

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Magistrado Ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 16 de septiembre de 2024

Radicación: 11001-03-24-000-2023-00010-00 (69.700)

Actor: Efraín Gómez Cardona

Demandado: Departamento Administrativo de la Función Pública y otro

Referencia: Nulidad (Ley 1437 de 2011)

Tema: Resuelve solicitud de medida cautelar / reconoce personería.

El despacho resuelve la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del numeral 3 de la circular conjunta número 100- 005-2022 expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Escuela Superior de Administración Pública, presentada por la parte demandante.

De conformidad con el artículo 125 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021 auto que resuelve la solicitud de medida cautelar es competencia del magistrado ponente.

Contenido: 1. Antecedentes 2. Consideraciones 3. Decisión

## 1. ANTECEDENTES

### 1. De la demanda y el trámite procesal relevante

El 16 de enero de 2023<sup>1</sup>, el señor Efraín Gómez Cardona, en ejercicio del medio de control de nulidad simple, presentó demanda en contra del Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP- y la Escuela Superior de Administración Pública -ESAP-, con el fin de que se declarara la nulidad del numeral 3 de la circular conjunta número 100-005-2022, mediante la cual se dictan los “Lineamientos del plan de formalización del empleo público en equidad - vigencia 2023”:

“3. La contratación directa a través del contrato de prestación de servicios y de apoyo

a la gestión **deberá tener un término de duración de cuatro (04) meses”**

El 20 de enero de 2023, mediante acta individual de reparto, fue asignado el proceso al despacho de la magistrada Nubia Margoth Peña Garzón (Sección Primera Consejo de Estado).

El 13 de febrero de 2023, mediante auto notificado por estado, se ordenó remitir el proceso a la Sección Tercera del Consejo de Estado por

<sup>1</sup> Índice 02 en SAMAI

Calle 12 No. 7-65 – Tel: (57-1) 350-6700 – Bogotá D.C. – Colombia w

considerar que era la competente por tratarse de un asunto de contenido contractual.

El 29 de marzo de 2023, mediante acta de reparto, el proceso fue asignado a este Despacho. Mediante auto notificado por estado, el 12 de septiembre de 2023, se admitió la demanda de nulidad simple, se ordenó realizar las notificaciones pertinentes y correr traslado a las entidades demandadas, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado por el término de 30 días, de conformidad con el artículo

172 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

2. De la solicitud de la medida cautelar y su trámite

Con la demanda, se solicitó el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional del aparte contenido en el numeral 3 de la Circular conjunta número 100-005-2022<sup>2</sup>. Lo anterior, con fundamento en que el acto administrativo resultaba violatorio de los artículos 1, 121, 150, 113 y 287 de la Constitución, el artículo 10 de la ley 1437 de 2011 y el Decreto 430 de 2016. Todo esto, porque, a criterio de la parte demandante, la circular expedida trasgredía el principio de autonomía de las entidades territoriales e imponía un plazo para todos los contratos de prestación de servicios, atribuyéndose, a juicio del demandante, una competencia para regular las inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar con el Estado, que es exclusiva del legislador<sup>3</sup>.

En providencia de 31 de agosto de 2023, notificada por estado el 12 de septiembre de 2023, se corrió traslado al Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Escuela Superior de Administración Pública, por el término de 5 días, para que se pronunciaran sobre la solicitud de medidas cautelares.

Mediante escrito de 4 de octubre de 2023, la Escuela Superior de Administración pública solicitó no acceder a esta toda vez que la circular conjunta no obedecía a un carácter vinculante, sino a una naturaleza simplemente informativa.

<sup>2</sup> Índice 02 en SAMAI

<sup>3</sup> En síntesis señaló: “**1.** No existe norma de rango constitucional, legal o reglamentario que faculte al Departamento Administrativo de la Función Pública para expedir normas sobre plazos de los contratos de prestación de servicios (...)

No pueden dos funcionarios subalternos del presidente de la república arrogarse atribuciones, y pretender interpretar preceptos legislativos con fuerza de autoridad, imponiéndose a otros funcionarios con potestad para celebrar contratos a su criterio personal y subjetivo (...)

Los funcionarios que expedieron la circular infringieron el artículo de la ley 1437 de 2011 porque desconocieron una sentencia de unificación del Consejo de Estado al pretender imponer por vía

uniforme y para todos los contratos de prestación de servicios un plazo de 4 meses contra la doctrina de dicha sentencia que señala que estos contratos se deben celebrar por el término estrictamente indispensable y que por tal debe entenderse el que se desprenda de los documentos previos a la celebración del contrato. (...) entender que no pueden obligar a funcionario alguno con potestad para celebrar contratos de prestación de servicios a celebrar contratos por el término que aquellos funcionarios consideren, como es el caso de cuatro meses, porque el ordenamiento jurídico los obliga a aceptar que dichos contratos han de celebrarse por el término estrictamente indispensable entendiendo como tal el previsto en los estudios previos y en la minuta del contrato (...)

No está previsto que funcionarios subalternos del orden nacional, es decir distintos al presidente de la República, expidan normas o los sedicentes “lineamientos” a través de los cuales se pueda imponer a quienes tienen potestad para contratar en las entidades territoriales que a la hora de celebrar contratos de prestación de servicios lo hagan sólo por el plazo que indiquen dichos funcionarios alternos (...)

Por medio de escrito de 5 de octubre de 2023, el Departamento Administrativo de la Función Pública consideró que se trataba de una actuación de la administración que no era susceptible de demanda al no poseer las características de un acto administrativo con efectos jurídicos y, adicionalmente, advirtió que la suspensión provisional de la circular conjunta 100-005-2022 podía poner en riesgo la formalización del empleo público, al permitir que se siguiera sobre utilizando la figura de contratación de servicios provisionales.

## 2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Cuestión previa; 2.2. Sobre la solicitud de medida cautelar; 2.3. Reconocimiento de personería;

### Cuestión previa

El despacho advierte que el 7 de junio de 2024, la secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expidió la certificación No. CER- 0036-2024-WM<sup>4</sup> con destino al proceso con número de radicado 11001-03- 24-000-2023-00008-00 (Interno 69539) magistrado ponente Jaime Enrique Rodríguez Navas. Ahí se registró que, en ese proceso, obra una solicitud en la que se pidió acumular<sup>5</sup>, entre otros, este asunto al expediente 69539. A la fecha, el asunto 69536 se encuentra en alegatos de conclusión y no se ha resuelto la solicitud de acumulación de procesos presentada por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Adicionalmente, por resultar importante para lo que ocupa al despacho, debe indicarse que, en ese asunto, también se solicitó la medida cautelar en los términos aquí señalados y, en su oportunidad, el ponente la resolvió<sup>6</sup> y accedió a su decreto<sup>7</sup>.

### Sobre la solicitud de medida cautelar

<sup>4</sup> Índice 34 SAMAI.

<sup>5</sup> Rad. Interno 69539, índice 63 SAMAI. Solicitud de acumulación de los procesos con número de radicado: 11001- 03-24-000-2023-00010-00 a cargo del despacho del Dr. Alberto Montaña Plata, 11001-03-24-000-2023-00003-00 a cargo del despacho del Dr. Jorge Edinson Portocarrero Banguera y 11001-03-25-000-2023-000062-00 a cargo del despacho del Dr. Luis Eduardo Mesa Nieves.

<sup>6</sup> Se destaca que En auto interlocutorio de 23 de noviembre de 2023, se decretó la medida cautelar por las siguientes razones: “De la lectura de la circular, es posible inferir, sin duda alguna, que el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Escuela Superior de Administración Pública ordenaron que los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión no pueden ser suscritos por un término superior a cuatro (4) meses; directriz, con poder vinculante, emitida por la Administración.(...) comoquiera que los efectos de la circular no se agotan dentro de la Administración y afectan directamente a todos aquellos que pretenden suscribir contratos de prestación de servicios y de gestión con los órganos, organismos y entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del orden nacional y territorial, y esta no se limita a informar un asunto, sino que estatuye una prohibición en el ámbito de la contratación estatal, es factible inferir que, lejos de contener las características de una circular en estricto sentido, se trata de un acto administrativo de carácter general”.

<sup>7</sup> Contra esta decisión se interpuso recurso de reposición y, en subsidio, “de apelación” el 14 de diciembre de 2023, por el Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-<sup>7</sup>. El 18 de enero de 2024, se presentó solicitud de coadyuvancia al recurso interpuesto por el DAFP, por parte de la Escuela Superior de Administración Pública -ESAP. El recurso de reposición fue resuelto desfavorablemente mediante auto notificado el 22 de marzo de 2024. Además, se adecuó el recurso de apelación al trámite de recurso de súplica. El recurso de súplica ingresó al despacho del Magistrado Nicolás Yepes Corrales el 24 de abril de 2024 y está pendiente de ser resuelto.

El artículo 231 del CPACA señaló “Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, **cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas** o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. (...)”.

El demandante dentro del escrito de solicitud de medida cautelar alegó la violación de las siguientes normas: Artículos 121, 113, 1 y 287 de la Constitución, decreto 430 de 2016 y artículo 10 de la Ley 1437 de 2011<sup>8</sup>.

De lo expuesto por el demandante, el despacho encuentra que, si bien, se refirió a cuatro puntos, los motivos para pedir que se decretara la medida cautelar se pueden sintetizar en dos: que la circular tenía fuerza de autoridad y se imponía a otras autoridades y que el DAFP y la ESAP no tenían competencia para efectuar esa limitación. En consecuencia, para resolver es necesario revisar los siguientes aspectos: 1. La naturaleza de la circular informativa objeto de reproche y 2. Si el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Escuela Superior de Administración Pública están o no habilitadas para expedir una circular que regule la duración del contrato de prestación de servicios.

1) Naturaleza de la circular. De acuerdo con el primer aspecto a definir, se debe precisar si la naturaleza de la circular es de un acto administrativo o si, por el contrario, es un acto de la administración meramente informativo. Sobre las circulares el Consejo de Estado ha manifestado que “Lo normal de esta clase de actos de la administración es que su relevancia sea interna, que sus efectos se agoten en el interior de la administración”<sup>9</sup>.

Por lo tanto, cuando una circular contiene expresiones unilaterales de la voluntad de la administración y crea, de esta manera, situaciones jurídicas generales, impersonales o abstractas, constituye una decisión que produce efectos externos, que vincula a los administrados. La circular conjunta 100- 005-2022, estableció de forma literal que (se transcribe, negrilla fuera del

texto):

“Se establecen los lineamientos que **deberán** observarse a partir del primero

de enero de 2023 (...) 3. La contratación directa a través del contrato de prestación de servicios y de apoyo a la gestión **deberá** tener un término de duración de cuatro (04) meses (...).

Finalmente, y teniendo en cuenta las específicas funciones al Departamento Administrativo de la Función Pública consagradas en el Decreto 1083 de 2015 y la Ley 909 de 2004, en especial las relacionadas con el fortalecimiento institucional y del empleo público, se **solicita** a los órganos, organismos y entidades públicas destinatarias de la presente circular, **acatar** los lineamientos mediante los cuales se desarrolla el plan para la formalización del empleo público en equidad, con criterios meritocráticos y con vocación de permanencia”.

<sup>8</sup> Ver pie de página 3

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de marzo de 2011, exp. 32733. C.P. Enrique Gil Botero. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 6 de julio de 2020, exp. 48183. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Lo expuesto, permite concluir que el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Escuela Superior de Administración Pública emitieron una orden sobre la temporalidad de los contratos de prestación de servicio, que cuenta con poder vinculante y que no solo atañe a la administración, sino también a los particulares y a todos los órganos, organismos y entidades del sector central y descentralizado de la Rama ejecutiva del orden nacional y territorial una restricción.

En consecuencia, la expresión demandada, en razón de sus características y efectos, tiene naturaleza de un verdadero acto administrativo de carácter general susceptible de control judicial.

Adicional a lo anterior, debe recordarse que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 137 del CPACA relativo al medio de control de nulidad, este también puede ejercerse en contra de “circulares de servicio” motivo por el cual es clara la procedencia del juez de lo contencioso administrativo, para, en desarrollo de este, hacer control de legalidad frente a la decisión demandada

2) Competencia para proferir el acto. Se hace necesario precisar si el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Escuela Superior de Administración Pública transgredieron la competencia de legislador al establecer un término máximo de duración del contrato de prestación de servicios.

En ese sentido, y conforme con el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política, es competencia del Congreso de la República expedir el Estatuto General de Contratación de la “Administración Pública y en especial de la administración nacional”. Por su parte, la Ley 80 de 1993 que desarrolló ese mandato Constitucional, en su artículo 32 estableció “los contratos de prestación de servicios se deben celebrar por el término estrictamente indispensable para que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento, sin prescribir un periodo específico de duración máxima”<sup>10</sup>

Adicionalmente, el Consejo de Estado ha analizado diferentes aspectos de la ley 80 de 1993. Específicamente en lo atinente a la temporalidad del contrato de prestación de servicio ha

indicado que este debe ser el que se estipule en cada contrato según las características del mismo<sup>11</sup>.

Por lo anterior, se observa que, mediante la Circular 100-005-2022, el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Escuela Superior de Administración Pública pudieron obrar en desconocimiento de lo dispuesto

<sup>10</sup> Ley 80 de 1993, artículo 32, numeral 3.

<sup>11</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, sentencia del nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), radicación número 05001-23-33-000-2013-01143-01. Al respecto, se destaca: **“la Sala unifica el sentido y alcance del «término estrictamente indispensable» como aquel que aparece expresamente estipulado en la minuta del contrato de prestación de servicios, que de acuerdo con los razonamientos contenidos en los estudios previos, representa el lapso durante el cual se espera que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato y las obligaciones que de él se derivan, sin perjuicio de las prórrogas excepcionales que puedan acordarse para garantizar su cumplimiento.”**

en el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política y de la Ley 80 de 1993.

Lo anterior, porque por una vía que no es legal se ordenó cumplir con una limitación en el término de duración de los contratos de prestación de servicios, otorgándoles a estos 4 meses para la ejecución de la finalidad del contrato, término que, en principio, no está en la ley. Para el despacho, con la expedición de esta circular, las entidades demandadas podrían desconocer la realidad contractual comoquiera que deben adecuar siempre, sin importar las circunstancias, los contratos al término definido en la circular.

Finalmente, se debe destacar que, aunque de forma preliminar, al pronunciarse sobre la medida cautelar, las entidades reconocieron que no les competía limitar el término de duración de los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión<sup>12</sup>, en realidad ese es el efecto que produce la circular.

Sobre el reconocimiento de personería jurídica

El despacho se pronuncia sobre el reconocimiento de personería jurídica, de la siguiente forma: En atención a los documentos visibles en los índices 26 del Sistema de Gestión Judicial – SAMAI- reconocerá personería a los abogados Andrés Fabian Fuentes Torres y Víctor Hugo Calderón Jaramillo, identificados con Cédula de ciudadanía 85.446.952 y 19479.722, y portadores de la tarjeta profesional 87.553 y 53.381 del Consejo superior de la Judicatura, para que representen judicialmente Escuela Superior de Administración Pública y al Departamento Administrativo de la Función Pública, respectivamente, en los términos y para los fines a los que refiere el poder conferido, por cumplir los requisitos legales establecidos en el artículo 74 del Código General del Proceso. El despacho, en consecuencia,

### 3. RESUELVE

PRIMERO: DECRETAR la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del aparte contenido en el numeral 3 de la Circular Conjunta número 100-005-2022, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: RECONOCER personería al abogado Andrés Fabian Fuentes Torres, identificado con cedula de ciudadanía 85.446.042 y portador de la tarjeta profesional 87.553 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en calidad de apoderado de la entidad demandada- Escuela Superior de Administración Pública.

<sup>12</sup> Contestación de medida cautelar, Escuela Superior de Administración Pública, índice 24 SAMAI, pág. 13: “Finalmente, no es posible que mediante una circular se modifiquen normas de rango constitucional y legal, más aún, sin existir competencia alguna, toda vez que ni el Departamento Administrativo de la Función Pública, ni la Escuela Superior de Administración Pública, tienen la facultad legal para modificar la ley, ni para reglamentarla vía circular, por ejemplo, estableciendo un plazo determinado para los contratos de prestación de servicios, cuando la misma ley (que prima jerárquicamente) establece será por el “término estrictamente indispensable” pero no lo limita a un período fijo ni a una temporalidad concreta”.

TERCERO: RECONOCER personería al abogado Víctor Hugo Calderón Jaramillo identificado con cedula de ciudadanía 19.479.722 y portador de la tarjeta profesional 53.381 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en calidad de apoderado de la entidad demandada- Departamento Administrativo de la Función Pública, respectivamente.

CUARTO: NOTIFICAR esta decisión mediante estado electrónico, según lo dispuesto en el artículo 201 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente

ALBERTO MONTAÑA PLATA



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior

n.d.

Última actualización: 12 de Diciembre de 2024 - (Diario Oficial No. 52.950 - 24 de Noviembre de 2024)

