada.

4.- La parte demandante, en escrito del 30 de abril de 2014 reformó el escrito de demanda, consistiendo en ello en aclarar “que uno de los artículos que se considera

¹ Publicado en el Diario Oficial No. 48854 de 17 de julio de 2013

violado por el precepto demandado es el artículo 29 del Código civil, por ende, se debe entender que a lo largo de la demanda, fue este artículo citado y no el artículo 28 de dicho código.”. Dicha reforma de demanda fue admitida por mediante auto de 19 de agosto de 2014.

5.- Mediante auto de 9 de mayo de 2014, se fijó el 19 de mayo de 2014 a las 10.00 am 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 los intervinientes expusieron oralmente sus consideraciones sobre la medida cautelar. El 19 de mayo de 2014 se denegó la solicitud de medida cautelar solicitada.

6.- El 12 de marzo se celebró audiencia inicial y advirtiéndose que se trataba de un litigio de puro derecho el Magistrado Ponente resolvió conceder la oportunidad a las partes para presentar oralmente sus alegaciones de conclusión.

7.- Mediante auto de 7 de abril de 2015 se fijó el 20 de abril de 2015 a las 2.30 pm como fecha y hora para audiencia de lectura de fallo.

EL ACTO DEMANDADO

La parte demandante dirige su pretensión de simple nulidad en contra del aparte subrayado del inciso primero del artículo 3° del Decreto 1510 de 17 de julio de 2013, del siguiente tenor literal:

*“DIARIO OFICIAL No. 48854 de 17 de Julio de 2013
Departamento Nacional de Planeación
**Decreto Número 1510
(17 de julio de 2013)***

“Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”

El Presidente de la República de Colombia en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en particular las que le confieren el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y la Ley 80 de 1993, la Ley 361 de 1997, la Ley 590 de 2000, la Ley 816 de 2003, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1450 de 2011, la Ley 1474 de 2011, el Decreto-ley número 4170 de 2011 y el Decreto-ley número 019 de 2012, y

*(...)
Decreta:
(...)*

*Artículo 3°. Definiciones. **Los términos no definidos en el presente decreto y utilizados frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio.** Para la interpretación del presente decreto, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que a continuación se indica. Los términos definidos son utilizados en singular y en plural de acuerdo como lo requiera el contexto en el cual son utilizados.*

Acuerdos Comerciales son tratados internacionales vigentes celebrados por el Estado colombiano, que contienen derechos y obligaciones en materia de compras públicas, en los cuales existe como mínimo el compromiso de trato nacional para: (i) los bienes y servicios de origen colombiano y (ii) los proveedores colombianos.

Acuerdo Marco de Precios es el contrato celebrado entre uno o más proveedores y Colombia Compra Eficiente, o quien haga sus veces, para la provisión a las Entidades Estatales de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes, en la forma, plazo y condiciones establecidas en este.

Adendas es el documento por medio del cual la Entidad Estatal modifica los pliegos de condiciones.

Bienes Nacionales son los bienes definidos como nacionales en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, de conformidad con el Decreto número 2680 de 2009 o las normas que lo modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan.

Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes son los bienes y servicios de común utilización con especificaciones técnicas y patrones de desempeño y calidad iguales o similares, que en consecuencia pueden ser agrupados como bienes y servicios homogéneos para su adquisición y a los que se refiere el literal (a) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007.

Bienes y Servicios para la Defensa y Seguridad Nacional son los adquiridos para ese propósito por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, las entidades del Sector Defensa, la Dirección Nacional de Inteligencia, la Fiscalía General de la Nación, el INPEC, la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios SPC, la Unidad Nacional de Protección, la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Superior de la Judicatura en las categorías previstas en el artículo 65 del presente decreto.

Capacidad Residual o K de Contratación es la aptitud de un oferente para cumplir oportuna y cabalmente con el objeto de un contrato de obra, sin que sus otros compromisos contractuales afecten su habilidad de cumplir con el contrato que está en proceso de selección.

Catálogo para Acuerdos Marco de Precios es la ficha que contiene: (a) la lista de bienes y/o servicios; (b) las condiciones de su contratación que están amparadas por un Acuerdo Marco de Precios; y (c) la lista de los contratistas que son parte del Acuerdo Marco de Precios.

Clasificador de Bienes y Servicios es el sistema de codificación de las Naciones Unidas para estandarizar productos y servicios, conocido por las siglas UNSPSC.

Colombia Compra Eficiente es la Agencia Nacional de Contratación Pública creada por medio del Decreto-ley número 4170 de 2011.

Cronograma es el documento en el cual la Entidad Estatal establece las fechas, horas y plazos para las actividades propias del Proceso de Contratación y el lugar en el que estas deben llevarse a cabo.

Documentos del Proceso son: (a) los estudios y documentos previos; (b) el aviso de convocatoria; (c) los pliegos de condiciones o la invitación; (d) las Adendas; (e) la oferta; (f) el informe de evaluación; (g) el contrato; y cualquier otro documento expedido por la Entidad Estatal durante el Proceso de Contratación.

Entidad Estatal es cada una de las entidades: (a) a las que se refiere el artículo 2° de la Ley 80 de 1993; (b) a las que se refieren los artículos 10, 14 y 24 de la Ley 1150 de 2007 y (c) aquellas entidades que por disposición de la ley deban aplicar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, o las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan.

Etapas del Contrato son las fases en las que se divide la ejecución del contrato, teniendo en cuenta las actividades propias de cada una de ellas las cuales pueden ser utilizadas por la Entidad Estatal para estructurar las garantías del contrato.

Grandes Superficies son los establecimientos de comercio que venden bienes de consumo masivo al detal y tienen las condiciones financieras definidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Lance es cada una de las posturas que hacen los oferentes en el marco de una subasta.

Margen Mínimo es el valor mínimo en el cual el oferente en una subasta inversa debe reducir el valor del Lance o en una subasta de enajenación debe incrementar el valor del Lance, el cual puede ser expresado en dinero o en un porcentaje del precio de inicio de la subasta.

Mipyme es la micro, pequeña y mediana empresa medida de acuerdo con la ley vigente aplicable.

Período Contractual es cada una de las fracciones temporales en las que se divide la ejecución del contrato, las cuales pueden ser utilizadas por la Entidad Estatal para estructurar las garantías del contrato.

Plan Anual de Adquisiciones es el plan general de compras al que se refiere el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011 y el plan de compras al que se refiere la Ley Anual de Presupuesto. Es un instrumento de planeación contractual que las Entidades Estatales deben diligenciar, publicar y actualizar en los términos del presente decreto.

Proceso de Contratación es el conjunto de actos y actividades, y su secuencia, adelantadas por la Entidad Estatal desde la planeación hasta el vencimiento de las garantías de calidad, estabilidad y mantenimiento, o las condiciones de disposición final o recuperación ambiental de las obras o bienes o el vencimiento del plazo, lo que ocurra más tarde.

Riesgo es un evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un Contrato.

RUP es el registro único de proponentes que llevan las cámaras de comercio y en el cual los interesados en participar en Procesos de Contratación deben estar inscritos.

Servicios Nacionales son los servicios prestados por personas naturales colombianas o residentes en Colombia o por personas jurídicas constituidas de conformidad con la legislación colombiana.

Secop es el Sistema Electrónico para la Contratación Pública al que se refiere el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007.

Smmlv es el salario mínimo mensual legal vigente.”

CARGOS DE NULIDAD

En su escrito de demanda el actor plantea que el aparte demandado contraviene el artículo 189, núm. 11 de la Constitución Política², los artículos 13³, 23⁴ y 28⁵ de la Ley 80 de 1993 y los artículos 27⁶, 28⁷, 30⁸ y 32⁹ del Código Civil.

Considera que la potestad reglamentaria, conforme al artículo 189.11 de la Constitución Política y la jurisprudencia del Consejo de Estado comprende el ejercicio de una facultad del Gobierno Nacional supeditada al cumplimiento de los criterios de competencia y necesidad.

² Constitución Política. Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

(...)

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

³ Ley 80 de 1993. Artículo 13 Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley. (...)

⁴ Ley 80 de 1993. Artículo 23. “Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función pública”.

⁵ Ley 80 de 1993. Artículo 28 En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de la cláusula y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

⁶ Código Civil. Artículo 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

⁷ Código Civil. Artículo 28. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

⁸ Código Civil. Artículo 30. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

⁹ Código Civil. Artículo 32. En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.

Igualmente, el actor dedica un aparte de su exposición a los criterios de interpretación de la Ley. Para tal fin plantea la existencia de unos criterios de índole lógico formal, donde se ubica la tesis de la aplicación literal de las normas jurídicas y, como contraposición a ello, estipula otro conjunto de teorías “que dimanen de la percepción del ejercicio jurídico-interpretativo, como una actividad valorativa”. Entonces, conforme a esta última postura se da por aceptada la existencia de principios, además de las reglas, dentro del ordenamiento jurídico.

Conforme al anterior entendimiento, se da por descontado que las normas que revisten la estructura de principios jurídicos demandan criterios de interpretación “abiertamente distintos a los de orden lingüístico”.

Dicho lo anterior el actor concreta su cargo de nulidad en los siguientes términos:

“2.- El artículo 3° del Decreto 1510 de 2013 inicia con un mandato interpretativo referente a que los términos usados en dicho acto administrativo que sean frecuentemente utilizados deben entenderse en su significado natural y obvio; lo que deriva en la utilización de una de las tantas clases de interpretación jurídica desarrolladas por la Ley, la jurisprudencia y la doctrina: La interpretación literal. Este precepto contraviene lo dispuesto en normas de rango superior tanto de la Constitución Política (numeral 11 del artículo 189) como del Estatuto General de la Contratación Pública (artículos 13, 23 y 28 de la Ley 80 de 1993) y del Código Civil (artículo 27, 28, 30, 32). Contraria dichas normas toda vez que el Estatuto, aunque no contiene normas que indiquen cuáles son los criterios hermenéuticos que se deben seguir al momento de interpretar las normas que regulan la contratación del Estado, permite que todos los aspectos no tratados de manera expresa por dicho cuerpo normativo, se deban regular por las disposiciones civiles y comerciales que se relacionen. Así, se encuentra que el Código Civil contiene una serie de normas que además de admitir la interpretación literal de la ley, establece que este no es el único criterio hermenéutico, sino que existen otros que también pueden ser utilizados para interpretar disposiciones normativas y los términos que la componen. Dicha tesis ha sido avalada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en múltiples sentencias, en las que se echa mano (sic) varios de esos criterios interpretativos, distintos del literal.

3. Por lo anterior, es claro que el Gobierno Nacional excedió sus facultades reglamentarias, al establecer un único criterio interpretativo de su propio reglamento, desbordando así los límites de competencia y necesidad establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado, por cuanto se entiende que no era imperioso que el reglamentador tratara el tema de los criterios interpretativos de los términos frecuentemente utilizados en el acto administrativo, dado que este, al estar subordinado a la ley, debe ser interpretado de acuerdo a los parámetros desarrollados por el Estatuto General de la Contratación, que remiten dicho aspecto al Código Civil. Así las cosas, el precepto demandado contraría el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, por desbordamiento de las facultades reglamentarias. Así mismo, se contrapone a los artículos 13, 23 y 28 de la Ley 80 de 1993 y a los artículos 27, 28, 30 y 32 del Código Civil, puesto que el articulado citado de la Ley 80 remite a las disposiciones civiles y comerciales respectivas, todos los aspectos que no sean regulados por el Estatuto General de la Contratación y las normas del Código Civil mencionadas contienen algunos de los mecanismos para la interpretación de las leyes, diferentes a la interpretación literal, por lo que se entiende que es la Ley y no el reglamento, la llamada a regular este aspecto. Por su fuera poco la norma demandada al imponer un único criterio

hermenéutico, limita las facultades del juez que deba darle aplicación, trastocando así diversos principios vertebrales del Estado Social de Derecho, que abogan por la independencia del poder judicial que únicamente debe estar sometido al imperio de la Ley, que no a lo dispuesto por órganos de distinta naturaleza, tales como el Gobierno Nacional.” (fls 8vto y 9, c1).

ARGUMENTOS DE OPOSICIÓN A LA DEMANDA

Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia compra eficiente.

En escrito del 9 de junio de 2014 (fls 58-60, c1) dicha Entidad se opuso a la prosperidad de la pretensión incoada por el actor planteando como excepción que “No puede haber nulidad cuando no hay incompatibilidad de una norma reglamentaria con el entorno normativo superior”.

Para tal efecto recordó que el ejercicio de la potestad reglamentaria no demanda pronunciamiento previo por parte del legislador, por el contrario basta con que el Gobierno encuentre la necesidad de reglamentar la Ley, para hacerlo.

Dicho lo anterior, alega la Entidad que no hay exceso de la potestad reglamentaria en el *sub judice* por cuanto el aparte de la norma demandada no hace más que reiterar el contenido normativo del artículo 28 del Código Civil, de modo que lo que hace el Decreto recordar esta primer regla de interpretación establecida en la Ley y, precisa, que “Solo cuando ello no conduce a la claridad, es que se aprecian y aplican sistemas y técnicas de hermenéutica, para lograr entender el sentido de la norma”.

Finalmente recuerda la demandada que el Decreto 1510 de 2013 se ajustó, además, a las directrices para la adopción de actos administrativos establecidas en el Decreto 1345 de 2010¹⁰ y, por otra parte, que lo dicho en la norma demandada no cambia la interpretación de las reglas en materia de contratación estatal.

Departamento Nacional de Planeación

Dicha entidad, en escrito de 19 de junio de 2014 (fls 72-74, c1) dio contestación al libelo demandatorio. Aunque inició su exposición identificando como norma demandada el artículo 2° del Decreto 4973 de 2009, el contenido sustantivo del escrito dice relación con la defensa de la legalidad del artículo 3° del Decreto 1510 de 2013, razón por la cual será tenido en cuenta lo allí dicho.

¹⁰ Cita el demandado el numeral 3.6.1.2 que dice “Es necesario emplear los términos en su acepción usual. Si una misma norma palabra tiene un sentido diferente en el lenguaje jurídico y en el lenguaje corriente o técnico, la frase debe redactarse de modo que se evite cualquier equívoco”.

Ahora bien, como razón de defensa la entidad expuso que si el Código Civil, en su artículo 28, hace referente a la interpretación gramatical “el Decreto 1510 de 2013 posee plena habilitación legal para plasmar este tipo de interpretación”. De allí extrae, entonces, que no se configura oposición entre lo dicho por el Decreto y las normas constitucionales o legales invocadas como violadas por el demandante. Por otra parte, se advierte que no existe un Estatuto Único de Contratación, razón por la que tampoco es posible que la norma acusada viole tal cuerpo normativo. Finalmente, alega la Entidad que lo incluido en el artículo 3° del Decreto 1510 de 2013 no contraviene las características de la contratación estatal.

Presidencia de la República.

En memorial de 15 de julio de 2014 (fls 75-77, c1) la Presidencia de la República contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de la pretensión anulatoria proponiendo como excepción la que denominó “Inexistencia de exceso alguno en el ejercicio de la potestad reglamentaria”.

En desarrollo de este medio exceptivo alegó la Presidencia que la inclusión de la ya pluricitada regla de interpretación no supone vulneración a las normas o principios invocados por el demandante por cuanto no se invaden competencias de otras esferas del poder público. Reiteró que el actor no demostró la falta de correspondencia entre la norma acusada y la Constitución y/o la Ley. Finalmente, hizo énfasis en que la pretensión de la demanda es inocua en tanto que “no es necesario decretar la nulidad del artículo acusado para resolver los casos que sean cobijados por la misma, pues basta con acudir a criterios de integración y hermenéutica jurídica porque no todo conflicto de interpretación normativa debe resolverse declarando la nulidad de normas”.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público, en el marco de la audiencia inicial y de alegaciones emitió su concepto el cual va dirigido a solicitar la denegatoria de las pretensiones de la demanda.

Consideró la vista fiscal que no le asistía razón al accionante por cuanto la norma demandada no significa que el criterio hermenéutico de interpretación literal sea el único para interpretar los términos del Decreto 1510 de 2013, simplemente se trató de “hacer explícito lo ordenado por el legislador, en tanto que el método de interpretación literal aplica como primera regla hermenéutica, sin que ello signifique que se limita o prohíbe

la aplicación de los demás métodos de interpretación puesto que son complementarios.”.

CONSIDERACIONES

1.- Fijación del problema jurídico.

Conforme a los antecedentes expuestos, los cargos de nulidad formulados en el escrito de demanda, las contestaciones planteadas por las accionadas y el concepto emitido por el Ministerio Público, esta Sala encuentra que el problema jurídico que plantea el *sub judice* se reconduce a determinar si lo estipulado en el aparte del artículo 3° del Decreto 1510 de 2013 desconoce la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional, por violación a las normas del Código Civil sobre interpretación de la Ley y los artículos 13, 23 y 28 de la Ley 80 de 1993. Con otras palabras, si establecer en una norma reglamentaria que “los términos no definidos en el presente decreto y utilizados frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio”, viola el orden jurídico superior.

Por consiguiente, se impone analizar, en primer lugar, **i)** La potestad reglamentaria del Gobierno Nacional; delimitado dicho concepto y sus alcances la Sala abordará **ii)** La interpretación literal. Noción y aspectos problemáticos; fijado este punto, se desarrollará **iii)** la interpretación constitucional del ordenamiento jurídico. Fines constitucionales de la contratación estatal y sujeción de la administración a los principios y valores constitucionales; con tales insumos debe la Sala ocuparse de **iv)** el concepto de convencionalidad. Fundamento y su repercusión en la interpretación de las normas. Una vez fijado el anterior marco teórico de análisis hará la Sala su valoración **v)** en el caso concreto.

2.- La Potestad reglamentaria¹¹.

2.1.- Antes de entrar a estudiar el caso en concreto, la Sala estima conveniente hacer algunas consideraciones sobre la potestad reglamentaria, su origen histórico; su titularidad; su contenido y alcance a la luz de la jurisprudencia, tanto constitucional, como aquella proferida por esta Corporación¹².

¹¹ Se reitera, en este punto, lo considerado por la Sala Plena de Sección Tercera sobre la materia en la sentencia de 2 de diciembre de 2013, exp. 41719.

¹² Véase, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de marzo de 2011. Exp: 36601, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

2.2.- Al hablar de la potestad reglamentaria resulta necesario remontarse al debate milenario entre el rey y las corporaciones en procura de la hegemonía por la producción normativa. Conflicto este que en los ordenamientos preconstitucionales se resolvió en favor del monarca; pero que, en el Estado Constitucional se trató de una “(...) pugna secular por la conquista de la hegemonía en el campo de la producción normativa entre el poder ejecutivo y las asambleas representativas; una pugna que ha tenido las más diversas manifestaciones y que está aún lejos de haberse cerrado definitivamente”¹³.

2.3.- La Revolución Francesa significó por muy corto tiempo la inversión de fuerzas en materia normativa, con lo cual el Parlamento recuperó su capacidad absoluta de regulación bajo el pretexto de la ley como manifestación de la voluntad general, lo que implicó para el ejecutivo prácticamente el abandono de la potestad reglamentaria. Sin embargo, la realidad de las cosas y la necesidad de convertir a la administración en el poder central de la revolución hicieron que rápidamente la función administrativa se volviera depositaria de los poderes normativos que caracterizaron durante el viejo régimen al soberano¹⁴.

2.4.- Sin embargo, no se puede olvidar que en otras latitudes europeas el proceso entre potestad reglamentaria y legislativa fue diferente. En el modelo germánico, por ejemplo, se presentó una distribución funcional entre Parlamento y Ejecutivo, que en un comienzo fue incipiente pero que se consolidó prácticamente con la Constitución de Weimar de 1919¹⁵.

2.5.- Ahora bien, la evolución histórica de la figura de la potestad reglamentaria en Colombia ha estado ligada a los altibajos de nuestro constitucionalismo, pues las características del sistema presidencial colombiano han determinado el papel preponderante que la administración históricamente ha cumplido y la han convertido en una fuente indudable e inagotable de normatividad.

2.6.- En cuanto a la titularidad de la potestad reglamentaria, es decir, de la capacidad de producir normas administrativas de carácter general reguladoras de la actividad de

¹³ SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Fundamentos de Derecho Administrativo. Tomo I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces SA. Madrid 1991, p. 690.

¹⁴ “Las razones que impulsaron este espectacular cambio de criterio pueden adivinarse sin dificultad. La eliminación de la potestad reglamentaria tenía sentido en los momentos iniciales del proceso, cuando dicha potestad hubiera correspondido a un rey y a una corte abiertamente opuestos al proyecto revolucionario; extinguida la monarquía, destruido casi por completo el poder de la nobleza y controlado todo el aparato político por la burguesía triunfante, la transformación completa del sistema económico y jurídico exigía un ejecutivo inequívocamente fuerte respecto al cual carecían de justificación las cortapisas diseñadas para el último de los capetos”. *Ibid.*, pp. 698-699.

¹⁵ En la práctica, a diferencia del sistema francés que planteaba una subordinación jerárquica entre el reglamento y la ley, en el caso alemán la ley y el reglamento se encuentran a un mismo nivel normativo, que corresponde a dos puntos horizontales de producción normativa de contenidos materiales diversos.

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

2.7.- En este orden de ideas, la *regla general en materia reglamentaria* la tiene el Presidente de la República por dos vías: por una parte, a través de la reglamentación directa de la ley cuando sea indispensable para hacer posible su cumplimiento (Constitución, artículo 189. 11), pues en su condición de Suprema Autoridad Administrativa le corresponde “ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes”; y por otra parte, en los casos en que la Constitución le permite desarrollar directamente sus preceptos normativos, caso en el cual la potestad normativa o reglamentaria es directamente de la Constitución¹⁶, asunto que en algunas oportunidades la jurisprudencia de esta Corporación denominó como deslegalización de materias en favor de la administración, y que, mirado desde otro punto de vista, no es más que el reconocimiento constitucional de la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente, no ya a nivel de la ley, sino del acto administrativo de carácter general, pues orgánica y funcionalmente el acto sería administrativo y no legislativo, excepto que el constituyente le hubiera establecido efectos legislativos, como en el caso del artículo 341 inciso 3.º constitucional.

2.8.- Por otra parte se encuentran las *reglas de excepción en materia reglamentaria*, se está frente a estas cuando por mandato constitucional algunos otros organismos del Estado pueden dictar normas con carácter general en asuntos de su competencia¹⁷.

2.9.- Tal es el caso del Consejo Superior de la Judicatura, órgano al que corresponde “*dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, lo relacionado con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador*” (Constitución,

¹⁶ Ejemplos de potestad reglamentaria constitucional los encontramos de sobra en las disposiciones transitorias de la Constitución, en donde en varios asuntos se le entrega esta potestad al Presidente de la República.

¹⁷ Sobre la potestad reglamentaria dispersa, esto es, no en cabeza del Presidente de la República, véase, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de abril de 2010, Exp.: 31223. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

artículo 57.3). Situación similar se plantea frente al Consejo Nacional Electoral, el cual deberá *“reglamentar la participación de los partidos y movimientos políticos en los medios de comunicación social del Estado”* (Constitución, artículo 265. 9).

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

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

“En materia de potestad reglamentaria existe una cláusula general de competencia en cabeza del Presidente de la República, pero la Constitución ha previsto, de manera excepcional, facultades de reglamentación en otros órganos constitucionales. Esas facultades especiales de reglamentación, ha dicho la Corte, encuentran su fundamento en la autonomía constitucional que tienen ciertos órganos, y están limitadas, materialmente, por el contenido de la función a cuyo desarrollo autónomo atienden y, formalmente, por las previsiones que la Constitución haya hecho sobre el particular. Desde esta perspectiva formal, la potestad reglamentaria que constitucionalmente tienen asignada ciertos órganos constitucionales se limita a aquellos ámbitos expresamente mencionados en la Constitución, sin que por consiguiente, respecto de determinadas materias sea posible afirmar la concurrencia de dos competencias reglamentarias, la general propia del Presidente de la República y la especial, que sin estar expresamente atribuida, se derivaría del carácter autónomo del órgano que la ejerce. No, de acuerdo con la Constitución las competencias reglamentarias especiales son aquellas expresamente conferidas por la Constitución y por fuera de ese ámbito, la potestad reglamentaria para la cumplida ejecución de las leyes corresponde al Presidente de la República”¹⁸.

“La potestad reglamentaria, entendida como la capacidad de producir normas administrativas de carácter general, reguladoras de la actividad de los particulares y fundamento para la actuación de las autoridades públicas, la tiene asignada de manera general, en principio, el Presidente de la República, en virtud de lo dispuesto en el artículo 189-11 de la Carta Política, quien puede ejercerla en cualquier momento sin necesidad de que la ley así lo determine en cada caso. Excepcionalmente, y por disposición constitucional, existe un sistema de reglamentación especial respecto de ciertas materias y para determinados órganos constitucionales, al margen de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Tal es el caso del Consejo Superior de la Judicatura, de la Junta Directiva del Banco de la República, del Consejo Nacional Electoral y de la Contraloría General de la República”¹⁹.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-307 del 30 de marzo de 2004. Magistrados Ponentes: Rodrigo Escobar Gil, Manuel José Cepeda y Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-384 del 13 de mayo 2003. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

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

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

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

El fundamento constitucional de las competencias asignadas a los ministerios también se encuentra normado por el artículo 208 de la Carta. El canon prescribe que a los ministros les corresponde “formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley”, todo ello bajo la dirección del Presidente de la República.

De igual forma, en acogimiento de los preceptos constitucionales, la Ley 489 de 1998 ha establecido que los ministerios son entidades cuyo destino es “la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Administrativo que dirigen” (Art. 58. ibídem).

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

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

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

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

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

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

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

“En los anteriores términos, no resulta inconstitucional que una ley atribuya, de manera directa, a los Ministros del Despacho, competencias para expedir normas de carácter general sobre las materias en ella contenidas, cuando tales normas correspondan a regulaciones de carácter técnico u operativo, dentro de la orbita competencial del respectivo Ministerio, por cuanto, en ese caso, la competencia de regulación tiene el carácter de residual y subordinada respecto de aquella que le corresponde al Presidente de la Republica en ejercicio de la potestad reglamentaria”²⁰. (Subrayas fuera del original)

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-917 de 2002. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

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

“(...) Cuando la ley ordena que determinada materia sea regulada por un Ministerio, con ello quiere dar a entender el legislador que se hace innecesario hacer uso de la potestad reglamentaria consagrada en el artículo 189, numeral 11, de la Carta Política, adscrita al Presidente de la República, quien la ejercita con el Ministro o el Director del Departamento Administrativo respectivo. Sabido es que una cosa es hablar del Gobierno, entendiendo éste como presidente y Ministro o Director del Departamento Administrativo respectivo, conforme lo prevé el inciso 3o. del artículo 115 de la Carta Política, y otra muy diferente es hablar de una función administrativa que le corresponde únicamente al Ministro por mandato de la ley, porque aquí juega papel importante uno de los principios que rigen la actuación administrativa, como es el de la desconcentración de funciones”²¹.

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

2.15.- Por su parte, la Corte Constitucional, en diversos pronunciamientos, ha estudiado el contenido material de la potestad reglamentaria, sosteniendo que se trata de un tema siempre problemático y complejo, sobre todo en la definición de sus límites materiales frente a la ley; no obstante reconoce que, en lo que si hay consenso, es en que, en toda materia sometida por el Constituyente a reserva de ley, no se admite normativa reglamentaria de no haber sido tratada previamente por el legislador, pues es este el llamado a producirla y, en consecuencia, que la reglamentación de la administración depende directamente del texto legal, quedando habilitada la administración directa e intemporalmente, no de manera exclusiva el Presidente de la República, por la sola presencia y existencia de la ley, para ejercer la potestad reglamentaria que considera

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I. Sentencia del 26 de febrero de 1998. Exp.- 4500. Ernesto Rafael Ariza.

oportuna y necesaria con el propósito de cumplir, hacer viable y ejecutorio los postulados de la norma legal.

2.16.- Así, en opinión de la Corte, la potestad reglamentaria constituye un importante y trascendental ejercicio de elaboración material y objetivo de normatividad general tendiente hacer viable el cumplimiento de la ley, haciendo explícito lo implícito en ella, determinando dentro de los marcos legales circunstancias de tiempo, modo, lugar y demás aspectos técnicos, que en cada caso exige el cumplimiento de la ley²².

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

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

²² Corte Constitucional. Sentencias C-557 y C-606 de 1992 (M.P.: Ciro Angarita Barón), C-228 de 1993 (M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa), C-022 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz), C-206 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo) y C-216 de 1994 (M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa), C-539 de 1995 (M.P.: Antonio Barrera Carbonell), C-100 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero), C-138 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo), C-433 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz), C-451 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo y Hernando Herrera Vergara) y C-629 de 1996 (M.P.: Carlos Gaviria Díaz), C-028 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero), C-290 (M.P.: Jorge Arango Mejía), C-350 (M.P.: Fabio Morón Díaz), C-428 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa) y C-512 de 1997 (M.P.: Jorge Arango Mejía), C-066 (M.P.: Fabio Morón Díaz y Alfredo Beltrán Sierra), C-302 (M.P.: Carlos Gaviria Díaz), C-372 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo), C-509 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo) y C-579 de 1999 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz).

*ámbito más allá de la ley. No es posible que el reglamento contenga normas que le están reservadas al legislador; no puede adicionar la ley, cambiarla, restringirla o recortarla en su esencia o sustancia; tampoco puede deslindar los límites de la potestad reglamentaria porque violaría, además de la ley, la propia constitución*²³.

2.19.- Por otra parte, en relación con las acciones precisas de la administración para su desarrollo, esta Corporación ha señalado que la potestad reglamentaria debe "(...) entenderse como la facultad para expedir normas generales, impersonales y abstractas para lograr la cumplida ejecución de las leyes. De tal manera, el ejercicio de la facultad reglamentaria no puede desconocer el marco general de la ley, pues su ejercicio sólo se justifica en la medida en que, para proveer a la adecuada ejecución de ésta, se requiera precisar circunstancias o pormenores no contenidos en ella, por no haber sido regulados. En efecto, como resulta imposible que la ley contenga todas las previsiones indispensables para su cabal cumplimiento, corresponde al reglamento precisar los pormenores necesarios para la ejecución de la ley, es decir "hacer explícito lo implícito"²⁴.

2.20.- En cuanto a sus límites, esta Corporación ha indicado que "(...) el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria no puede dictar disposición alguna que viole una ley cualquiera, no sólo la que dice desarrollar o ejecutar sino todas las normas que tengan carácter legislativo (...)"²⁵ y que so pretexto de reglamentar una norma, el decreto reglamentario no puede, en ejercicio de la facultad mencionada, modificar, ampliar o restringir el sentido de la ley dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en las mismas, porque ello no sería reglamentar sino legislar²⁶.

2.21.- Así las cosas, se puede concluir, en primer lugar, que el alcance de la potestad reglamentaria varía en atención a la extensión de la regulación legal²⁷. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que:

"(...) [L]a doctrina y la práctica han demostrado que la potestad reglamentaria del ejecutivo es inversamente proporcional a la extensión de la ley. De suerte que, ante

²³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 9 de julio de 1996. Exp. 854, C.P.: Roberto Suárez Franco.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I. Sentencia del 21 de julio de 2001. Exp. 6378, C.P.: Olga Inés Navarrete Barrero. En este sentido, véase también, Sección I, Sentencia del 7 de junio de 2001. Exp. 6067, C.P.: Manuel Santiago Urueta Ayala y Sentencia del 28 de agosto de 1997. Exp. 4355, C.P.: Juan Alberto Polo Figueroa.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I, Sentencia del 15 de mayo de 1997. Exp. 4015-4068, C.P.: Juan Alberto Polo.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III. Auto del 2 de febrero de 2005. Exp. 28615, C.P.: Alier Eduardo Hernández.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de agosto 21 de 2008, Exp.: 0294-04 y 0295-04, C. P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

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

¿Qué factores determinan que ello ocurra?

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

No obstante, esta capacidad del Congreso para determinar la extensión de la regulación de una institución, tiene distintos límites que vienen dados por las especificidades de las materias objeto de dicha regulación. Así, por ejemplo, el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, somete a estricta reserva legal, entre otras, la regulación de materias tales como impuestos o leyes estatutarias. Para esta Corporación, es claro que la regulación de los elementos esenciales de materias sometidas a reserva de ley y que recaigan sobre asuntos administrativos, no son susceptibles de ser regulados a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, salvo en cuestiones accesorias y de detalle, so pena de contrariar disposiciones imperativas de raigambre Superior (C.P. arts. 152 y 338).”²⁸

2.22.- Además, también es forzoso concluir que la potestad reglamentaria exige que el legislador previamente expida una regulación básica o “*materialidad legislativa*”²⁹, con base en la cual el Gobierno promulgue la reglamentación correspondiente; “*si el legislador no define ese presupuesto normativo básico estaría delegando en el Gobierno lo que la Constitución ha querido que no sea materia de reglamento sino de ley, pues el requisito fundamental que supone la potestad reglamentaria es la existencia previa de un contenido legal por reglamentar*”³⁰.

2.23.- En otras palabras, la potestad reglamentaria no es absoluta, sus límites están determinados en la Constitución y la ley y, en consecuencia, el Ejecutivo no puede alterar o modificar el contenido y espíritu de la ley, “*ni puede reglamentar leyes que no ejecuta la administración, como tampoco puede desarrollar aquellas materias cuyo contenido está reservado al legislador*”³¹.

2.24.- En este sentido, el Consejo de Estado ha establecido que la potestad reglamentaria se encuentra limitada por dos criterios, a saber: *la competencia y la necesidad*³². 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,*

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-432 de 2004. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-474 de 2003. M.P.: Eduardo Montealegre Lynnet.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-290 de 1997. M.P.: Jorge Arango Mejía.

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-028 de 1997. M.P.: Alfredo Martínez Caballero.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de abril de 2010, Exp.: 36054, C.P.: Enrique Gil Botero.

*adicionar nuevas disposiciones, por lo que debe entonces, para asegurar la legalidad de su actuación, limitarse al ámbito material desarrollado por el legislativo*³³.

2.25.- De otra parte, la necesidad del ejercicio de la potestad reglamentaria se funda en el carácter genérico de la ley. Así, si la regulación legal agota el objeto o materia regulada, la intervención del Ejecutivo no deviene indispensable³⁴. En este sentido, la jurisprudencia de esta Corporación estableció que:

“Los límites del poder reglamentario de la Ley, los señala la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado; si los ordenamientos expedidos por el Congreso, suministran todos los elementos necesarios para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar y por consiguiente, no habrá oportunidad para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Pero, si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer la regulación de esos detalles”.³⁵

2.26.- Así mismo, para la Sala resulta oportuno señalar como la reserva de ley constituye un límite a la potestad reglamentaria. En relación con este tema, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, en primer lugar, se *“hace referencia a la prohibición general de que puedan establecerse restricciones a los derechos constitucionales fundamentales en fuentes diferentes a la ley”*³⁶.

2.27.- No obstante, la expresión *“reserva de ley”* también se utiliza como sinónimo de *“principio de legalidad”* o de *“cláusula general de competencia del Congreso”*, a partir de lo cual *“todos los temas pueden ser regulados por el órgano legislativo mediante ley y que la actividad de la administración, a través de su potestad reglamentaria, debe estar fundada en la Constitución cuando se trate de disposiciones constitucionales con eficacia directa, o en la ley”*³⁷.

2.28.- Igualmente, la reserva de ley define aquellos eventos en los que el constituyente insta al legislador a regular determinadas materias en razón de su trascendencia³⁸.

2.29.- El efecto de la reserva de ley se traduce en *“la obligación de que las prescripciones normativas que regulen materias propias de esa técnica, consten en disposiciones que pertenezcan a cuerpos normativos de rango legal”*³⁹, lo cual implica

³³ *Ibidem*.

³⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de Septiembre 5 de 1997, Exp.: 8308. C. P.: Germán Ayala Mantilla y Sección Cuarta, Sentencia de mayo 5 de 2003. Exp.: 13212 C. P.: Ligia López Díaz.

³⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 21 de agosto de 2008, Exp. 0294-04 y 0295-04, C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-1262 de 2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Cita en la cita: “Las normas con rango de ley en nuestro ordenamiento jurídico son: la leyes expedidas por el Congreso en cualquiera de sus modalidades (arts 150, 151 y 152 C.N), los decretos con fuerza de ley expedidos por

que tales materias únicamente pueden ser reguladas por el Ejecutivo en razón de una ley de facultades extraordinarias o de decretos legislativos de estados de excepción, pero nunca a través de la potestad reglamentaria del Gobierno⁴⁰:

"La técnica de reserva de ley se refiere a la exigencia, dentro del ordenamiento jurídico, que ciertas materias se regulen necesariamente mediante normas con fuerza de ley. Dicho de otra manera, los asuntos reservados a las normas legislativas, no pueden ser regulados mediante decretos reglamentarios ni resoluciones. ... todos los preceptos constitucionales en los que existe reserva de ley imponen la obligación que los aspectos principales, centrales y esenciales de la materia objeto de reserva estén contenidos (regulados) en una norma de rango legal. Es decir, en la ley en cualquiera de las variantes que pueden darse en el Congreso de la República, decretos leyes, o decretos legislativos. Las materias que son objeto de reserva de ley pueden ser 'delegadas' mediante ley de facultades extraordinarias al Ejecutivo para que sea éste quien regule la materia mediante decretos leyes. Pero las materias objeto de reserva de ley no pueden ser 'deslegalizadas', esto es, el legislador no puede delegar al Ejecutivo que regule esa materia mediante reglamento, en desarrollo del artículo 189.11 de la Constitución"⁴¹.

2.30.- Así las cosas, el Legislador puede delimitar una materia y permitir que se desarrolle y concrete mediante actos administrativos, siempre y cuando no se trate de asuntos amparados con reserva legal⁴².

2.31.- Ahora bien, en materia de derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha considerado que los límites de la potestad reglamentaria deben ser mayores. Así, la Corte sostuvo que *"(...) en materia de derechos fundamentales el único órgano competente para establecer limitaciones es el Congreso de la República. La reserva de ley en materia de regulación de derechos fundamentales, como el derecho al trabajo o el derecho a escoger y ejercer profesión u oficio, constituye una de las primordiales garantías de estos derechos, frente a posibles limitaciones arbitrarias de otros poderes públicos o de particulares. Así, las materias reservadas no pueden ser objeto de transferencia, pues con ello se estaría vulnerando la reserva de ley establecida por la propia Constitución"⁴³.*

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

"(...) El Presidente de la República es, sin duda, el titular constitucional de la potestad reglamentaria, pero ello no obsta para que dentro de su ámbito de competencia y nivel de

el Ejecutivo con fundamento, tanto en normas constitucionales (por ejemplo arts. 212, 213 y 215 C.N), como en las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso (art 150.10 C.N) y demás decretos leyes, tales como los que se dictan en virtud del artículo 241 de la Constitución, entre otros."

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 2009. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-1265 de 2005. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

⁴² Corte Constitucional, Sentencias C-570 de 1997. M.P.: Carlos Gaviria Díaz y C-1191 de 2001, M.P.: Rodrigo Uprimny Yeyes.

⁴³ Sentencia C-606 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón.

*subordinación jerárquica y normativa, las demás autoridades administrativas adopten medidas de carácter general a fin cumplir o hacer cumplir las disposiciones superiores relativas a los asuntos a su cargo. Las autoridades administrativas, como lo ha precisado esta Corporación, están investidas de las facultades o potestades propias de la administración, dentro de las cuales está justamente la reglamentaria, de allí que los actos administrativos generales pueden emanar de cualquier autoridad administrativa, en lo que concierna a los asuntos a su cargo*⁴⁴.

3.- La interpretación literal. Noción y aspectos problemáticos.

3.1.- El lenguaje, entendido en sus manifestaciones escritas, corporales o de cualquier otra naturaleza, constituye el eje medular de las relaciones humanas por cuanto él permite el surgimiento de la interacción entre los individuos por medio de un conjunto ordenado y/o articulado de signos o manifestaciones conforme a los cuales se llega a la expresión coherente de ordenes, deseos o pensamientos en general.

3.2.- Así, cuestión elemental del conocimiento humano constituye la labor de descifrar aquellos signos que permiten introducir a alguien hacia la comunicación con la sociedad y el conocimiento. Vale, a este respecto, decir con Wittgenstein que “los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo”⁴⁵.

3.3.- Es por lo anterior que una labor primordial de un lenguaje determinado consiste en el análisis de los elementos que conforman las unidades que le dan sentido. Esto es, las relaciones sintácticas, como parte de la gramática. Y esto es así por cuanto presupuesto vital de la comunicación es la comprensión de lo que se dice.

3.4.- Sin embargo, no puede perderse de vista que el lenguaje va mucho más allá de un “espejo de la realidad”, pues además de este entendimiento formal, pero medular, es claro que el lenguaje debe ser analizado desde la perspectiva pragmática conforme a los usos y significados que una comunidad de hablantes atribuyen a ciertas palabras, sin perder de vista que la comunicación tiene por finalidad el diálogo entre los partícipes y un potencial acuerdo racionalmente fundamentado⁴⁶.

3.5.- Así, la interpretación textual de una determinada disposición hace referencia a la formulación de normas jurídicas con fundamento, esencialmente, en dos tipos de ejercicios por parte del intérprete, el primero que refiere al entendimiento de la estructura sintáctica de la disposición, a fin de comprender los signos gramaticales, la

⁴⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección II, Sentencia del 19 de agosto de 2004. exp. 2473-1, C.P.: Alberto Arango Mantilla.

⁴⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. Tractatus Logico-Philosophicus. (5.6), pág. 116. Edición electrónica disponible en el enlace web http://www.ub.edu/procol/sites/default/files/Wittgenstein_Tractatus_logico_philosophicus.pdf [Consultado el 20 de abril de 2015].

⁴⁶ Así, Habermas considera que “el concepto de acción comunicativa desarrolla la intuición de que al lenguaje le es inmanente el telos del entendimiento”, donde cumple un papel central la comunicación de los partícipes de la práctica. HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa. Madrid, Taurus, 1987, p. 79.

naturaleza de los enunciados allí fijados (sujeto, verbo, predicado, etc), su función y las repercusiones para el entendimiento de la estructura de la oración; y segundo, consistente en la comprensión semántica de los términos que componen la disposición jurídica, punto en el que se ha establecido que hay lugar a interpretar las palabras bien sea en el sentido natural y obvio que la comunidad de hablantes le haya atribuido o siguiendo los significados técnicos que tengan, si es del caso.

3.6.- Sobre el ejercicio de interpretación de la Ley, Tarello destaca que “Tal atribución de significado procede necesariamente (...) a partir de la más pequeña unidad lingüística que puede ser portadora de un significado completo. La mínima unidad lingüística portadora de un significado completo es aquella llamada “enunciado”; el enunciado es una expresión en lengua que se presenta en forma gramaticalmente completa. (...) El objeto de la interpretación jurídica está por tanto constituido por enunciados: los enunciados normativos.”⁴⁷

3.7.- De este modo, el ordenamiento jurídico remite a una valoración eminentemente extrajurídica, pues en vez de fijar el sentido o alcance dado al término, prefiere que se llegue a ello a partir de los usos sociales⁴⁸; donde cabría distinguir, según cada caso, los significados literales, ordinarios y técnicos de las palabras⁴⁹⁻⁵⁰.

3.8.- En el sistema del derecho positivo colombiano una regla en este sentido se encuentra instituida en el artículo 27 del Código Civil que establece que “*Cuando el*

⁴⁷ TARELLO, Giovanni. La interpretación de la Ley. Lima, Palestra Editores, 2013, p. 115-116.

⁴⁸ Chiassoni caracteriza la interpretación textual como una actividad que involucra estas dos actividades, en los siguientes términos: “la interpretación textual de las disposiciones puede ser caracterizada –desde la perspectiva de la lingüística y de la filosofía del lenguaje contemporánea- como una actividad que involucra, junto a consideraciones atinentes a la sintaxis de los enunciados del discurso de las fuentes y a la semántica de los términos en estos contenidos (aquello a lo que los términos se refieren en un determinado contexto), también consideraciones pragmáticas –relativas a los contextos extralingüísticos del a producción y el uso de las propias disposiciones – cuya influencia está extendida y es determinante.”. CHIASSONI, Pierluigi. Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2011 p, 67. En sentido similar la Corte Constitucional en sentencia C-893 de 2012, en donde señaló: “La interpretación textual atribuye el significado a los preceptos normativos a partir de las reglas semánticas y sintácticas del lenguaje empleado”.

⁴⁹ Zuleta Puceiro pone de presente que en la interpretación a partir de los argumentos lingüísticos es posible encontrar tres variantes o tipos de argumentos, siendo estos el significado literal, el ordinario y el técnico. El primero de estos es definido por el autor como “el significado que se desprende de tomar los términos que lo componen en la acepción directa de las palabras que lo componen.”; el ordinario, como el “significado que las palabras asumen tanto en la comunicación ordinaria como en el lenguaje técnico del derecho.”; mientras que el tercero hace referencia a “términos tanto técnico-jurídico como a términos técnicos correspondientes a otras especialidades.”. ZULETA PUCEIRO, Enrique. Interpretación de la Ley. Casos y materiales para su estudio, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2003, p. 49-50.

⁵⁰ Sobre este punto, entre nosotros, Fernando Vélez establecía un criterio de prevalencia en casos de significados diferentes, al amparo de la regla del artículo 28 del Código Civil. Dicho autor señalaba que “si una palabra tiene un sentido en lenguaje culto o técnico, pero se usa generalmente en otro, será éste el preferido para interpretar la ley. Es natural que prevalezca el sentido que todos dan a una palabra sobre el que puede darle el Diccionario de la lengua o una ciencia o arte que pocos conocen.”. VÉLEZ, Fernando. Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano Tomo I, 2ª edición, París, editorial París-América. p. 35. En sentido parece estar Chiassoni autor que dentro del análisis semántico-pragmático incluye elementos como i) la estructura de la disposición, ii) el contexto lingüístico específico de la disposición, iii) el intertexto del a disposición y iv) los específicos contextos extralingüísticos de la disposición; incluyendo en este último punto los usos culturales, políticos, sociales, institucionales, históricos, etc. CHIASSONI, Pierluigi. Op. Cit. p. 66.

sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”, el artículo 28 del mismo Código que, textualmente, enseña: *“Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal.”* Así como el artículo 29 que establece que *“Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den lo que profesan la misma ciencia o arte...”*; en este orden de ideas, esta es la base legal para que los operadores jurídicos, en general, fundamenten la aplicación de los términos mencionados en la Ley y que no encuentren significado establecido dentro del ordenamiento jurídico.

3.9.- Del mismo modo, es preciso tener en cuenta la sistemática de reglas de interpretación en materia contractual, en donde el Código Civil establece, junto a la interpretación literal en el artículo 1618⁵¹, otros métodos dirigidos a determinar el designio negocial de las partes, para lo cual se acude a la aplicación práctica dispuesta por las partes, el sentido que más convenga al contrato, entre otras más. Sobre este particular esta Sala de Subsección se pronunció, entre otros, en fallo de 7 de julio de 2011, exp. 18762⁵².

⁵¹Código Civil. Artículo 1618. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

⁵² “2.1 Con la interpretación del contrato se persigue constatar el convenio negocial, la determinación de sus efectos y la integración de estos, sin comprender en ella la calificación del acto pues esto es propio de una actividad diferente como es la valoración jurídica del acto celebrado.

Sin embargo no debe perderse de vista que si las partes han señalado los efectos del contrato, la verificación de este señalamiento corresponde a una labor interpretativa mientras que lo atinente a las repercusiones jurídicas de lo fijado por los contratantes harán parte de la valoración.

La interpretación del negocio jurídico, cuando de contratos se trata, no tiene como objeto primario el establecer el querer dispositivo de cada uno de los contratantes individualmente considerado sino la intención común de todos ellos toda vez que el contrato es en últimas el resultado de la convergencia de sus designios negociales.

Esta búsqueda primordial de la común intención de las partes puede lograrse mediante la aplicación de una serie de reglas principales, también llamadas subjetivas por la doctrina, que se compendian en que conocida la intención de los contratantes ha de estarse más a ella que a lo literal de las palabras (art. 1618 del C. C.), que las estipulaciones de un contrato pueden interpretarse por la de otro que las partes hayan celebrado sobre la misma materia (art. 1622 inc. 2º) o por la aplicación práctica que de ellas hayan hecho (art. 1622 inc. 3º), que las cláusulas deben interpretarse unas por otras dándole a cada una el sentido que más convenga al contrato en su totalidad (art. 1622 inc. 1º), que si en un contrato se expresa un caso para explicar la obligación se entiende que esa mención no es restrictiva sino ejemplificativa (art. 1623), y que se entiende que la expresiones generales contenidas en el negocio sólo se aplican a la materia sobre la que se ha contratado (art. 1619).

Sin embargo es posible que esa común intención de los contratantes no pueda ser verificada mediante la utilización de las reglas que precedentemente se mencionaron y es entonces cuando el ordenamiento prevé la posibilidad de acudir a unas reglas de carácter subsidiario, también llamadas objetivas por la doctrina, en las que ya no interesa la indagación de la voluntad de los contratantes sino la protección del acto dispositivo y sus principios o de las circunstancias particulares de alguna de las partes, reglas estas que se resumen en que el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no produzca efecto alguno (art. 1620 del C. C.), que deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato (art. 1621), que las cláusulas ambiguas se interpretan a favor del deudor (art. 1624 inc. 1º), y que las cláusulas oscuras que hayan sido extendidas o dictadas por una parte se interpretarán contra ella si la ambigüedad proviene de una explicación que ésta ha debido dar (art. 1624 inc. 2º).” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 7 de julio de 2011, exp. 18762.

3.10.- Sin embargo, diversas posturas jurídicas se han alzado en contra de este método de interpretación, planteándose la necesidad de recurrir a otros cánones interpretativos para obtener el sentido y significado de la Ley (que es la obtención y concreción de normas jurídicas), sin que ello implique su completo abandono; pues la reflexión textual o gramatical de una disposición se constituye, apenas, en el paso inicial para el ejercicio interpretativo, esto es “no parece que sirva como único criterio a la hora de determinar un significado. Más bien se constituye en un presupuesto de toda interpretación...”⁵³; de modo, entonces, que puede calificársele como útil más no suficiente para extraer el sentido y alcance de los términos empleados por la Ley.

3.11.- Con otras palabras, la interpretación textual es un elemento necesario más no suficiente para la interpretación del derecho.

3.12.- Súmese a lo anterior dos fuertes críticas a este método de interpretación que abogarían por darle un uso restringido y de la mano de otros elementos de juicio. La primera de estas dice que las interpretaciones orientadas a partir de este criterio pueden caer dentro de un ejercicio meramente exegético, pues el marco de valoración del partícipe de la práctica jurídica se circunscribe a meros análisis sintácticos y semánticos de la disposición legal, haciendo del Juez (y los intérpretes), en palabras de Montesquieu, *“la boca que pronuncia las palabras de la ley; unos seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza, ni el rigor de aquella.”*⁵⁴⁻⁵⁵

⁵³ DE ASIS ROIG, Rafael. Jueces y Normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento. Madrid, Editorial Marcial Pons, 1995, p. 205.

⁵⁴ Montesquieu, Charles Louis de Secondat. Del Espíritu de las leyes. Primera Parte, Libro XI, Capítulo 6.

⁵⁵ Sobre este punto la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha señalado: “En efecto, los jueces están conminados de manera permanente y continua 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.”⁵⁵

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.” Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de 22 de marzo de 2011, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, exp. 38924.

Sobre este punto véase también la sentencia C-820 de 2006 de la Corte Constitucional donde acomete un juicioso estudio crítico de diversos modelos teóricos e interpretativos y su impacto, actual, en la actualidad; a manera de conclusión provisional en dicho fallo se señala: “17. La breve referencia a las escuelas de interpretación del derecho que surgen con posterioridad a la exégesis muestra que, principalmente después de la segunda guerra mundial, la doctrina especializada ha reconocido: i) que la labor interpretativa del juez no sólo se expresa en los casos de aplicación de las leyes claras, sino también de las leyes cuyo contenido es oscuro, esto es, que no sólo se interpretan las leyes oscuras y, ii) que la interpretación judicial no se reduce a la reproducción mecánica de la ley, sino que implica la determinación de las normas aplicables a casos concretos.”

3.13.- En segundo lugar, una crítica más radical a la interpretación textual o gramatical de las disposiciones jurídicas centra su objetivo en la (infundada) creencia acerca de la posibilidad de conocer y obtener un significado unívoco que en los usos sociales se hacen de las palabras de la Ley; se trata de un cuestionamiento a la que puede ser denominada la tesis de la objetividad.

3.14.- Esta crítica discute que una interpretación literal echa de menos que las palabras no se presentan como entidades fijas cuyo conocimiento pueda ser determinado o aprehendido de manera objetiva, única y universal (como si se tratara de una cosa perceptible a partir de la experiencia sensible); por el contrario, valiosos aportes al respecto ponen de presente en muchas ocasiones la alta complejidad e, inclusive, indeterminación del lenguaje⁵⁶, ya que este se muestra como flexible o relativo, dependiente de las circunstancias socio-culturales de una comunidad hablantes y variable en el tiempo (lo que hoy puede entenderse por un término posiblemente en un tiempo futuro no lo será); esto se debe, como lo señala Nino a que la relación entre las palabras y la realidad no es natural sino convencional⁵⁷; lo que explica porque muchas de las veces “la apelación al lenguaje común no siempre es un argumento resolutivo”⁵⁸.

3.15.- En un grado menor, también se puede hacer uso crítico de la formulación expuesta por HLA Hart, quien ha planteado la existencia de una desmembración de las interpretaciones de una disposición jurídica, en lo que se ha denominado como la textura abierta de las normas. Un grupo de tales interpretaciones caen dentro de lo que se ha denominado el núcleo duro de significado de la norma (donde la postura dada no es objeto de discusión y se entiende como derivación obvia, natural o lógica de los enunciados normativos), mientras que otros significados de la disposición pueden recaer dentro de la zona de penumbra (zona de incertidumbre sobre si determinado hecho se encuentra regulado o no por la norma que se extrae de la disposición), como consecuencia de la vaguedad de los términos en que se ha redactado la disposición⁵⁹.

⁵⁶ Sobre este punto Guastini sostiene: “Debe observarse, sin embargo, que el significado ordinario raramente es unívoco y preciso. Toda expresión (término o sintagma) de uso común tiene un significado vago. Muchas expresiones de uso ordinario, si no todas, están sujetas a empleos diversos, y a cada uno corresponde un significado distinto (o, al menos, un diferente matiz de significado). Las propias reglas gramaticales son a veces muy elásticas.” GUASTINI, Riccardo. Estudios sobre la interpretación jurídica. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 27.

⁵⁷ “Los símbolos [como son las palabras] tienen sólo una relación convencional con los objetos representados; la representación no emana de una conexión causal con el fenómeno representado, sino de convenciones establecidas implícitamente por los hombres; es decir, de reglas que permiten hacer referencia a ciertos hechos, cosas, relaciones, usando determinadas figuras, ruidos, objetos, etc.” NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del Derecho. 6° edición, 1995, Barcelona, Editorial Ariel, p. 248.

⁵⁸ GUASTINI, Riccardo. Op. Cit, p. 27. Para ahondar en los puntos que afectan la interpretación literal (vaguedad y ambigüedades semántica, sintáctica y pragmática) véase GUASTINI, Riccardo. “Problemas de interpretación” En: Revista Isonomía, No. 7, 1997, p. 121-131. Información consultada el 13 de mayo de 2014 en el enlace web: http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/04704174522681695209079/isonomia07/isonomia07_03.pdf

⁵⁹ HLA Hart desarrolló este punto con apoyo de un ejemplo que refleja a la perfección los conceptos de núcleo duro y zona de penumbra en la aplicación de una norma jurídica, el caso de la prohibición de los coches en el parque: “Una norma jurídica prohíbe introducir un vehículo en un parque público. Esta prohibición rige claramente para un

3.16.- Las anteriores observaciones dejan claro que el uso de la interpretación textual de las palabras de la Ley no puede ser tenido como único, exclusivo o excluyente como criterio clarificador del sentido y alcance de un enunciado. En este sentido, considera la Sala que le asiste razón al actor.

3.17.- Recapitulando, la Sala entiende que el ejercicio interpretativo es necesario como paso previo en la aplicación del derecho. Igualmente, entiende que la interpretación textual de las normas jurídicas parte de un lugar común indiscutible: para interpretar la Ley es necesario comprender el sentido de las palabras que conforman sus enunciados. Sin embargo, la interpretación textual afronta objeciones que dicen relación con la objetividad de las palabras de la Ley. Además, el simple hecho de obtener significados no disputados de las palabras de una norma no constituye razón suficiente para la atribución de significado, pues es necesario tener en cuenta los principios y valores convencionales y constitucionales y su efecto irradiador sobre el ordenamiento inferior.

4.- La interpretación constitucional del ordenamiento jurídico, fines constitucionales de la contratación estatal y sujeción de la administración a los principios y valores constitucionales.

4.1.- Aproximación teórica a los sistemas constitucionales contemporáneos.

4.1.1.- Una correcta lectura de los principios constitucionales que rigen los sistemas jurídicos contemporáneos así como la práctica jurídica, lleva a considerar como necesaria la asunción, por parte del Juez, del neoconstitucionalismo⁶⁰, como aquella

automóvil, pero ¿qué decir de las bicicletas, patines, automóviles de juguete? ¿qué decir de los aviones? ¿deben o no ser considerados “vehículos” a los fines de la regla? Si hemos de comunicarnos de algún modo con los demás, y si, como es el caso en las formas más elementales del derecho, hemos de expresar nuestras intenciones para que un cierto tipo de conducta esté reglado por normas, entonces es necesario que las palabras generales que usamos – tales como “vehículo” en el supuesto que considero- tengan algún ejemplo típico respecto del cual no existan dudas acerca de la aplicación de aquellas. Tiene que haber un núcleo de significado establecido, pero también habrá una penumbra de casos discutibles en los que las palabras no resultan obviamente aplicables ni obviamente no aplicables. Cada uno de estos casos tendrá algunas notas en común con el ejemplo típico, les faltarán otras o aparecerán en ellos características que no estaban presentes en aquél (...) Las situaciones de hecho no nos aguardan netamente rotuladas y plegadas; su clasificación jurídica no está escrita en ellas para que los jueces simplemente las lean.” HART, HLA, Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1962, p. 25-26 [traducción, entre otros, del texto “el positivismo jurídico y la separación entre derecho y moral”].

⁶⁰ Se suele reconocer a Susanna Pozzolo como de las primeras en calificar con el término “neoconstitucionalismo” algunas de las tendencias teóricas que pasan a señalarse. Cfr. POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y la especificidad de la interpretación constitucional. Revista Doxa, No. 21, II, 1998, p. 339-353. Del mismo modo véase COMANDUCCI, Paolo. Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2010, p. 251-264, donde se hacen una revisión del término neoconstitucionalismo como teórico, ideológico y metodológico. Sobre esto es importante destacar el comentario de Guastini en torno a lo que considera él como las siete condiciones de constitucionalización de un ordenamiento jurídico, siendo estas: 1) una Constitución rígida, 2) la garantía jurisdiccional de la Constitución, 3) la Fuerza vinculante de la Constitución, 4) la “sobreinterpretación” de la Constitución, 5) la aplicación directa de las normas constitucionales, 6) la interpretación conforme de las leyes y, por último, 7) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. Para una referencia detallada de cada uno de estos aspectos véase GUASTINI, Riccardo. Estudios de teoría constitucional. México, Editorial Fontamara y Universidad Autónoma de México. 1ª Edición. 2001. Págs. 154-163.

doctrina que es propia a los ordenamientos jurídicos que se distinguen por contar con **i)** con una Constitución erigida como *lex superior* del sistema jurídico, lo que supone que ésta se encuentra garantizada⁶¹ por vía de procedimientos especiales y agravados para proceder a su reforma constitucional además de instituir una jurisdicción constitucional⁶² que se encarga de velar por la sujeción del legislador (en el control de constitucionalidad de las leyes) así como de todos los poderes públicos a los preceptos jurídicos de la Constitución; además de esta superioridad formal, **ii)** hacen parte de la *lex superior* un catálogo sustantivo⁶³ de derechos fundamentales, aquellos que se consideran como de alta valía política y jurídica en la sociedad de modo tal que no pueden quedar en manos de una mayoría política ordinaria⁶⁴ en tanto derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos⁶⁵ y que, se

⁶¹ Conforme a la acepción adoptada por Guastini quien sostiene que “pueden llamarse garantizadas (o también rígidas en sentido fuerte) las constituciones formales que no solamente prevean un procedimiento especial para su reforma, sino que, además, prevean alguna forma de control sobre la legitimidad constitucional de las leyes, es decir, sobre la conformidad de las leyes a la Constitución.” GUASTINI, Riccardo. Estudios de teoría constitucional. Op. Cit., pág. 194.

⁶² Sobre este punto es valioso destacar que Kelsen, el padre de la teoría pura del derecho, fue uno de los abanderados de la jurisdicción constitucional, en su célebre escrito La garantía jurisdiccional de la Constitución, con referencia a la Constitución austriaca, Cfr. KELSEN, Hans. La Garantía Jurisdiccional de la Constitución. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. N° 10. México: Editorial Porrúa, 2008, julio-diciembre, p.3-46.; aunque no se desconoce que los trabajos sobre la jurisdicción constitucional se remontan a épocas pretéritas como es el caso “College of Physicians vs Dr. Thomas Bonham”, de 1610 conocido por la Court of Common Pleas en Inglaterra, en donde se precisó que “en muchos casos, el derecho común controlará las leyes del Parlamento, y a veces las juzga como totalmente nulas, ya que cuando una ley del Parlamento va en contra del derecho común y la razón, o le es hostil, o imposible de cumplir, el derecho común la controlará y juzgará que dicha ley es nula” LIBERTY FOUND Inc. The selected writings and speeches of sir Edward Coke, Indianapolis, 2003, p. 275. De manera mucho más clara y decidida se observa el precedente fijado, por primera vez, en el caso Marbury vs. Madison en 1803, donde la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos señaló: “Ciertamente que todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran como la ley fundamental y suprema de la nación y, en consecuencia, la teoría de todo gobierno de esa naturaleza, tiene que ser que una ley del Congreso que repugnara a la Constitución, debe considerarse inexistente. Esta teoría, por esencia misma, va imbebida en una Constitución escrita y, en consecuencia, este Tribunal tiene que considerarla como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad.” CARBONELL, Miguel. Marbury versus Madison: En los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. N° 5. México: Editorial Porrúa, 2006, enero-diciembre, p. 294.

Sobre las discusiones teóricas de la jurisdicción constitucional véase, entre otros: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3ª Ed. Madrid, España: Editorial Civitas, 1983; HERRERA, Carlos Miguel. [La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución](#). En *Revista de Estudios Políticos*. N° 86. Madrid. 1994, p.195, 228; FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. 2ª Ed. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; ALEXY, Robert. Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación. En *Jueces y ponderación argumentativa*. 1ª ed. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p.1-18; HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez: *Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 3ª Ed. Madrid, España: Editorial Trotta, 2001; BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª Ed. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 220-253; entre otros.

⁶³ “Sólo algunos Estados que cuentan con una constitución formal, rígida y regulativa son Estados constitucionales de derecho: aquellos cuyas constituciones satisfacen ciertos «contenidos». Lo característico (y distintivo) no está sólo en la forma ni sólo en la sustancia. Sino en que la forma (la *lex superior*) opera como garantía de una cierta sustancia, no de cualquier sustancia. Si uno acepta este elemental razonamiento se ve abocado a extraer el siguiente corolario. En toda constitución de un Estado constitucional hay normas y principios necesarios. No es concebible un Estado constitucional sin derecho a la libertad de expresión, sin derecho de asociación, sin democracia o sin los principios de independencia e imparcialidad de los jueces, etc. Sin esos derechos y/o principios habrá *lex superior* pero no Estado constitucional de derecho.” AGUILÓ REGLA, Josep. “Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta”. En: Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 244.

⁶⁴ Conforme a la definición formal dada por Robert Alexy a los derechos fundamentales, en los siguientes términos: “son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria”. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 406.

⁶⁵ Conforme a la definición ofrecida por Ferrajoli, quien entiende por derechos fundamentales “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de estatus de

reconocen como materialización de las exigencias morales que debe satisfacer todo ordenamiento jurídico, conforme a la pretensión de corrección⁶⁶.

4.1.2.- Los anteriores elementos, que deben su fundamento al constitucionalismo liberal⁶⁷, que en términos de Elster, comprende “*aquellos límites sobre las decisiones mayoritarias; de modo más específico, a los límites que en cierto sentido son autoimpuestos.*”⁶⁸, vienen a enriquecerse con la postulación de una teoría jurídica que concibe a la Constitución como un cuerpo normativo axiológico vinculante comoquiera que sobre las normas legislativas ordinarias y las disposiciones reglamentarias se encuentran reglas y principios constitucionales vinculantes y justiciables en el evento en que estas sean trasgredidas.

4.1.3.- Se trata, entonces, de una especificidad que se impone a la interpretación constitucional, comoquiera que, además de las reglas jurídicas (entendidos como enunciados que consagran un supuesto de hecho y una sanción jurídica específica, que opera bajo la lógica de un “todo o nada”), se encuentran los principios jurídicos⁶⁹, los cuales, participan de la categoría de normas jurídicas, pero, a diferencia de las reglas, tienen un peso o importancia mayor en el ordenamiento jurídico o, visto desde otra perspectiva, se le considera como mandato de optimización, que implica que lo

personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por estatus, la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.” FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 4^o ed, 2004, p. 37.

⁶⁶ “El argumento de la corrección constituye la base de los dos otros argumentos, es decir, del argumento de la injusticia y del argumento de los principios. Afirma que tanto las normas aisladas y las decisiones judiciales aisladas como así también los sistemas jurídicos en tanto un todo formulan necesariamente una pretensión de corrección. Los sistemas normativos que no formulan explícita o implícitamente esta pretensión no son sistemas jurídicos. En este sentido, la pretensión de corrección tiene relevancia clasificatoria.”. ALEXY, Robert. *El concepto y validez del derecho*. 2^o edición, Barcelona, Editorial Gedisa, 2004, p. 41.

⁶⁷ Se trata, entre otros, de los fundamentos sentados por Locke, cuando concibió la celebración de un pacto social, para pasar del estado de naturaleza a la organización de una sociedad civil, no como una colectiva renuncia de los derechos naturales inalienables que les pertenecen a los hombres sino, por el contrario, como el mecanismo propio para que éstos sean efectivamente garantizados y protegidos por un poder político y jurídico superior a cada una de las voluntades individuales de los co-asociados. Sostiene Locke: “Aunque el poder legislativo ... sea el supremo de un estado, no obstante, no puede absolutamente ser arbitrario sobre la vida y bienes del pueblo; pues este poder no siendo otra cosa que el reunido de cada miembro de la sociedad entregado a aquella persona o asamblea, que es su legislador, no puede ser mayor del que estas diferentes personas poseían en el estado de naturaleza antes que entrasen en comunidad (...) este poder que no tiene por fin sino la conservación, no puede por consiguiente tener derecho para destruir, esclavizar u empobrecer determinadamente a ningún súbdito. Las obligaciones dictadas por las leyes de la naturaleza no cesan en la sociedad...” LOCKE, Jhon. *Tratado del gobierno civil*. Madrid, Imprenta de la Minerva Española, 1821, p. 208-209.

⁶⁸ ELSTER, Jon. “Introducción”. En: *Constitucionalismo y Democracia*. Comp. Jon Elster y Rune Slagstad. México: Fondo de Cultura Económica. 1999. Pág. 34.

⁶⁹ Dworkin entiende al principio como un “estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna dimensión de la moralidad”. Pág. 72. La diferencia, para dicho autor entre los principios y las normas jurídicas se centra en el hecho de que estas últimas “son aplicables a la manera de disyuntivas”, esto es, su observancia depende únicamente de si se ha presentado el estado de cosas señalado en la regla, de manera que “la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión.”; mientras que en el caso de los principios la cuestión es tal que “los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido”. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel. 1984. Págs. 72, 75, 77.

prescrito en ellos debe ser observado en la mayor medida de las circunstancias fácticas y jurídicas posibles⁷⁰.

4.1.4.- En todo caso, se trata de un cierto tipo de normas que no llevan aparejada dentro de su estructura normativa un claro supuesto de hecho, así como tampoco la indicación de una consecuencia jurídica precisa, por lo tanto, se trata de normas jurídicas con un espectro de aplicación fáctico y jurídico ciertamente más amplio que las reglas, siendo esto una cuestión de grado.

4.1.5.- Bien sea entendido como norma de mayor peso o importancia o como un mandato de optimización, es claro que el rol que desempeña un principio consiste en servir de criterio de interpretación adecuada de las reglas que lo desarrollan⁷¹, lo que implica que el Juez debe tomar partido, en el ejercicio interpretativo, por la norma jurídica⁷² que en la mayor medida desarrolle el principio que le sirve de base y, en dado caso, imponer su prescripción sobre las demás, de manera que se deba atender de manera preferente al mandato de acción u omisión que se derive del principio frente a la regla; de esta manera se garantiza la vigencia del principio a través del resto de las normas producidas en el sistema jurídico.

4.1.6.- Fruto de esta consideración es que se impone, también, considerar la existencia de un mecanismo propio y particular para la aplicación de los principios, pues, contrario a lo que ocurre en el marco de las reglas jurídicas, que tienen aplicación por vía de un razonamiento de subsunción –que es el encuadramiento de unos hechos en el marco de unos precisos enunciados jurídicos definidos por vía lógico deductiva-, se encuentra que allí tiene operancia un razonamiento jurídico de ponderación, esto es, de la aplicación de este tipo de normas jurídicas en la mayor medida en que las

⁷⁰ “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. Esto último implica que los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan.”. ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Barcelona, Gedisa. 2ª edición, 2004. Pág. 162.

⁷¹ Guastini señala el rol de los principios en este tipo de interpretación: “Los principios influyen en la interpretación de las restantes disposiciones (las que no son principios) alejando a los jueces de la interpretación literal –la más cierta y previsible- y propiciando una interpretación adecuada.”. GUASTINI, Riccardo. Principios de derecho y discrecionalidad judicial. En: Revista Jueces para la Democracia. Información y debate. No. 34. Marzo, 1999. Págs. 38-46, especialmente 44. Sobre esto es importante resaltar que la denominada interpretación adecuada hace referencia a la adecuación de un significado de una disposición conforme a los postulados bien de una norma jerárquicamente superior o de un principio general del derecho. En ambas situaciones esta interpretación se lleva a cabo al entenderse que el legislador respeta la Constitución como los principios generales del derecho. Para esto véase: GUASTINI, Riccardo. Estudios sobre la interpretación jurídica. México, Universidad Nacional Autónoma de México. 1999. Págs. 47-48.

⁷² Naturalmente este criterio lleva implícita la distinción entre disposición y norma jurídica, para decir que la primera hace referencia al enunciado consagrado positivamente mientras que la segunda alude a las múltiples lecturas que de ésta pueden hacer los operadores jurídicos en ejercicio de la labor interpretativa.

circunstancias fácticas y jurídicas lo permitan, específicamente, cuando se trata de situaciones en las cuales el operador se enfrenta a una colisión entre diferentes principios que, *prima facie*, estarían llamadas a gobernar la solución de un determinado caso.

4.1.7.- En este orden de ideas, vale la pena destacar que el razonamiento jurídico se presenta como un caso especial del razonamiento práctico, es decir, el enfocado a discutir enunciados normativos como aquello que es prohibido permitido u ordenado⁷³ pero a luz del sistema jurídico vigente⁷⁴, que descansa en la formulación de proposiciones y argumentos tendientes a demostrar la justificación de las premisas que constituirán el sustento de la decisión adoptada⁷⁵, procedimiento éste que puede ser intersubjetivamente controlado por los potenciales destinatarios de la decisión, ofreciendo certeza jurídica⁷⁶; es por ello que se ha sostenido que el discurso jurídico conlleva una pretensión de corrección que implica que lo decidido “en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente pueda ser racionalmente fundamentado”⁷⁷.

4.1.8.- Sin embargo, la interpretación en el marco del constitucionalismo trata de un proceso continuo e inacabado que tiene lugar en el marco de una cadena interpretativa que parte desde el momento mismo de la promulgación de un determinado cuerpo normativo y se extiende durante todo el momento en que los partícipes de la práctica jurídica han hecho uso de diversos recursos argumentativos para cumplir con su deber de extraer de dichas normas la mejor lectura posible conforme a los principios constitucionales que fundamentan un sistema jurídico; tal como lo señala Dworkin quien precisa que

⁷³ Señala Peczenik al respecto: “La argumentación jurídica da respuesta a cuestiones prácticas, es decir, decide lo que uno hará o puede hacer.”. PECZENIK, Aleksander. Derecho y razón. México, Editorial Fontamara, 2000 p. 12

⁷⁴ Alexy señala que se trata de un caso especial en tanto que i) se discuten cuestiones prácticas “sobre lo que hay que hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho u omitido”, ii) la discusión se efectúa a la luz de la pretensión de corrección y iii) por corresponder a una discusión jurídica, ésta se presenta bajo condiciones de limitación. ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. 2º edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 207

⁷⁵ Al respecto Taruffo señala: “...los juicios de valor pueden ser justificados a partir de hacer explícito el criterio de valoración utilizado, y sobre todo demostrando que, a partir de ese criterio de valoración, derivan como consecuencia lógica diversas ponderaciones específicas en el caso, lo que indica que también existe una lógica de los juicios de valor:

Ahora bien, regresando al tema de la necesaria obligación de que la motivación sea completa, podemos derivar que también los juicios de valor que el juez formula, y que pos supuesto condicionan la forma en la cual toma la decisión, deben ser justificados.”. TARUFFO, Michele. Proceso y decisión. lecciones mexicanas de Derecho Procesal. Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 102-103.

⁷⁶ “En resumen, en una sociedad moderna la certeza jurídica cubre dos elementos diferentes (a) en el razonamiento jurídico ha de evitarse la arbitrariedad (principio del Estado de Derecho) y (b) la decisión misma, el resultado final, debe ser apropiado. De acuerdo con el punto (b), las decisiones jurídicas deben estar de acuerdo no solo con el Derecho (formal), sino que también tienen que satisfacer criterios de certeza axiológica (moral). (...) El proceso de razonamiento debe ser racional y sus resultados deben satisfacer las demandas de justicia. Además, si una decisión no es aceptable tampoco puede ser legítima – en el sentido amplio de la palabra.”. AARNIO, Aulis. P. 26. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. En: Revista Doxa, No. 8 (1990), p. 23-38, especialmente 26.

⁷⁷ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Ibíd. p. 208.

“Cada juez debe verse a sí mismo, al sentenciar un nuevo caso, como un eslabón en la compleja cadena de una empresa en la que todas aquellas innumerables sentencias, decisiones, estructuras, convenciones y prácticas son la historia. Su responsabilidad es continuar esa historia hacia el futuro gracias a su labor de hoy. “debe” interpretar lo que ha venido ocurriendo porque tiene la responsabilidad de hacer progresar esa empresa que tiene entre manos antes que tomar de golpe por su propio camino. De manera que debe establecer, en acuerdo a su propio juicio, hasta dónde habían llegado las decisiones previas, cuál era el asunto primordial o tema de la práctica hasta ese punto y todo esto tomado como un conjunto integral.”⁷⁸.

4.1.9.- Es por las anteriores razones que se sostiene la inconsistencia del positivismo jurídico frente a las tendencias de los sistemas jurídicos contemporáneos, dotados de constituciones rígidas formalmente, enriquecidas con sus contenidos sustantivos garantes de los derechos individuales y que busca, como una de sus finalidades, fortalecer la vigencia cotidiana del principio democrático deliberativo en todas y cada una de las instancias de poder del Estado. Por lo tanto, una situación descrita en los anteriores términos no puede ser explicada a partir de la teoría positivista para la cual es absolutamente irrelevante el contenido del derecho⁷⁹ así como tampoco presta mayor atención a la necesidad de garantizar de manera efectiva la vigencia de los postulados sustantivos de la Constitución por vía de un método de interpretación dirigido a los operadores jurídicos en tal sentido⁸⁰⁻⁸¹.

4.2.- Sujeción de la Administración a los principios y valores constitucionales. Fines constitucionales de la contratación estatal.

⁷⁸ DWORKIN, Ronald. “Cómo el derecho se parece a la literatura” En: RODRÍGUEZ, Cesar (Ed.) La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin, Bogotá, Editorial Siglo del Hombre, 1997, p. 167. Un caso similar a la tesis defendida por Dworkin se expone por parte de Carlos Santiago Nino, quien sostiene que “Sería irracional para un juez resolver un caso como si estuviera creando todo el orden jurídico con su decisión o incluso el orden jurídico relativo a la cuestión bajo examen. El juez debe considerar las expectativas creadas por decisiones de legisladores y jueces en el pasado para que sus conclusiones armonicen con las decisiones simultáneas de sus colegas.” NINO, Carlos Santiago. La constitución de la democracia deliberativa. Barcelona, Gedisa, 1997, p. 54-55.

⁷⁹ “La exigencia de distinguir el derecho de la moral, y la ciencia jurídica de la ética, significa que, desde el punto de vista de un conocimiento científico del derecho positivo, su legitimación a través de un orden moral diferente del orden jurídico es irrelevante, dado que la ciencia jurídica no tiene que aprobar o desaprobado su objeto, sino conocerlo y describirlo. Aun cuando las normas del derecho, como prescripciones de deber, constituyen deberes, la función de la ciencia jurídica de ninguna manera radica en valoraciones y evaluaciones, sino en una descripción axiológicamente neutral de su objeto.” KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. (Traducción de la 2ª edición en alemán 1960) México. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 81.

⁸⁰ Como lo señala Zagrebelsky quien describe la despectiva postura del positivismo frente a los principios en los siguientes términos: “Según la mentalidad del positivismo jurídico, las normas de principio, al contener fórmulas vagas, referencias a aspiraciones ético-políticas, promesas no realizables por el momento, esconderían un vacío jurídico y producirían una “contaminación de las verdaderas normas jurídicas con afirmaciones políticas, proclamaciones de buenas intenciones, etc.” ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia. Madrid, Trotta, 4ª edición, 2002, p. 112. Sobre la conexión de derecho y moral que supone el neoconstitucionalismo Prieto Sanchís señala: “la dimensión conceptual y metodológica del neoconstitucionalismo ... representa una revisión de algunas de las tesis centrales del positivismo, al menos de la versión más ortodoxa de este último, y, de forma muy esquemática y simplificadora, puede resumirse así: dado que el constitucionalismo es el modelo óptimo de Estado de Derecho e incorpora un nutrido conjunto de valores o principios de naturaleza moral, al menos allí donde existe ese modelo cabe sostener una conexión necesaria entre el Derecho y la moral” PRIETO SANCHÍS, Luis. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid, Trotta, 2009, p. 103.

⁸¹ Una revisión crítica de la inconsistencia del positivismo jurídico con los Estados Constitucionales contemporáneos se encuentra en ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Dejemos atrás el positivismo jurídico. En: Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México. No. 27. 2007, p. 7-28.

4.2.1.- Lo dicho hasta el momento encuentra articulación perfecta cuando se advierte que la Administración también está sujeta al cumplimiento de los preceptos constitucionales establecidos en el preámbulo de la Constitución Política y los principios fundamentales del artículo 1º, esto es, que *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República (...) fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”* y el artículo 2º a cuyo tenor se lee que *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...) y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”*.

4.2.2.- 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 constitucional⁸², siendo estas: i) Estar al servicio de los intereses generales, por oposición a los partidistas, gremiales u otros que no representen el bien común; ii) Ceñirse a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y, por último, iii) Ejercer estas funciones mediante los instrumentos de la descentralización, la delegación y la desconcentración de ellas. Así, de la lectura de dichos principios es claro que se derivan en el ordenamiento jurídico – en materia de contratación pública – otros tales como el de planeación del negocio, legalidad, economía de mercado, llamados a gobernar la acción de la Administración.

4.2.3.- 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 acción⁸³.

4.2.4.- 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

⁸² 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.

⁸³ 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.

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.”⁸⁴.

4.2.5.- Y justamente la contratación estatal es uno de aquellos instrumentos con que cuenta la Administración para el cumplimiento de los fines constitucionales del Estado⁸⁵, razón por la cual durante las etapas de estructuración, proyección o planeación⁸⁶ de los contratos del Estado, la precontractual propiamente dicha y, luego de ello, a lo largo de la existencia del contrato estatal se impone a la Administración hacer uso de las herramientas jurídicas de dirección y manejo del contrato conforme a los principios constitucionales y con miras a satisfacer el interés general⁸⁷.

4.2.6.- No otra cosa puede decirse en este punto cuando se advierte (además de lo dicho *supra*) la existencia de una disposición como la del artículo 23 de la Ley 80 de 1993 a cuyo tenor se lee que *“las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función pública”*.

4.2.7.- Esta Subsección ha hecho eco de tal marco normativo en materia contractual en los siguientes términos:

⁸⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Procedimientos administrativos y tecnología. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2011, p. 137.

⁸⁵ “Bajo esta perspectiva, a la par de los procedimientos y actuaciones administrativas que sustentan el acto administrativo unilateral – el cual, dicho sea de paso, se ha constituido en el instrumento ordinario dentro del Estado de derecho para el cumplimiento de sus propósitos –, se hace imprescindible que todos los servidores públicos entiendan que existe, igualmente, la figura del contrato como mecanismo fundamental para la realización efectiva de los cometidos a cargo del Estado.”. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El concepto de contrato estatal. Complejidades para su estructuración unívoca. En: Temas relevantes sobre los contratos, servicios y bienes públicos. VI Congreso de Derecho Administrativo. Margarita, 2014, Editorial Jurídica Venezolana y Centro de Adiestramiento Jurídico, p. 301-302.

⁸⁶ Particularmente sobre la planeación esta Sala ha apuntado, entre otras, las siguientes consideraciones: “La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales.”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 1° de febrero de 2012, exp. 22464.

⁸⁷ “Así las cosas, un concepto operativo de contrato estatal, realmente material, debe necesariamente tener como punto de partida la interrelación de los contextos doctrinales y jurídicos que la normatividad contractual del Estado artículo (...) es decir, que cualquier aproximación al diseño de unas bases consistentes de la idea central del negocio público implica reconocer (...) la caracterización privatista de la institución pero dispuesta de manera directa al cumplimiento de los propósitos y finalidades del interés público y general en los términos del artículo 2 constitucional”. SANTOFIMIO GAMBOA, El concepto de contrato estatal. Complejidades para su estructuración unívoca. Op. Cit, p. 339.

“Pues bien, de todo este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que la contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos, que por consiguiente con ella se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general y que debe ceñirse a los principios de la función administrativa, entre otros, a los de transparencia y economía.

La eficacia de todos los principios que rigen la actividad contractual del Estado, en especial los dos últimamente mencionados es decir el de la transparencia y el de la economía, depende en buena medida de que en ella se cumpla con los deberes de planeación y de selección objetiva.

Por supuesto que el cumplimiento de los demás deberes que la Constitución y la ley imponen en esa materia también aseguran la eficacia de todos los principios que la rigen y por ende la efectiva satisfacción del interés general que es lo que persigue la prestación de los servicios públicos mediante la actividad contractual del Estado.”⁸⁸

5.- El concepto de convencionalidad. Fundamento y su repercusión en la interpretación de las normas.⁸⁹

5.1.- En el presente asunto, de la contratación estatal, la convencionalidad tiene obligatoria presencia. Es preciso destacar que además de la obligatoria observancia de las disposiciones constitucionales y legales pertinentes (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto-Ley 4170 de 2011, entre otras normas), la Administración Pública debe considerar de manera relevante las normas sobre la materia en derecho internacional, bien sea estas incorporadas mediante tratados o convenios internacionales, o por vía del *soft law*⁹⁰.

5.2.- Lo anterior por cuanto, respecto de tratados internacionales bilaterales o multilaterales debidamente incorporados al derecho interno, se predica el deber del Estado – como un todo – de cumplir de buena fe las obligaciones pactadas allí. Se sigue de ello que el operador jurídico debe integrar el ordenamiento jurídico interno conforme al derecho internacional de acuerdo a lo establecido en el artículo 27 de la

⁸⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 24 de abril de 2013, exp. 27315.

⁸⁹ Este punto recoge las consideraciones efectuadas, entre otras, en las siguientes providencias: sentencia de 25 de mayo de 2011 (exp. 15838), sentencia de 25 de mayo de 2011 (exp. 18747), sentencia de 8 de junio de 2011 (exp. 19772), sentencia de 31 de agosto de 2011 (exp. 19195), sentencia de 1° de febrero de 2012 (exp. 21274), sentencia de 18 de julio de 2012 (19345), sentencia de 22 de octubre de 2012 (exp. 24070), sentencia de 19 de noviembre de 2012 (exp. 25506), sentencia de 27 de febrero de 2013 (exp. 24734), sentencia de 20 de junio de 2013 (exp. 23603), sentencia de 24 de octubre de 2013 (exp. 25981), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 40802), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 26013), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 25813), sentencia de 3 de marzo de 2014 (exp. 47868), sentencia de 26 de marzo de 2014 (exp. 29129), sentencia de 8 de abril de 2014 (exp. 28330), sentencia de 8 de abril de 2014 (exp. 28318), sentencia de 14 de mayo de 2014 (28618), sentencia de 9 de julio de 2014 (exp. 30823), sentencia de 9 de julio de 2014 (exp. 28318), sentencia de 12 de julio de 2014 (exp. 28433), sentencia de 28 de agosto de 2014 (exp. 26251), sentencia de 20 de octubre de 2014 (exp. 31250), sentencia de 12 de noviembre de 2014 (exp. 28505), sentencia de 3 de diciembre de 2014 (exp. 35413), sentencia de 3 de diciembre de 2014 (exp. 26737), sentencia de 3 de diciembre de 2014 (exp. 45433), sentencia de 26 de febrero de 2015 (exp. 30924). Auto de 24 de septiembre de 2012 (exp. 44050), Auto de Sala Plena de Sección Tercera de 6 de diciembre de 2012 (exp. 45679), Auto de 17 de septiembre de 2013 (exp. 45092), Auto de Sala Plena de Sección de 17 de octubre de 2013 (exp. 45679), Auto de 26 de septiembre de 2013 (exp. 42402), Auto de 1° de diciembre de 2014, entre otras providencias.

⁹⁰ Advierte la Subsección, en todo caso, que sobre el *soft law* aún no existe un criterio jurídico unificado al interior de esta Corporación.

Convención de Viena, a cuyo tenor se lee: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

5.3.- En efecto, siendo las normas de derecho internacional en materia de integración comercial reglas que pretenden solucionar problemas de coordinación de lenguaje jurídico entre partícipes que interactúan en diversas jurisdicciones en aras de promover la seguridad jurídica y el desarrollo económico es claro que se impone seguir las deficiones y/o conceptualizaciones estipuladas en aquellos pactos de derecho internacional a fin de desentrañar el alcance o significado de cierta noción, terminología, concepto o cláusula. Vale citar, a manera demostrativa, las definiciones incluidas – entre otras – en las Decisiones 291 (régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías), 416 (normas especiales para la calificación y certificación del origen de las mercancías), 578 (reglas para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal) dictadas por la Comunidad Andina de Naciones y parte integrante del Derecho Comunitario de aplicación directa a nivel local⁹¹.

5.4.- En este punto, destaca la Sala el criterio del Pleno de la Sección Tercera en el fallo de 9 de agosto de 2012 conforme al cual, dado el carácter supranacional⁹² y directo del derecho comunitario, se impone el deber de aplicar sus aspectos sustantivos como procedimentales. En palabras del fallo citado:

“El Derecho Comunitario Andino como ordenamiento jurídico al que está sujeto todo Estado miembro, entre ellos Colombia, es producto del sistema de integración económica en un escenario de ampliación democrática⁹³, que extiende sus raíces a

⁹¹ Otros ejemplos de ello se encuentran en el Tratado de Libre Comercio suscrito por la República de Colombia con El Salvador, Guatemala y Honduras (Ley 1241 de 2008) o el Acuerdo de Promoción Comercial entre Estados Unidos y Colombia (Ley 1166 de 2007), donde se incluyen definiciones sobre diversas materias.

⁹² Sin embargo, el Ponente de esta providencia es del criterio conforme al cual tales estructurar normativas internacionales deben ser leídas como una integración única junto al ordenamiento jurídico interno. Es decir, no corresponde a una dualidad de conjuntos normativos sino de uno solo que se encuentra plenamente integrado. Todo ello deriva del adecuado entendimiento del concepto de convencionalidad: “1.- El de convencionalidad es un concepto amplio, omnicompreensivo y complejo en el ámbito del derecho, que involucra, dada su configuración, un claro e inobjetable elemento amplificador del ordenamiento jurídico vigente en cada Estado, no solo por el hecho de la pertenencia de estos a la comunidad internacional⁹², y adicionalmente, por estar ligados a ella, a través de instrumentos jurídicos vinculantes como pueden ser, entre otros, los tratados y convenciones internacionales de todo orden⁹².” SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Convencionalidad y Derecho Administrativo. Esquema desarrollado del proyecto de tesis posdoctoral. Universidad Carlos III de Madrid.

⁹³ “La ampliación de la democracia en los procesos de internacionalización económica, responde a la exigencia común de encontrar patrones similares que permitan comprometer la voluntad de los Estados, en el desenvolvimiento de reglas claras y previsibles acordes con la ideología política de la organización Estatal. En efecto, el ideario de la democracia internacional, supone la existencia de dos obligaciones. Una de contenido tácito o implícito, que se encuentra en el pacto mutuo de no agresión, y otra de contenido positivo, la cual se resume en la voluntad de los contrayentes de las obligaciones internacionales de establecer reglas de solución pacífica a los conflictos venideros. Esos compromisos resultan acordes a una ideología con marcada preponderancia de la democracia, en cuanto entienden que la prohibición de la fuerza, permite la protección de las libertades y derechos inalienables de los individuos y, a su vez, facilita las prácticas para el desarrollo del comercio exterior, a contrario sensu, de lo que sucede con las ideologías de los gobiernos autocráticos o aquellos cuya presunta legitimidad resulta del uso de la coacción. En la actualidad, existe la tendencia a consolidar dichos procesos de integración sobre la base común de la

ámbitos de regulación normativa en los que los principios de supranacionalidad⁹⁴, subsidiariedad, efecto directo, uniformidad, armonización e integración normativa⁹⁵ constituyen el fundamento tanto para los operadores jurídicos, como también el sustento para la interacción entre los órdenes jurisdiccionales comunitarios andinos y nacionales, sin que en caso alguno representen la renuncia a la soberanía, a la Constitución de cada país o a las mínimas garantías de todos los ciudadanos (Convención Americana de Derechos Humanos).

Así mismo, cabe reconocer que el derecho comunitario andino, como se afirma del derecho comunitario europeo, tiene los siguientes rasgos: a.) se trata de un derecho internacional regional⁹⁶, o propio a una sub-región como la andina; b.) es un derecho cuya producción normativa deriva del seno de una organización internacional (Comunidad Andina); c.) la razón de ser de las normas comunitarias andinas se encuentran en los Tratados constitutivos y en los procedimientos de elaboración normativa; y, d.) el derecho comunitario andino es una rama, o submateria del derecho internacional público⁹⁷.⁹⁸

existencia formal y material de un régimen político conexo, principalmente a través del ideario universal de la democracia internacional. Pero la exigibilidad de la democracia como presupuesto esencial para avanzar hacia la intensificación de los procesos de integración económica, no puede conducir a la imposición de un modelo de régimen político que contradiga la voluntad soberana del pueblo manifestada en una Constitución y, en especial, los derechos a la libre autodeterminación e independencia política del poder soberano. Por ello, es trascendente que los tratados internacionales que se dirijan a la obtención del citado fin, delimiten con suma atención y precisión las materias atinentes a la integración económica y a las sanciones derivadas por su incumplimiento, sin incluir disposiciones que conduzcan o se orienten a exigir una transformación política del Estado soberano, no asumida directamente por el poder constituyente originario". Corte Constitucional, sentencia C-644 de 2004.

⁹⁴ "Como es sabido, el concepto de supranacionalidad -dentro del que se inscribe el Acuerdo de Cartagena implica que los países miembros de una organización de esta índole se desprendan de determinadas atribuciones que, a través de un tratado internacional, son asumidas por el organismo supranacional que adquiere la competencia de regular de manera uniforme para todos los países miembros sobre las precisas materias que le han sido transferidas, con miras a lograr procesos de integración económica de carácter subregional. Las normas supranacionales despliegan efectos especiales y directos sobre los ordenamientos internos de los países miembros del tratado de integración, que no se derivan del común de las normas de derecho internacional. Por una parte, esta legislación tiene un efecto directo sobre los derechos nacionales, lo cual permite a las personas solicitar directamente a sus jueces nacionales la aplicación de la norma supranacional cuando ésta regule algún asunto sometido a su conocimiento. En segundo lugar, la legislación expedida por el organismo supranacional goza de un efecto de prevalencia sobre las normas nacionales que regulan la misma materia y, por lo tanto, en caso de conflicto, la norma supranacional desplaza (que no deroga) -dentro del efecto conocido como preemption- a la norma nacional". Corte Constitucional, sentencia C-137 de 1996. Puede verse: Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 6 de septiembre de 1979.

⁹⁵ "La integración comunitaria que comporta el Acuerdo de Cartagena y los demás instrumentos que lo han desarrollado, y especialmente las competencias normativas que se reconocen a los órganos comunitarios, encuentran un fundamento de validez en las normas de la Constitución de 1991. La integración comunitaria responde y se afianza sobre la concepción moderna de la soberanía relativa, que ya no la reconoce como un poder supremo absoluto e ilimitado del Estado, sino como algo limitado y restringido por la interacción de los demás Estados dentro de la comunidad internacional, lo cual obviamente implica la resignación de específicas competencias de los Estados en organismos comunitarios con el fin de hacer viable los procesos de integración económica". Corte Constitucional, sentencia C-228 de 1995.

Acerca de la misma temática puede verse también la sentencia C-231 de 1997, de la Corte constitucional, en la cual se precisó: "El derecho comunitario se distingue por ser un derecho que apunta hacia la integración y no solamente hacia la cooperación. Igualmente, es un derecho que no se desarrolla únicamente a partir de tratados, protocolos o convenciones, puesto que los órganos comunitarios están dotados de la atribución de generar normas jurídicas vinculantes. Por eso, en el caso del derecho comunitario se habla de la existencia de un derecho primario y un derecho secundario, siendo el primero aquél que está contenido en los tratados internacionales, y, el segundo, el que es creado por los órganos comunitarios investidos de competencia para el efecto. Una característica fundamental del ordenamiento comunitario andino se relaciona con la aplicación directa de las decisiones que crean derecho secundario, las cuales son obligatorias desde el momento mismo de su promulgación, salvo que expresamente se consagre que la norma concreta deba ser incorporada al derecho interno de cada país. Asimismo, debe destacarse que las normas comunitarias prevalecen sobre las normas locales". Corte Constitucional, sentencia C-231 de 1997.

⁹⁶ Puede verse: DIEZ DE VELASCO, Manuel. Instituciones de derecho internacional público. Madrid, Tecnos, 2003, p.81.

⁹⁷ ACOSTA ESTEVEZ, José. "El derecho internacional, el derecho comunitario europeo y el proyecto de constitución europea", en [The Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series is produced by the Jean Monnet Chair of the University of Miami, in cooperation with the Miami European Union Center. Vol.4, No.3, 2004; <http://aei.pitt.edu/8117/1/acostafinal.pdf>].

⁹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Pleno de sección Tercera. Sentencia de 9 de agosto de 2012, exp. 43281.

5.5.- Por otra parte, es innegable que la práctica jurídica internacional conoce desarrollos normativos que trascienden a la forma de los Tratados Internacionales. Aunque *stricto sensu* no se trata de cuerpos normativos vinculantes es indiscutible que el desenvolvimiento de relaciones comerciales culturales, políticas y de toda índole entre los Estados y entre estos y actores privados transnacionales ha llevado a impulsar estipulaciones conceptuales cuyo valor jurídico pende del reconocimiento que, en cada caso, otorgue las partes interesadas.

5.6.- Como ya se ha dicho por esta Sala en reciente oportunidad, en el ámbito del comercio internacional se asiste a una nueva suerte de *lex mercatoria* internacional, cuestión ésta que no puede ser desconocida por partícipes de la práctica jurídica. Sobre este punto se anotó:

“Dada la creciente expansión del comercio internacional se ha intentado establecer fórmulas de regulación jurídica sobre las vicisitudes que pueden originarse en dichos intercambios económicos. Luego de una incipiente presencia de algunos tratados internacionales con repercusiones casi globales o regionales, actualmente se ha asistido a una verdadera explosión de regulaciones jurídicas informales sobre el comercio internacional.

Se trata de un resurgimiento de la llamada *lex mercatoria* o, lo que es lo mismo, un conjunto de prácticas o hábitos con relevancia jurídica aceptados en el ámbito mercantil internacional sin que medie allí regulación del Estado⁹⁹⁻¹⁰⁰. Ejemplo de ello, entre otros, son los Incoterms establecidos por la Cámara de Comercio Internacional¹⁰¹, los principios y trabajos particulares de Unidroit¹⁰², Uncitral¹⁰³ (Cnudmi, en español) o por parte de otras organizaciones académicas que han llevado a elaborar trabajos como el conjunto de principios europeos de los contratos.

Las anteriores referencias, entre otras, sirven como un punto de apoyo para evidenciar cómo la regulación jurídica comercial no depende de la voluntad soberana de los

⁹⁹ "El derecho comercial transnacional" se concibe como un derecho que no es particular o el producto de un sistema jurídico, sino representa una convergencia de las normas procedentes de varios sistemas jurídicos o incluso (...) un conjunto de reglas que son enteramente anacionales y que tienen su fuerza en virtud de la costumbre internacional y de su observancia por la comunidad mercantil. En otras palabras, son reglas, no sólo las acciones o eventos, que cruzan las fronteras nacionales." GOODE, Roy. Usage and its Reception in Transnational Commercial Law, En: The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 46, No. 1 (enero de 1997), p. 1-36.

¹⁰⁰ "Se pueden distinguir tres etapas. La primera etapa se refiere a una antigua *lex mercatoria* en la Edad Media, un conjunto transnacional de normas y principios procesales establecidos por y para el comercio en la (relativa) autonomía de los Estados. La segunda etapa describe el renacimiento de la idea como una "nueva *lex mercatoria*" en el siglo 20, una red informal y flexible de reglas y árbitros que establecen un derecho comercial internacional privado. Por último, una tercera etapa se ha descrito como una "nueva nueva *lex mercatoria*", que se mueve de un derecho blando amorfo y flexible a un sistema establecido de derecho con normas legales codificadas (en primer lugar los Principios de Unidroit sobre Derecho Mercantil Internacional) y un fuerte órgano judicial institucionalizado como el arbitraje internacional." MICHAELS, Ralf. The true *lex mercatoria*: Law beyond the State. Indiana Journal of Global Legal Studies. Vo. 14, No. 2, 2007 (summer), p. 448.

¹⁰¹ Se trata de términos internacionales de comercio que determinan el alcance de algunas cláusulas de contratos internacionales de compraventa. Han tenido constante actualización desde 1936. Estos términos se expresan tres letras cada uno. Algunos ejemplos son: FOB (free on board), CFR (Cost and freight), CIF (Cost, insurance and freight), entre muchos otros.

¹⁰² Cfr. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Unidroit. Principios Unidroit. Roma. Sobre los contratos comerciales internacionales. 2º edición, 2004. Versión revisada el 13 de abril de 2015 en el siguiente enlace web: <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>

¹⁰³ Esta comisión, que hace parte del Sistema de Naciones Unidas cumple su labor principalmente con la elaboración de proyectos de regulación jurídica sobre la materia, las cuales se denominan "Ley Modelo". La Comisión ha dictado leyes modelo en los siguientes temas: Sobre arbitraje internacional, conciliación comercial internacional, comercio electrónico, insolvencia transfronteriza y contratación pública.

Estados, pues aún existiendo un derecho interno que regule una situación o un tratado internacional sobre la materia, las dinámicas y necesidades cambiantes del comercio transnacional han impulsado, con fuerza jurídica aceptada, prácticas, normas, estándares o parámetros de conducta mercantil y, de hecho, la labor de diversas agencias internacional (públicas o particulares) ha sido la de trabajar sobre esta realidad, recopilando, codificando o postulando algunos de los estándares normativos de *lex mercatoria* aceptados en el comercio¹⁰⁴.

Una vez se tiene conciencia de este punto se puede afirmar que la convencionalidad en materia económica implica la aceptación de regímenes jurídicos paralelos al derecho estatal que, bajo ciertas circunstancias, tienen eficacia jurídica reconocida por los estados.”¹⁰⁵

5.7.- Para el caso que llama la atención de la Sala, no puede pasarse por alto el artículo 2º de la Ley Modelo de Contratación Pública, de la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Comercio Internacional CNUDMI – UNCITRAL que establece un conjunto de definiciones relacionadas con la contratación estatal así como el documento denominado “Glosario de términos relacionados con la contratación pública utilizados en la Ley Modelo”, donde se compendia un conjunto de definiciones sobre la materia contrastadas con las adoptadas por otros órganos (sic) (sic) internacionales. Es decir, se trata de la existencia de conceptos sobre la materia en el derecho internacional, de modo tal que la normativa colombiana sobre contratación pública debería ser leída e interpretada conforme a dichos derroteros.

5.8.- Lo anterior cobra relevancia persuasiva para la Administración Pública en los procedimientos de contratación por cuanto, por una parte, se trata de definiciones adoptadas por un órgano internacional cuya misión fundamental gravita alrededor de la unificación de regulaciones jurídicas que promuevan el comercio internacional y, por otro tanto, en razón a que algunas disposiciones de la Ley 1150 de 2007 han sido adoptadas con fundamento en la Ley Modelo citada¹⁰⁶.

5.9.- No duda la Sala de la importancia que tienen estos documentos para la Administración Pública, pues las definiciones allí incluidas no atienden al sentido natural y obvio de las palabras sino que, por el contrario, se encuentran enfocadas hacia el

¹⁰⁴ Herdegen trae a cuento un laudo dictado por la Cámara de Comercio Internacional de 1987 en donde se resalta la existencia de algunos de los principios de la llamada *lex mercatoria*, en los siguientes términos:

“The arbitral tribunal decides that the applicable rules of the *lex mercatoria* should comprise principles such as the one that contracts must prima facie be executed in conformity with stipulations contained therein (*pacta sunt servanda*), the one that contracts must be executed in good faith, the one that in case that unforeseen difficulties arise after the conclusion of the contract the parties must negotiate in good faith to overcome them... the one that contracts must be interpreted according to the principle of *ut res magis valeat quam pereat* (*favor validitatis*) and the one that a party's omission to respond to a letter which has been addressed to it by the other party may be considered as an indication for the acceptance of the terms contained therein.”. HERDEGEN, Matthias. *Derecho Económico Internacional*. Bogotá, Universidad del Rosario, 2012, [Traducción al castellano de la 9ª edición], p. 26.

¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 13 de abril de 2015, exp. 52556.

¹⁰⁶ El texto de la Ley Modelo de la CNUDMI de contratación pública se encuentra en el siguiente enlace web: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/ml-procurement/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-s.pdf> [Consultado el 20 de abril de 2015]. El glosario de términos puede ser revisado en la siguiente dirección: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/ml-procurement/Glossary-s.pdf> [Consultado el 20 de abril de 2015]

sentido que deben tener dentro del argot contractual del Estado conforme al ordenamiento jurídico internacional lo que, a la postre, redundará en mayor precisión de los términos empleados y seguridad jurídica para los partícipes.

5.10.- Del mismo modo, también toma nota esta Sala de Subsección de otros usos terminológicos de común uso en el comercio nacional o internacional y cuya génesis no se encuentra en la regulación jurídica de derecho positivo del Estado ni en el sentido natural y obvio de ciertos términos. Se trata, específicamente, de los llamados Incoterms, establecidos por la Cámara de Comercio Internacional, que especifican aspectos tales como las condiciones de entrega de mercancías, la distribución de riesgos y costes de la operación así como los trámites documentales de las partes involucradas en una relación contractual. Así, se encuentran términos bien conocidos como FAS (Free Alongside Ship), FOB (Free on Board), CFR (Cost and Freight), EXW (Ex Work), FCA (Free Carrier), por solo citar algunos. Se trata, si se quiere, de conceptos que tienen trascendencia jurídica a nivel interno al ser reconocidas, por las mismas partes, como normas imperativas en el marco del negocio jurídico celebrado.

5.11.- Los anteriores casos, ponen de presente cómo se requiere de una comprensión amplia e integral del ordenamiento jurídico positivo enriquecido por la vía de los tratados de derecho internacional debidamente incorporados o, en otros casos, del *soft law*¹⁰⁷ donde lo que se advierten estipulaciones sobre conceptos o definiciones con relevancia en la actividad contractual del Estado. Con otras palabras, en el ejercicio de atribución de significado a los términos tiene lugar una labor de convencionalidad, de modo tal que se impone al intérprete de la norma (o de los términos en particular) seguir lo dispuesto en el ordenamiento jurídico convencional.

5.12.- Finalmente, dentro de este mismo ámbito contractual debe la Sala recordar que el control de convencionalidad hace presencia desde la perspectiva de la Convención Americana de Derechos Humanos, por cuanto, inclusive, en las relaciones contractuales se impone el respeto y primacía de los derechos y garantías allí reconocidos. Esta Subsección, recientemente, siguió esta línea de pensamiento cuando juzgó contrario al derecho a la libertad de expresión (artículos 13 de la Convención y 20 de la Constitución Política) una resolución mediante la cual se sancionaba a un medio de comunicación al no transmitir una alocución presidencial acusando compromisos comerciales previamente adquiridos¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Se reitera que sobre este punto no existen pronunciamientos unificados por parte de esta Corporación.

¹⁰⁸ En resumen, la orden de transmitir en cadena nacional la alocución del señor Presidente de la República carece de fundamentación jurídica, no solo porque el acto administrativo citado no señala alguna motivación al respecto,

5.13.- Así, la convencionalidad en el derecho, y específicamente en lo relacionado con la contratación estatal, impone el respeto y el sometimiento para la Administración Pública de aquellas estipulaciones establecidas en Tratados Internacionales sobre definiciones con relevancia en el derecho contractual del Estado. Igualmente, el *soft law*¹⁰⁹ constituye un valioso referente persuasivo que debe ser considerado de manera ponderada por la Administración ya que es reflejo de desarrollos consuetudinarios del comercio internacional que, por lo mismo, aportan seguridad jurídica y certidumbre respecto de los términos empleados en las relaciones contractuales. Finalmente, la convencionalidad se muestra en un tercer escenario desde el enfoque de los Derechos Humanos, donde se predica el respeto que debe la Administración hacia los derechos y garantías allí reconocidos, lo cual repercute directamente en la interpretación de términos y cláusulas contractuales que, dado el caso, puedan contravenir el derecho convencional.

6.- Caso concreto.

6.1.- Conforme lo expuesto, la Sala encuentra que la interpretación de las normas, en el contexto constitucional y convencional en que está envuelta la actividad jurídica, implica ejercicios interpretativos que no solo tengan en cuenta los tradicionales métodos establecidos en el Código Civil, los cuales son necesarios como primer paso para los partícipes de la práctica jurídica, más no devienen en suficientes; además de ello,

sino también porque a lo largo de este proceso contencioso administrativo la demandada no acreditó la motivación echada de menos.

Pero además no existe un mínimo fundamento jurídico que permita afirmar que la decisión administrativa se amparó en alguno de los criterios establecidos bien por la Corte Constitucional –conforme a la sentencia de constitucionalidad C-1172 de 2001- o por la Convención Americana y su Corte, respecto de las restricciones jurídicamente admisibles al derecho a la libertad de expresión.

Súmese a lo anterior que para las 21.30 horas del 7 de octubre de 1999, **CARACOL TELEVISIÓN S. A.** se encontraba cumpliendo un compromiso comercial como lo era la transmisión de un encuentro deportivo, específicamente un partido de fútbol, situación que involucra la negociación de derechos de contenido económico, tales como la teledifusión del encuentro futbolístico y la correspondiente explotación de los espacios publicitarios. Si se tienen en cuenta estas circunstancias, se advierte de inmediato que la realización de este tipo de actividades constituyen, por excelencia, la fuente del sustento económico de los medios de comunicación privados, como lo es **CARACOL TELEVISIÓN S. A.**, de manera que afectarlas, por vía de disposiciones jurídicas contrarias a los postulados convencionales o constitucionales o de facto, se constituye en un acto arbitrario que atenta no sólo contra la libertad económica, sino también contra el núcleo esencial del derecho a la libertad de expresión, por cuanto altera profundamente la autonomía e independencia de los medios de comunicación.

En este orden de ideas, amparado en razones de índole convencional¹⁰⁸ y constitucional, se impone inaplicar la decisión de la Secretaría de Prensa de la Presidencia de la República de 7 de octubre de 1999, mediante el cual se solicitó conceder un espacio televisivo a las 21.30 horas para transmitir la alocución del señor Presidente de la República.

Por consiguiente, como la mencionada decisión se inaplica por vulnerar el ordenamiento jurídico superior, resulta claro que la multa impuesta con las Resoluciones No. 0083 de 15 de febrero de 2000 y No. 0376 de 12 de mayo de 2000, proferidas por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, están viciadas de nulidad por carecer ellas de sustento.

Así que entonces, acreditada la vulneración del artículo 20 constitucional y el 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, alegada por el actor en su demanda, la Sala decretará la nulidad de las decisiones referidas, advirtiendo que aun cuando ello no hubiere sido alegado se imponía su estudio oficioso dado el deber, en cabeza de todo funcionario judicial, de salvaguardar los derechos fundamentales que resultaren vulnerados en el curso de una actuación administrativa, por razones constitucionales¹⁰⁸ y convencionales¹⁰⁸. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 28505.

¹⁰⁹ Se reitera que no existe criterio unificado al respecto.

entiende la Sala que la atribución de significado de la Ley (en lato sensu) debe guardar correspondencia con los principios y valores convencionales y constitucionales, ya que estos no solo amplifican el marco del lenguaje jurídico en materia de contratación estatal sino que también incorporan esta materia dentro de la sistemática del ordenamiento jurídico de modo tal que ese lenguaje viene a articularse con los principios y valores en ellos establecidos.

6.2.- Para el caso que ahora ocupa la atención de la Sala es predicable la sujeción de la Administración Pública a los mandatos constitucionales fundamentales (preámbulo y artículos 1° y 2°) así como, concretamente, a los fines específicos encomendados por el constituyente en el artículo 209 superior. Del mismo modo, esta articulación encuentra respaldo en el ámbito contractual de la Administración conforme a los principios que para el efecto fijó el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, cuya fuerza jurídica no es solo de carácter legal sino constitucional, por ser claro desarrollo de la normativa superior.

6.3.- Finalmente, la Administración –parte del Estado, como un todo –, en virtud de los artículos 26 de la Convención de Viena y 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos, está sujeta a la convencionalidad en tanto y en cuanto está llamada a observar, imperativamente, dichos postulados jurídicos en el marco de sus competencias.

6.4.- Por consiguiente, el que un aparte del inciso primero del artículo 3° del Decreto 1510 de 2013 estableciera la regla conforme a la cual *“Los términos definidos en el presente decreto y utilizados frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio”* no supone, *per se*, contradicción con el ordenamiento jurídico superior por cuanto no hace más que reiterar textualmente un enunciado de rango legal, como es el dispuesto en el artículo 28 del Código Civil¹¹⁰ y, además, como es bien sabido, una recta interpretación de la ley no puede concebirse sin la utilización de todos ellos, y, de otro lado, se trata de una transcripción de un texto legal que simplemente recuerda que para conocer la ley debe empezarse por abordar su tenor literal.

6.5.- Sin embargo, guardando correspondencia con lo arriba dicho y teniendo presente que los operadores jurídicos deben justificar sus decisiones a la luz de todo el ordenamiento jurídico – constitucional y convencional – se impone reconocer que de ninguna manera el inciso demandado implica una restricción o limitación para el empleo

¹¹⁰ Código Civil. Artículo 28. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

de los demás criterios de interpretación que por vía legal, constitucional o convencional deban ser aplicables conforme a cada caso, en particular. Esta circunstancia, además, encuentra pleno respaldo en el principio de jerarquía y valor normativo de las disposiciones superiores (Ley 80 de 1993, Constitución Política, Tratados Bilaterales o Multilaterales).

6.6.- Dicho con otras palabras, debe entenderse que en este escenario tiene plena operancia el principio de integración normativa¹¹¹ en virtud de la cual se comprende que los demás criterios de interpretación tienen allí cabida; de modo tal que el método textual se enmarca dentro de un gran sistema de análisis normativo que se nutre de la integración y complementariedad de los demás criterios hermenéuticos admisibles en el sistema jurídico¹¹².

6.7.- Así las cosas, la Sala encuentra que el cargo de nulidad elevado por el actor, consistente en la extralimitación de la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional no encuentra fundamento, pues del análisis normativo no se aprecia contradicción entre los artículos 13, 23 y 28 de la Ley 80 de 1993 así como tampoco con las normas del Código Civil en materia de interpretación (artículos 27, 28, 30 y 32), pues, como se dijo, el aparte acusado no excluye, discrimina o se opone a dichas normas superiores.

¹¹¹ Sobre este punto véase el fallo de 13 de junio de 2013, exp. 23730 de esta Subsección, en donde la Sala, en un asunto contractual, recordó los deberes del Juez de interpretación, calificación e integración del negocio jurídico. En este último punto destaca la incorporación de las normas imperativas y las dispositivas (a falta de estipulación o acuerdo en contrario).

"Cuando se trata de establecer los derechos y las obligaciones que surgen en favor y a cargo de las partes en razón de un negocio jurídico, hay tres grandes labores que debe emprender el juzgador para la verificación correspondiente.

La primera es la interpretación del negocio jurídico celebrado que tiene por objeto fundamental constatar el acuerdo al que llegaron las partes, verificar los efectos que estos le señalaron a su convenio y la incorporación de estas comprobaciones al negocio.

La segunda es la calificación del negocio celebrado, que no es otra cosa que su valoración jurídica, esto es, determinar cuál fue el esquema negocial empleado por los disponentes, precisar las repercusiones jurídicas que de ese esquema se derivan e incorporando estas consecuencias jurídicas al acuerdo.

La tercera es la integración del negocio jurídico que consiste en incorporarle toda aquella regulación que no tiene su fuente en el acuerdo de las partes sino en la ley y en general en las restantes fuentes del derecho externas al contrato, tales como los principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos o costumbres como también se les llama.

En lo que atañe a la integración de la ley al contrato debe decirse que han de incorporarse no sólo las normas legales imperativas sino también las dispositivas, teniendo en cuenta que las primeras tienen que anidarse de manera ineludible e inmediata en el contrato, independientemente del querer de las partes, mientras que las segundas han de integrarse a falta de estipulación o de acuerdo en contrario de los contratantes, razón por la que en este último caso se dice que estas normas supletivas colman los vacíos dejados por los disponentes pero sólo aquellos que no puedan ni deban ser llenados con los criterios de la hermenéutica negocial, pues en este evento se estaría entonces frente a una labor de interpretación y no a una de integración contractual.

En síntesis, la precisión de los derechos y de las obligaciones que surgen en favor y a cargo de los contratantes supone que el juzgador realice las siguientes tareas fundamentales: interpretar el acto, valorarlo jurídicamente y finalmente integrarle todos los preceptos extranegociales que le correspondan.

Con otras palabras, el juez debe empezar por enterarse de qué fue lo que convinieron las partes (interpretar), proseguir con la valoración jurídica de lo pactado (calificando el acto, constatando los efectos jurídicos que de él se derivan e incorporando estas consecuencias jurídicas al acuerdo), para finalmente concluir con la integración de las disposiciones externas al contrato que le correspondan (normas imperativas, normas supletivas, principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos)". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 13 de junio de 2013, exp. 23730.

¹¹² Como se sostuvo en el auto que denegó la suspensión provisional en el presente asunto. Auto de ponente de 19 de mayo de 2014, exp. 50219.

6.8.- Así las cosas, en virtud del principio de conservación del derecho¹¹³, siendo que la norma acusada admite una interpretación que se ajusta al ordenamiento jurídico, la Sala condicionará el aparte “Los términos definidos en el presente decreto y utilizados frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio” contenido en el inciso primero del artículo 3° del Decreto 1510 de 2013 en el entendido que dicha norma no excluye los demás métodos de análisis normativo admisibles en el sistema jurídico colombiano.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR que el aparte “Los términos definidos en el presente decreto y utilizados frecuentemente deben entenderse de acuerdo con su significado natural y obvio” contenido en el inciso primero del artículo 3° del Decreto 1510 de 2013 no es contrario a la Ley y la Constitución, conforme a los cargos analizados, en el entendido que la norma demandada no excluye los demás métodos de análisis normativo admisibles en el sistema jurídico colombiano.

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

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta de Sala de Subsección

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente

¹¹³ Sobre el principio de conservación del derecho la Corte Constitucional ha sostenido: “si la norma admite varias interpretaciones, unas acordes con la Constitución y otras que no lo son, la Corte mantendrá la disposición en el ordenamiento pero excluirá del mismo, a través de una sentencia condicionada, los entendimientos de la misma que contraríen los principios y valores constitucionales.”. Corte Constitucional, sentencia C-128/1998. Véase, entre otras, las siguientes decisiones: C-600A/1995, C-065/1997, C-078/2007, C-486/2009, C-055/2010. Sobre estas cuestiones Beladiez Rojo apunta: “se podría afirmar que el principio de conservación expresa la existencia de un valor jurídico de conservar todo acto capaz de cumplir válidamente los fines que tiene encomendados, para garantizar así la satisfacción de los intereses de los sujetos jurídicos”. BELADIEZ ROJO, Margarita. Validez y eficacia de los actos administrativos. Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 45-46.