

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, cuatro (4) de octubre de dos mil veinticuatro (2024)

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ Expediente: 11001-03-26-000-2023-00139-00 (70.313)

Actor: SANTIAGO ARIZA QUINTERO Y OTROS

Demandado: AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – CCE)

Medio de control: NULIDAD SIMPLE - CPACA

Temas: RESUELVE MEDIDA CAUTELAR – SUSPENSIÓN PROVISIONAL

Síntesis del caso: los demandantes solicitan la nulidad parcial del numeral 16.2 de la Circular Externa Única de 2022 proferida por la entidad demandada; como medida cautelar se pidió en la demanda la suspensión provisional de la norma por contravenir los artículos 152 de la Constitución Política y 38 de la Ley 996 de 2005.

Temas: medio de control de simple nulidad – medidas cautelares – suspensión provisional del acto demandado – circular externa – clasificación de las circulares – no todas las circulares constituyen actos administrativos demandables – requisitos de la suspensión provisional de actos administrativos – análisis de los elementos estructurales para que proceda la medida cautelar de suspensión.

La Sala decide la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional parcial del numeral 16.2 de la Circular Externa Única de 2022 expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente- y cuyos destinatarios son los partícipes en el sistema de compras y contratación pública, de conformidad con el artículo 2.2.1.1.1.2.1 del Decreto 1082 de 2015.

ANTECEDENTES

La demanda y la petición de medida cautelar

El 5 de septiembre de 2023, los ciudadanos Santiago Ariza Quintero, Joel David Gaona Lozano, Sebastián Rojas Sánchez y Juan José Gómez Uruña

presentaron demanda en ejercicio del medio de control jurisdiccional de nulidad simple (índice 2 SAMAI)¹ para que se anule de manera parcial el numeral 16.2 de la Circular Única de 2022 expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-; lo resaltado corresponde a los segmentos acusados:

“16. APLICACIÓN DE LA LEY DE GARANTÍAS (...).

16.2. Restricción para celebrar convenios y contratos interadministrativos

El párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a los gobernadores, alcaldes, secretarios gerentes y directores de Entidades Estatales del orden Municipal, Departamental o Distrital celebrar convenios interadministrativos para ejecutar recursos públicos durante los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección, sin importar la naturaleza o el orden nacional o territorial de la otra entidad contratante.

Esta restricción es aplicable tanto a los convenios como a los contratos interadministrativos, toda vez que, al no existir definición legal que diferencie el concepto de convenio del concepto de contrato, la denominación prevista por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 para tal fin se entenderán en el mismo sentido. Es así como el Decreto 1082 de 2015 trata indistintamente a los convenios y contratos interadministrativos, al establecer la contratación directa como la modalidad de selección para la contratación entre entidades públicas a través de estas dos figuras jurídicas.

No obstante, por vía jurisprudencial se ha establecido que en los contratos interadministrativos existe una contraprestación directa a favor de la entidad que ha entregado el bien o prestado el servicio a la Entidad contratante, habilitada para ello por su objeto legal como entidad ejecutora, comoquiera que las obligaciones asignadas legalmente a aquella entidad pública están directamente relacionadas con el objeto contractual. Por su parte, en los convenios interadministrativos las entidades se asocian con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, sin que exista una contraprestación para ninguna de las entidades ni la prestación de un servicio a cargo de alguna de ellas y en favor de la otra parte del convenio.

En el contexto de la Ley de Garantías, las restricciones, además de propender por la igualdad de los candidatos, están encaminadas a evitar que por medio de la contratación se altere la voluntad popular, lo cual se puede lograr a **través de contratos** o convenios. En este sentido, la prohibición que establece el párrafo del artículo 38 de la

¹ Archivo “1_DemandaWeb_Demanda-(.pdf) NroActua 2”

Ley de Garantías consiste en evitar que los recursos del Estado se ejecuten para lograr apoyos indebidos mediante la suscripción **de contratos** y/o convenios, **que, para efectos de la Ley de Garantías, tienen la misma connotación y propósito.**

En cuanto a la aplicación temporal de las restricciones de la Ley de Garantías, debe tenerse en cuenta que ambas restricciones no son excluyentes, pues en el período preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, les aplican las restricciones del artículo 33 con sus excepciones, así como las del párrafo del artículo 38. Por lo que las restricciones de la Ley de Garantías pueden aplicarse de manera simultánea” (índice 2 SAMAI – archivo “2_DemandaWeb_Demanda- (.pdf) NroActua 2”)

Los demandantes sostienen que los apartes normativos demandados son nulos por i) haber sido proferidos sin competencia y, ii) con desconocimiento de las normas en que debían fundarse, para lo cual invocaron como desconocidos los artículos 137 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), 150, 189 y 152 de la Constitución Política y, 38 de la Ley 996 de 2005².

En la demanda se pidió como medida cautelar la suspensión provisional de la norma demandada - concretamente de las secciones y frases demandadas- para lo cual se adujo que la entidad demandada usurpó funciones propias del Congreso de la República, pues, este último es el único habilitado para la expedición de leyes estatutarias que pueden restringir la contratación pública en

épocas electorales -ley de garantías- (artículo 152 CP); además, se agregó que el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a las autoridades territoriales y locales la celebración de “convenios interadministrativos” dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, por manera que el precepto acusado no podía hacer extensiva esa limitación o restricción a los “contratos interadministrativos”, lo cual desconoce, además, el artículo 31 del Código Civil que determina que el contenido de la ley se determinará por su contenido genuino, sin que puedan hacerse interpretaciones extensivas o analógicas a las normas que establecen prohibiciones.

² “Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones”.

Trámite en única instancia

En auto del 30 de mayo de 2024 se admitió la demanda (índice 10 SAMAI) y se ordenó su notificación a la entidad demandada y al Ministerio Público.

Oposición a la medida cautelar

Dentro de la oportunidad establecida legalmente, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente- contestó la demanda para oponerse a las súplicas elevadas (índice 23 SAMAI); igualmente, controversió la medida cautelar deprecada con apoyo en el siguiente razonamiento: “la entidad actuó dentro del marco de la potestad reglamentaria que posee y no modificó la ley, sino que precisó su aplicación para incluir tanto contratos como convenios interadministrativos, asegurando así que la Ley de Garantías Electorales cumpla con su objetivo de prevenir la influencia electoral indebida” (índice 23 SAMAI).

CONSIDERACIONES

En relación con las medidas cautelares procedentes en los procesos declarativos que se adelantan ante la jurisdicción contenciosa administrativa, el artículo 229 del CPACA dispone lo siguiente:

“Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o **en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia,** de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.”

(se resalta).

Es esa perspectiva, en los procesos que conoce esta jurisdicción se encuentra la posibilidad de solicitar la práctica de medidas cautelares las cuales respecto de su decisión no implican prejuzgamiento; igualmente, dentro de esas precisas medidas de cautela es posible solicitar la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados, figura esta de rango constitucional

prevista textualmente en el artículo 238 de la Constitución Política en los siguientes términos:

“Artículo 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender

provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de **los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.**” (negrillas adicionales).

Adicionalmente, el ordenamiento jurídico contempla otro tipo de medidas cautelares diferentes a la suspensión de los efectos del acto demandado las cuales pueden tener el carácter de preventivas, conservativas o anticipativas dispuestas en el artículo 230 del CPACA, así:

“Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio

o la agravación de sus efectos.

Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

Parágrafo. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente” (se resalta).

Para la adopción de estas medidas cautelares la ley establece como requisitos para su decreto los siguientes:

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

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.

Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.

Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.

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

Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o

Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.” (se resalta).

En ese contexto normativo, para la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos es preciso que de la confrontación entre el acto demandado y el ordenamiento jurídico superior se advierta una discrepancia, discordancia o contrariedad, sin que la misma tenga que ser palmaria o evidente como lo exigía el artículo 152 del Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 31 del Decreto 2304 de 1989, que establecía que esa “infracción” tenía que ser “manifiesta”.

Ahora bien, es particularmente relevante precisar que la suspensión provisional es un mecanismo temporal que afecta el carácter ejecutorio y ejecutivo del acto administrativo, en tanto que, por antonomasia, impide que la

decisión de la administración se pueda materializar o concretar, tal como lo prevé el numeral 1 del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA)³.

En otras palabras, la suspensión provisional del acto administrativo afecta, temporalmente, la obligatoriedad de la decisión y, por tanto, esta no es exigible ni ejecutable.

En ese contexto, definido el contenido y alcance de la medida cautelar de suspensión provisional corresponde determinar, en primer lugar, si la Circular Única de 2022 proferida por la Agencia Nacional de Contratación -Colombia Compra Eficiente- constituye un acto administrativo pasible de ser suspendido provisionalmente dado que se trata, como su propio nombre lo indica, de una circular externa.

El artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) regula el medio de control jurisdiccional de simple nulidad; el inciso tercero de la disposición establece que “también puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro”.

Las circulares de servicio son manifestaciones de la voluntad de la administración que contienen instrucciones o indicaciones dirigidas a la colectividad o a un grupo específico de entidades, servidores públicos o de ciudadanos en relación con un asunto o situaciones concretas de diversa índole como situaciones administrativas, sociales, económicas, laborales, jurídicas, metodológicas, entre muchas otras; las circulares de servicio se clasifican, según sus efectos, en externas o internas las primeras son las que desbordan el ámbito interno de la administración y, por consiguiente, afectan situaciones de los particulares o de los ciudadanos; contrario sensu, las segundas, contienen meras orientaciones o instrucciones para los servidores y agentes estatales vinculados con la

correspondiente entidad pública.

³“ARTÍCULO 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

En esa perspectiva, solo las circulares -externas- constituyen verdaderos actos administrativos capaces de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas respecto de los administrados⁴ y, por ende, son demandables a través de las acciones o medios de control jurisdiccionales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; no obstante, si una circular interna tiene la potencialidad o virtualidad de afectar derechos de los ciudadanos, la misma será demandable y, en consecuencia, es perfectamente posible que se pida la suspensión provisional en los términos del artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA).

Sobre el particular, la Sección Primera de la Corporación ha puntualizado:

“Las instrucciones o circulares administrativas son actos jurídicos de la Administración en sentido lato, susceptibles de ser impugnados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, dependiendo básicamente de su contenido. En efecto, esta Corporación ha señalado en reiteradas oportunidades, que las circulares de servicios son susceptibles de ser demandadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando contengan una decisión emanada de una autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y de producir efectos vinculantes frente a los administrados, pues si se limitan a reproducir el contenido de otras normas, o las decisiones de otras instancias, o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios, no serán susceptibles de demanda. En el caso sub examine, resulta indudable que la Circular 016 de 2005 constituye un acto administrativo que crea, modifica o extingue una situación jurídica y que, por lo mismo, puede ser objeto de control jurisdiccional, en tanto y en cuanto consagra unos deberes que deben ser acatados por las entidades sometidas a la inspección vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud”⁵.

“.....

“La jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que las circulares de servicio son susceptibles de ser demandadas cuando las mismas contengan una decisión de autoridad pública, capaz de producir

⁴“Las llamadas circulares de servicio tienen por objeto o finalidad dar instrucciones al personal subalterno o subordinado sobre la mejor manera de cumplir las medidas adoptadas. Por consiguiente, son actos administrativos de conocimiento o de instrucción, por las cuales de ordinario el superior jerárquico de una dependencia o ente administrativo hace conocer a los subalternos empleados, determinadas disposiciones. Pero, si en las circulares de servicio, o con ocasión de ellas, se adoptan nuevas prescripciones, no comprendidas en disposiciones precedentes, se trata de actos administrativos ordinarios que crean situaciones jurídicas, susceptibles de invalidarse por las causales generales”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 15 de junio de 1973. Cita tomada de: Código Contencioso Administrativo, comentado y concordado por Mario Madrid-Malo G., Ed. Legis, Bogotá, 1985, pág. 180.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 19 de marzo de 2009, expediente no. 2005-00285, MP Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

efectos jurídicos y puedan, en consecuencia, tener fuerza vinculante frente al administrado, pues, de no ser así, si la circular se limita a reproducir lo decidido por otras normas, o por otras instancias, con el fin de instruir a los funcionarios encargados de ejercer determinadas competencias, entonces la circular no será un acto susceptible de demanda” ⁶.

En este punto, es particularmente relevante advertir que la jurisprudencia de la Sección Primera de la Corporación no ha sido siempre pacífica, pues, en decisión del 27 de noviembre de 2014 se afirmó que todas las circulares -externas o internas- eran controlables por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con independencia de si producían o no efectos jurídicos respecto de los administrados; el mencionado criterio se apoyó en el siguiente razonamiento⁷:

“Pese a la validez de la interpretación tradicional, la Sala estima que a la vista del cambio operado en el orden contencioso administrativo a partir de la entrada en vigor del CPACA y de las visibles transformaciones en los modos de actuación de la Administración, cada vez más proclive al uso de instrumentos blandos o atípicos (desde la perspectiva clásica del acto administrativo), resulta procedente replantearse esta postura. El alcance restrictivo del control judicial a cargo de los jueces de la Administración prohiendo por la línea jurisprudencial en cuestión, así como el efecto de crear una suerte de inmunidad jurisdiccional a favor de actos que pese a ser expresión de la función administrativa presentan solo efectos orientativos, instructivos o informativos al interior de la Administración (ad intra) o hacia los particulares (ad extra), y el hecho de encerrar un desconocimiento de la regla hermenéutica según la cual todos los enunciados jurídicos deben interpretarse de tal forma que produzcan un efecto útil y que esta clase de interpretaciones debe preferirse sobre aquellas que supongan una redundancia en las disposiciones de la ley, llevan a la Sala al convencimiento de que es preciso replantearse dicha posición y entender que en virtud de lo previsto por el artículo 137 CPACA toda circular administrativa, cualquiera que sea su contenido, es susceptible de control judicial.

En criterio de la Sala esta postura responde a los requerimientos que el principio de Estado de Derecho eleva a la jurisdicción contenciosa en la realidad administrativa actual y consulta mejor que la línea jurisprudencial anterior los propósitos de la reforma legal de 2011, en tanto viabiliza un verdadero ensanchamiento del ámbito del control judicial de las actuaciones de la Administración, ya no controlables solo en tanto que actos administrativos, sino en cuanto manifestaciones de la función administrativa... En efecto, el hecho de actuar ésta en cada vez más oportunidades por medios que no pueden encuadrarse dentro de los denominados actos de poder, comando y control (command and

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 21 de septiembre de 2001, expediente no. 6371, MP Olga Inés Navarrete Barrero.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 27 de noviembre de 2014, expediente no. 2012-00533, MP Guillermo Vargas Ayala.

control) o Derecho Duro (hard law) obligan a tomar en consideración el nuevo contexto en el que se desenvuelve la función administrativa. La proliferación contemporánea de actuaciones administrativas desprovistas del elemento de unilateralidad, coercibilidad o de jerarquía propio de los actos administrativos a favor de actuaciones de tipo más horizontal o dialógicas, en las que se negocia, colabora, promueve o informa sobre un determinado asunto (soft law), exigen de la

jurisdicción contencioso administrativa una reflexión sobre la validez de preservar un modelo que, como el basado en la actuación por acto administrativo, hoy no es ya exclusivo en el panorama jurídico de la Administración. Surge así el desafío de replantearse aspectos relacionados con el objeto o la órbita de competencias del juez administrativo, de modo que se haga posible expandir el radio de acción del control judicial de forma paralela al ensanchamiento experimentado por las actuaciones de la Administración, hoy mucho más ricas y diversas que la clásica resolución de una materia mediante acto administrativo. En un verdadero Estado de Derecho, en aras de asegurar tanto la vigencia plena de los referidos principios de constitucionalidad y legalidad como la mayor efectividad del derecho a la tutela judicial, estas nuevas formas de actuación de la Administración no pueden quedar fuera del alcance del contencioso administrativo. Así, con independencia de que por su contenido orientativo, instructivo o puramente informativo las circulares no afecten de manera directa los derechos o intereses particulares de las personas, su calidad de expresión de la función administrativa y su no poca capacidad de incidencia sobre las decisiones y actuaciones materiales de la Administración (ellas sí plenamente oponibles y ejecutables en el ámbito de los particulares) justifican su sometimiento al control de esta jurisdicción. En últimas son un mecanismo (sic) dispuesto por el ordenamiento jurídico para el cumplimiento de los fines que la Constitución y la ley han encomendado a las autoridades administrativas y en cuanto tal su conformidad con éstas ha de ser total”.

Sin embargo, con posterioridad a ese pronunciamiento, la misma Sección Primera ha retomado el criterio según el cual las circulares de servicio solo son controlables o demandables, en los términos del inciso tercero del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), siempre y cuando constituyan reales, verdaderos y materiales actos administrativos, es decir, cuando produzcan efectos o afecten situaciones jurídicas de los administrados, por manera que las solas orientaciones, recomendaciones u orientaciones de la administración a sus agentes y colaboradores no son susceptibles de control jurisdiccional; al respecto, en sentencia del 22 de octubre de 2021 dicha Sección discurrió de la siguiente manera:

“Ahora bien, la jurisprudencia de esta corporación ha sido pacífica al señalar que las circulares serán pasibles de control judicial siempre y cuando sean capaces de surtir efectos jurídicos frente a los administrados, pero si se limitan a reproducir el contenido

de otras normas o simplemente a dar instrucciones a los empleados de las distintas dependencias, no serán pasibles de control judicial. [...] Revisada la circular aquí reproducida, se advierte que la misma sí trae obligaciones tanto para las capitanías de puertos, como para los administrados, comoquiera que establece los requisitos que deben cumplir las personas que quieren ser inscritas como peritos marítimos, y cuáles serían las obligaciones posteriores a su elección, tales como la celebración de un contrato de prestación de servicios. Adicionalmente, al revisar el Reglamento 0004 y el Decreto ley 2324 de 1984, se advierte que no reproduce ninguna disposición allí contemplada. En consecuencia, no está llamada a prosperar la excepción planteada por la parte demandada”⁸ (se destaca).

En suma, las circulares de servicio son actos administrativos de instrucción o de servicio que, en principio, tienen como destinatarios otras entidades públicas, servidores, funcionarios, agentes, subalternos y colaboradores públicos; no obstante, es perfectamente posible que esas manifestaciones unilaterales de la voluntad, en ejercicio de función administrativa, produzcan efectos para los ciudadanos y administrados, razón por la cual serán controlables y demandables en los términos del inciso tercero del artículo 137 del CPACA.

En ese marco normativo y jurisprudencial, se tiene que la Circular Externa Única de 2022 proferida

por la agencia estatal CCE constituye, formal y materialmente, un acto administrativo pasible de control jurisdiccional y, por tanto, analizable desde la perspectiva de la suspensión provisional por las siguientes razones: i) es una circular externa dirigida a todos los partícipes en el sistema de compras y contratación pública de conformidad con el artículo 2.2.1.1.1.2.1 del Decreto 1082 de 2015 proferido por el Presidente de la República⁹; ii) no solo

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 22 de octubre de 2021, expediente no. 2017-00142, MP Oswaldo Giraldo López. En el mismo sentido, consultar: sentencia del 6 de agosto de 2021, expediente no. 2018-00113, MP Nubia Margoth Peña Garzón.

⁹ “Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional”.

“Artículo 2.2.1.1.1.2.1 Los partícipes del sistema de compras y contratación pública para efectos del Decreto-Ley 4170 de 2011, son:

Las Entidades Estatales que adelantan Procesos de Contratación.

En los términos de la ley, las Entidades Estatales pueden asociarse para la adquisición conjunta de bienes, obras y servicios.

Colombia Compra Eficiente.

Los oferentes en los Procesos de Contratación.

Los contratistas.

Los supervisores.

Los interventores.

Las organizaciones de la sociedad civil y los ciudadanos cuando ejercen la participación ciudadana en los términos de la Constitución Política y de la ley”.

contiene instrucciones, orientaciones u recomendaciones para los servidores públicos, agentes estatales y/o colaboradores de la administración, sino que también adopta determinaciones específicas y puntuales en los procesos de compras y de contratación públicas, de allí que, como ejercicio de función administrativa, tiene la virtualidad y la potencialidad de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de las entidades públicas, contratistas, interventores, supervisores, de las organizaciones de la sociedad civil y de los administrados y,

iii) la norma materia de la medida cautelar tiene por objetivo reglamentar la Ley 996 de 2005, en cuanto establece una limitación o restricción de celebrar convenios y/o contratos interadministrativos durante el ámbito temporal fijado en esa normativa, esto es, durante la época de contienda electoral.

Definida la procedibilidad formal del medio de control jurisdiccional y de la medida cautelar, corresponde ahora determinar si es viable decretar la suspensión provisional de los apartados normativos del numeral 16.2 de la circular demandada, para lo cual el Despacho realizará la correspondiente comparación o contrastación para establecer si la disposición censurada puede llegar a desconocer o trasgredir el ordenamiento jurídico superior, tal como lo alegan los

demandantes.

En ese orden de ideas, con fines eminentemente metodológicos, el Despacho traza el siguiente cuadro comparativo entre las normas invocadas en la demanda como desconocidas y el precepto atacado, cuya suspensión provisional se pide en esta precisa oportunidad:

Norma objeto de la medida cautelar de suspensión provisional – numeral 16.2 de la Circular Externa Única de 2022 proferida por la Agencia de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-	Normas invocadas como desconocidas por el precepto demandado
<p>“16.2. Restricción para celebrar convenios y contratos interadministrativos</p> <p>El párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de Entidades Estatales del orden Municipal, Departamental o Distrital celebrar convenios interadministrativos para ejecutar recursos públicos durante los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección, sin importar la naturaleza o el orden nacional o territorial de la otra entidad contratante.</p> <p>Esta restricción es aplicable tanto a los convenios como a los contratos interadministrativos, toda vez que, al no existir definición legal que diferencie el concepto de convenio del concepto de contrato, la denominación prevista por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 para tal fin se entenderán en el mismo sentido. Es así como el Decreto 1082 de 2015 trata indistintamente a los convenios y contratos interadministrativos, al establecer la contratación directa como la modalidad de selección para la contratación entre entidades públicas a través de estas dos figuras jurídicas.</p> <p>No obstante, por vía jurisprudencial se ha establecido que en los contratos interadministrativos existe una contraprestación directa a favor de la entidad que ha entregado el bien o prestado el</p>	<p>1) Literal f) artículo 152 de la Constitución Política:</p> <p>“ARTÍCULO 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:</p> <p>(...) f) La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley”.</p>

servicio a la Entidad contratante, habilitada para ello por su objeto legal como entidad ejecutora, comoquiera que las obligaciones asignadas legalmente a aquella entidad pública están directamente relacionadas con el objeto contractual. Por su parte, en los convenios interadministrativos las entidades se asocian con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, sin que exista una contraprestación para ninguna de las entidades ni la prestación de un servicio a

2) Parágrafo 1° del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

“Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A excepción de los empleados del Estado que se desempeñen en la rama judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad, a los demás servidores públicos autorizados por la Constitución, les está prohibido:

(...).

Parágrafo. Los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios

interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista en las que participen los candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán

cargo de alguna de ellas y en favor de la otra parte del convenio.

En el contexto de la Ley de Garantías, las restricciones, además de propender por la igualdad de los candidatos, están encaminadas a evitar que por medio de la contratación se altere la voluntad popular, lo cual se puede lograr a **través de contratos** o convenios. En este sentido, la prohibición que establece el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías consiste en evitar que los recursos del Estado se ejecuten para lograr apoyos indebidos mediante la suscripción **de contratos y/o convenios, que, para efectos de la Ley de Garantías, tienen la misma connotación y propósito.**

hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, Gobernaciones Departamentales, Asambleas Departamentales, Alcaldías y Concejos Municipales o Distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter

<p>En cuanto a la aplicación temporal de las restricciones de la Ley de Garantías, debe tenerse en cuenta que ambas restricciones no son excluyentes, pues en el período preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, les aplican las restricciones del artículo 33 con sus excepciones, así como las del párrafo del artículo 38. Por lo que las restricciones de la Ley de Garantías pueden aplicarse de manera simultánea” (se destaca).</p>	<p>público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.</p> <p>La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa” (se resalta).</p>
---	---

“ARTÍCULO 31. NTERPRETACION SOBRE LA EXTENSIÓN DE UNA LEY.

Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes”.

3) Artículo 31 del Código Civil (Ley 57 de 1887).

<SHAPE>

Los demandantes -peticionarios de la medida de cautela- aducen que la entidad demandada al hacer extensiva a los “contratos interadministrativos” la prohibición contenida en el párrafo 1º del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 que se refiere, única y exclusivamente, a los “convenios

interadministrativos” i) invadió la órbita de competencia del Congreso de la República, ii) excedió la facultad reglamentaria y, iii) hizo una aplicación amplia, extensiva o analógica de una norma que establece restricciones y limitaciones, lo cual no está permitido.

En relación con la trasgresión del artículo 152 de la Constitución Política, el Despacho pone de presente que de la sola confrontación de la norma demandada con el referido precepto constitucional no se evidencia de manera directa la amenaza o vulneración del orden jurídico superior, en la medida que es preciso determinar si el reglamento desbordó el marco constitucional y legal y, por consiguiente, si desplazó una competencia privativa del legislador por ser la temática objeto de regulación propia de una ley estatutaria.

No obstante lo anterior, el Despacho decretará la medida cautelar de suspensión provisional, pues, de la simple confrontación entre el numeral demandado y el parágrafo 1° del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 se observa una trasgresión del ordenamiento jurídico superior, en tanto que el legislador

circunscribió la prohibición a los “convenios interadministrativos”, mientras que la circular demandada la hace extensiva a los “contratos interadministrativos” por la vía hermenéutica o analógica, al grado tal que se indica en el numeral censurado que la “restricción es aplicable tanto a los convenios como a los contratos interadministrativos, toda vez que, al no existir definición legal que diferencie el concepto de convenio del concepto de contrato, la denominación prevista por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 para tal fin se entenderán en el mismo sentido”.

Al respecto, es pertinente anotar que si bien existe un género denominado “contrato estatal” al cual pertenecen varias especies entre ellas las de contratos y convenios interadministrativos¹⁰, lo cierto es que las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 hacen énfasis en el adjetivo “interadministrativo” sin que se incorpore una distinción o diferenciación clara entre contrato y convenio; no obstante, con la expedición de la Ley 489 de 1998 el legislador ahondó en la diferenciación entre los conceptos de “convenio” y “contrato” interadministrativos, lo cual ha servido de fundamento para que esta Sección¹¹ así como también la Sala de Consulta y Servicio Civil¹² de esta Corporación hayan realizado la distinción entre

¹⁰ “1) Los contratos de apoyo se celebran con personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro. Los contratos de asociación se celebran con personas jurídicas privadas con o sin ánimo de lucro. //

1. Los contratos de apoyo se celebran para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo. Los contratos de asociación se pueden celebrar con esa finalidad, pero también para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones asignadas legalmente a las entidades (...)” Concepto no. 2319 del 30 de mayo de 2017, MP Édgar González López.

¹¹ “En tal sentido, si bien es cierto que en la práctica de las relaciones que se establecen en desarrollo de las actividades de la Administración se suele utilizar en algunas oportunidades la misma denominación, ‘convenios interadministrativos’, para calificar otro tipo de negocios que no corresponden a su naturaleza y efectos –como los acuerdos interorgánicos y como aquellos en los que se presenta un concurso de voluntades, pero que no generan obligaciones susceptibles de ser exigidas jurídicamente– en realidad, los convenios en los cuales las partes se obligan patrimonialmente constituyen contratos en toda la extensión del concepto y con todos los efectos de esa particular institución jurídica”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010,

expediente no. 17.860, MP Mauricio Fajardo Gómez.

¹² “Así, es viable distinguir entre 'convenios interadministrativos' de contenido patrimonial, los cuales se someterán al régimen de los contratos interadministrativos, y otros que si bien implican obligaciones y responsabilidades para los intervinientes, no tienen un interés puramente económico es decir, destinados a obtener una ganancia, al girar en torno solamente a la forma de complementar y articular las funciones de cada entidad, mediante el intercambio de información, el apoyo logístico, la facilitación de infraestructuras, etc., para mejorar la eficiencia de la gestión pública, así como la utilización conjunta de medios y servicios públicos en el ámbito de los principios constitucionales de economía, celeridad y eficacia para el logro del bien común”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto no. 2257 del 26 de julio de 2016, MP Álvaro Namén Vargas.

uno y otro negocio jurídico, para diferenciarlos en su naturaleza, contenido y alcance, con independencia de que, se reitera, sean contratos estatales.

En efecto, con fundamento en la jurisprudencia de la Sección Tercera, la doctrina extranjera y la vernácula, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación sintetizó y enlistó las diferencias entre las nociones de “contrato interadministrativo” y de “convenio interadministrativo”, tal como se transcribe a continuación¹³:

“Si bien las nociones 'contrato' y 'convenio' interadministrativo tienen notas comunes como la de ser acuerdos de voluntades generadores de obligaciones entre entidades estatales, también resulta incontrovertible que tienen naturaleza, finalidad y características disímiles como son:

- a. El objeto de los contratos lo constituyen obligaciones de contenido patrimonial y, por lo mismo, son onerosos, lo que implica el gravamen de cada parte en beneficio de la otra. En el contrato, como verdadero acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, las partes actúan con intereses disímiles y contrapuestos; la entidad estatal contratante en un interés público, la entidad estatal contratista en su propio interés específico económico o de índole privado (es claro que una entidad estatal, puede y debe obtener ganancias, o generar valor respecto de su patrimonio, productos o actividad, si así lo autoriza su objeto social, o las funciones que le haya otorgado la ley);
- b. Los convenios no tienen un interés puramente económico (es decir, destinados a obtener una ganancia) y su objeto es ejecutar actividades que contribuyen directamente al fin común de los sujetos vinculados al convenio; es decir, las partes tienen intereses convergentes, coincidentes o comunes (cumplimiento de funciones administrativas o prestación de servicios a su cargo que coinciden con el interés general) y cooperan para alcanzar en forma eficaz la finalidad estatal prevista en la Constitución o la ley sin que por esto se reciba por ninguna de ellas el pago de un precio o contraprestación;
- c. Los intereses de los que son titulares las partes (entidades públicas contrayentes) y las finalidades que persiguen alcanzar, en virtud del ánimo de cooperación, indican que en los convenios las partes se relacionan en un paralelismo de intereses bajo un ámbito o posición de igualdad o equivalencia, en tanto que los contratos, dados los intereses y finalidades analizadas, se desarrollan en un ámbito de preeminencia o superioridad jurídica de la entidad estatal contratante respecto de la entidad contratista y, por lo mismo, podrá haber prerrogativas a favor de una de las partes.

De esta manera, en el contrato 'se puede identificar contratante y contratista, y el segundo, aunque persona pública, tiene intereses y está en un mercado de forma similar a como lo hace un particular'.

¹³ Ibidem.

- d. La expresión 'entidad ejecutora' utilizada por la Ley 1150 de 2007, no es una simple modificación de forma ni resulta intrascendente, sino que se trata de un cambio sustancial e importante, por cuanto implica, de una parte, que la actividad del proponente (entidad estatal) en todos los casos debe ser congruente con el objeto del contrato interadministrativo a celebrar; y de otra, que cuando sea el resultado de una licitación pública o selección abreviada, debe aquel someterse a las reglas fijadas por la Administración en la respectiva modalidad por convocatoria pública, de manera que, en virtud del derecho de igualdad que rige los procedimientos de selección, no puede alegar excepciones o tratos diferentes por su condición de entidad estatal, ya que simplemente será un proponente más. Es preciso recordar que los procesos de selección están sometidos de principio a fin al derecho administrativo, en el cual es evidente la preeminencia de la posición jurídica de la Administración que tiene a su cargo el desarrollo del proceso de contratación sobre los proponentes;
- e. La noción contrato interadministrativo en manera alguna está supeditada a los procedimientos de selección empleados para su celebración, específicamente el de contratación directa, pues la naturaleza jurídica de tales contratos corresponde a la calidad pública de las partes contrayentes y los elementos analizados en precedencia, es decir, un acuerdo de voluntades celebrado entre dos entidades de carácter estatal, productor de efectos jurídicos en el marco de una relación jurídica patrimonial para el cumplimiento de los fines estatales, sin que para deducir esa naturaleza sea relevante el medio previsto por el legislador para seleccionar al contratista;
- f. Bajo la Ley 80 de 1993, la regla general es la libre competencia en un mercado que sería el de la contratación estatal por lo que quienes aspiren a ser colaboradores de la Administración como contratistas deben encontrarse en igualdad de condiciones; de allí que, si una entidad estatal voluntariamente participa en dicho mercado, no puede tener privilegios en razón de su calidad;
- g. Si bien las obligaciones que surgen de los contratos y convenios son vinculantes, los medios con los que se cuenta para hacerlas efectivas difieren, en la medida en que en los convenios, en virtud del plano de igualdad en que se ejecutan, no pueden existir cláusulas excepcionales al derecho común (artículo 14 parágrafo Ley 80 de 1993), ni potestades unilaterales para una de las partes, mientras que en los contratos, dado el ámbito de subordinación, no puede descartarse prima facie el ejercicio de potestades autorizadas por la ley a favor de la entidad estatal contratante;
- h. Al intervenir como partes las entidades estatales, el régimen jurídico de los contratos interadministrativos es el previsto, en principio, en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (contenidas en la actualidad en las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011), de derecho público para determinadas materias (i.e. competencia, voluntad, forma y contenido, entre otros aspectos) y, de otro lado, de derecho privado (i.e. consentimiento, efectos de las obligaciones, objeto en los casos no previstos en la Ley 80, entre otros). Con todo, deberá examinarse en cada caso concreto si alguna de las entidades estatales está sometida a un régimen de contratación especial, que la exceptúe de la aplicación del señalado estatuto y,

- i. Dada la naturaleza jurídica explicada de los convenios interadministrativos, las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no resultan de aplicación automática a esos convenios. En tal virtud, en cada caso concreto deberá analizarse, de conformidad con la naturaleza jurídica, objeto y finalidad de los convenios, si la disposición correspondiente del Estatuto Contractual es aplicable o no.

A título de ejemplo las normas de derecho público que están relacionadas con la capacidad de las entidades estatales para celebrar acuerdos de voluntades y que incluyen el régimen de inhabilidades incompatibilidades y conflictos de interés son, en principio, de obligatoria observancia, en los convenios interadministrativos, mientras que aquellas que ponen a la Administración contratante en una posición de preeminencia sobre el contratista como son las cláusulas excepcionales al derecho común, no resultarán aplicables en los mismos” (negritas del original).

10) En ese orden de ideas, si el legislador no diferenció al establecer la prohibición o la restricción, mal haría el reglamento en aplicar un efecto expansivo o extensivo para incluir una categoría no cobijada con la limitación¹⁴, motivo por el cual es pertinente diferir a la sentencia el estudio acerca de si la finalidad de la norma y su justificación, incorporada en el acto administrativo demandado, permiten mantenerla en el ordenamiento jurídico o, por el contrario, si es necesario declarar su invalidez.

Entonces, con independencia del propósito loable o plausible de la disposición ya que, procura que no se usen los recursos estatales para incidir o afectar la contienda electoral, no cabe duda de que la entidad demandada incorporó en la prohibición una categoría que no quedó comprendida expresa e inequívocamente en la ley, razón suficiente para acceder a la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, circunstancia por la cual deberá definirse en la sentencia si

¹⁴ A modo simplemente ilustrativo, el artículo 14 de la Ley 489 de 1998, en materia de delegación entre entidades públicas, prevé: “La delegación de las funciones de los organismos y entidades administrativos del orden nacional efectuada en favor de entidades descentralizadas o entidades territoriales deberá acompañarse de la celebración de convenios en los que se fijen los derechos y obligaciones de las entidades delegante y delegataria. Así mismo, en el correspondiente convenio podrá determinarse el funcionario de la entidad delegataria que tendrá a su cargo el ejercicio de las funciones delegadas.

Estos convenios estarán sujetos únicamente a los requisitos que la ley exige para los convenios o contratos entre entidades públicas o interadministrativos”.

Por su parte, los artículos 95 y 96 de la misma Ley 489 de 1998 regulan los convenios de asociación entre entidades públicas y los convenios de asociación con particulares para el cumplimiento de funciones propias de entidades públicas.

el acto administrativo demandado fue expedido con falta de competencia, si excedió la potestad reglamentaria y, finalmente, si desconoció las normas en que debió fundarse.

R E S U E L V E :

1°) Decrétase la suspensión provisional parcial del numeral 16.2 de la Circular Externa Única de 2022 expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública

-Colombia Compra Eficiente-, concretamente, los siguientes apartes normativos:

i) el inciso segundo 2 que dispone: “Esta restricción es aplicable tanto a los convenios como a los contratos interadministrativos, toda vez que, al no existir definición legal que diferencie el concepto de convenio del concepto de contrato, la denominación prevista por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 para tal fin se entenderán en el mismo sentido. Es así como el Decreto 1082 de 2015 trata indistintamente a los convenios y contratos interadministrativos, al establecer la contratación directa como la modalidad de selección para la contratación entre entidades públicas a través de estas dos figuras jurídicas” y, ii) la expresión y el siguiente párrafo contenidos en el inciso cuarto “contratos” y “En este sentido, la prohibición que establece el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías consiste en evitar que los recursos del Estado se ejecuten para lograr apoyos indebidos mediante la suscripción de contratos y/o convenios, que, para efectos de la Ley de Garantías, tienen la misma connotación y propósito”.

2º) Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría incorpórese el presente cuaderno de medida cautelar al expediente digital.

3º) Ejecutoriada esta decisión, por Secretaría regrésese el expediente al Despacho para continuar con el trámite correspondiente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FREDY IBARRA MARTÍNEZ

Magistrado Ponente (Firmado electrónicamente)

Constancia: la presente providencia fue firmada electrónicamente en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 2 de la Ley 2213 de 2022.

GAPM/EXP. DIGITAL



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior

n.d.

Última actualización: 29 de Noviembre de 2024 - (Diario Oficial No. 52.943 - 17 de Noviembre de 2024)

