

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Magistrado ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Radicación número: 11001-03-24-000-2023-00008-00 (69539)

Actor: Joel David Gaona Lozano

Demandado: Departamento Administrativo de la Función Pública y

Escuela Superior de Administración Pública

Medio de control: Nulidad simple

Tema: Medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un aparte de la Circular Conjunta 100-005-2022

Subtema: Competencia del Congreso de la República para expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – artículo 150 de la Constitución Política

Subtema 1: Falta de competencia del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública para crear una prohibición consistente en un término máximo en la celebración de contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión

AUTO INTERLOCUTORIO

El Despacho resuelve la solicitud de medida cautelar presentada por la parte demandante, dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

1. La demanda y su trámite procesal relevante

Joel David Gaona Lozano presentó demanda¹, en ejercicio del medio de control de nulidad simple, el trece (13) de enero de dos mil veintitrés (2023), en contra del Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP – y de la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP –, con la finalidad de que se declare la nulidad de la Circular Conjunta 100-005-2022.

El asunto fue asignado a la magistrada Nubia Margoth Peña Garzón, quien, en auto del tres (3) de febrero de dos mil veintitrés (2023)², remitió el expediente a la Sección Tercera de esta Corporación, al considerar que el objeto de controversia corresponde a un tema contractual.

Este Despacho, en proveído del veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023)³, admitió la demanda de nulidad simple, ordenó realizar las notificaciones pertinentes y corrió traslado a las entidades demandadas y al Ministerio Público,

por el término de treinta (30) días, de conformidad con el artículo 172 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). En providencia de la misma fecha⁴, corrió traslado al Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Escuela Superior de Administración Pública, por el término de cinco (5) días, para que se pronunciaran sobre la solicitud de medidas cautelares.

2. La solicitud de medida cautelar

¹ Índice 2 de SAMAI.

² Índice 4 de SAMAI.

³ Índice 12 de SAMAI.

El actor, en el escrito de la demanda, solicitó, como medida cautelar, la suspensión provisional de la Circular Conjunta 100-005-2022, expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Escuela Superior de Administración Pública.

Como sustento, alegó que el acto administrativo demandado vulnera los artículos 6, 150 y 287 de la Constitución Política y 5 de la Ley 1551 de 2012, pues, a su juicio, las entidades ya referidas usurparon la competencia “para regular las inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones para contratar con el Estado”, que es exclusiva del legislador. Además, desconocieron la autonomía que le asignó la Constitución a los organismos y entes del orden territorial en el ámbito de la contratación estatal.

Indicó que, tratándose de la regulación del contrato de prestación de servicios, la potestad del ejecutivo es de naturaleza subordinada y dependiente de las normas de carácter superior. En su criterio, esta Corporación ha sostenido que no existe una disposición de rango constitucional o legal que impida o inhabilite a una persona para suscribir un contrato de prestación de servicios en un lapso superior a cuatro

(4) meses.

Los requisitos para la suscripción de contratos de prestación de servicios se encuentran previstos en el literal h) del numeral 4o del Artículo 2o de la Ley 1150 de 2007 y en el Artículo 2.2.1.2.1.4.9. del Decreto 1082 de 2015, por lo que las entidades, para obrar con validez, deben dar estricto cumplimiento a las exigencias y condiciones allí previstas. Sobre esa misma base y en atención a que el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política establece que la competencia en la expedición del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública es exclusiva al Congreso de la República, no es posible que en la actividad contractual se les imponga a las entidades, incluidas las de orden territorial, un control que limite las facultades y derechos que, en virtud del principio de autonomía, les asigna la Constitución Política en la actividad contractual.

Finalmente, esgrimió que el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Escuela Superior de Administración Pública, con la expedición de la circular

censurada, impiden, de forma infundada y en una “evidente” usurpación de las funciones del legislador, que los particulares ejerzan su derecho al trabajo a través de la ejecución de contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión.

3. Pronunciamientos frente a la medida cautelar

1. Ministerio Público⁵

La Procuraduría Delegada con Funciones Mixtas, en escrito del doce (12) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), rindió concepto sobre la petición de medida cautelar.

En síntesis, consideró que se debe acceder a la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos del numeral tercero de la Circular Conjunta 100-005-2022, comoquiera que: (i) el numeral tercero de la circular establece una prohibición, limitación o restricción a la capacidad de contratación de una entidad pública y de un particular, lo que constituye una “invasión” al ámbito de competencia del legislador, quien es el que ostenta la soberanía normativa primaria para la configuración de las prohibiciones legales para contratar con el Estado, así como el de establecer términos o plazos de duración de algunas tipologías de negocios jurídicos estatales; y (ii) los mandatos del acto administrativo enjuiciado deben aplicarse por las entidades territoriales, de modo que puede llegar a vulnerarse el principio de autonomía territorial en materia de contratación estatal, pues los entes, en la gestión administrativa y financiera de sus propios asuntos contractuales, están sujetas únicamente al Estatuto General de Contratación de la Administración

Pública, así como a las disposiciones que de carácter reglamentario y sobre contratación pública expida el Gobierno nacional con fundamento en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

2. Escuela Superior de Administración Pública⁶

La ESAP solicitó no acceder a la medida cautelar de suspensión provisional.

Como fundamento, en primer lugar, precisó que la Circular Conjunta 100-005-2022 no puede ser objeto de control judicial ante esta jurisdicción porque su contenido no es de disposición de un derecho ni mucho menos establece o imparte órdenes, pues se trata de una “mera circular informativa, en donde se comparten unos lineamientos básicos relacionados con la formalización del empleo público en Colombia y como tal no puede considerarse un acto administrativo”. Además, en su opinión, no se cumplen los requisitos del artículo 231 del CPACA para que proceda la suspensión provisional, ya que el espíritu de la circular nunca tuvo la intención de transgredir normas legales o constitucionales, simplemente, impartió unos lineamientos informativos que no son vinculantes ni de obligatorio cumplimiento.

Explicó que las entidades territoriales gozan de autonomía propia otorgada por mandato constitucional, al igual que el Congreso de la República, cada una en el marco de sus competencias, que no se ven afectadas con el contenido de la circular.

Por último, aseveró que, con los lineamientos informativos contenidos en la circular pretende, básicamente, la dignificación del empleo público, dando cumplimiento a uno de los pilares del programa de gobierno del presidente de la República, sin que sea posible mediante aquella modificar o reglamentar normas de rango constitucional y legal, toda vez que ni el Departamento Administrativo de la Función Pública ni la Escuela Superior de Administración Pública tienen la facultad legal para hacerlo 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 periodo fijo ni a una temporalidad concreta”.

3. Departamento Administrativo de la Función Pública⁷

El DAFP afirmó que la Circular Conjunta 100-005-2022 es de carácter informativo, encaminada a dar impulso al Plan de Formalización del Empleo, por lo que no crea, modifica ni desconoce las competencias de las entidades territoriales o del Congreso de la República.

En suma, a su juicio, el demandante no sustentó la medida cautelar en la forma en que lo ordenan las disposiciones legales que rigen la materia.

CONSIDERACIONES

Normativa rectora del trámite procesal de la medida cautelar

En vista de que la demanda se presentó con posterioridad al veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021), resultan aplicables las reformas de la Ley 1437 de 2011, realizadas mediante la Ley 2080 de 2021⁸. Lo anterior, puesto que, de acuerdo con el artículo 86⁹ de la Ley 2080 de 2021, esta normativa rige a partir de su publicación.

⁶ Índice 27 de SAMAI.

⁷ Índice 28 de SAMAI.

⁸ “Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

-Ley 1437 de 2011- y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción”.

⁹ “Artículo 86. La presente ley rige a partir de su publicación, con excepción de las normas que modifican las competencias de los juzgados y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las cuales solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada esta ley. // Las nuevas reglas del

Competencia

El Despacho es competente para resolver sobre las medidas cautelares, de conformidad con el artículo 125¹⁰ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021.

A su vez, es pertinente anotar que aun cuando la pretensión contenida en la demanda va orientada a que se declare la nulidad de la Circular Conjunta 100-005- 2022, lo cierto es que los argumentos planteados están dirigidos únicamente contra el aparte contenido en el numeral 3 que dispone: “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 (...)”.

Así las cosas, tratándose de un proceso de simple nulidad de un acto administrativo que versa sobre un asunto contractual, la Sección Tercera es la competente.

Procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional

El artículo 229 del CPACA exige que la solicitud de la medida cautelar esté debidamente sustentada. El peticionario debe expresar los motivos por los cuales estima que se debe acceder a la medida cautelar, y argumentar, con un mínimo de suficiencia, claridad y pertinencia, la necesidad de la medida que solicita.

Para el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, el artículo 231 *ibidem* establece como requisitos para su procedencia: que i) sea solicitada por el demandante, ii) procede cuando existe una violación que surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, y iii) si se trata de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho debe acreditarse, de manera sumaria, los perjuicios que se alegan como causados.

La suspensión provisional prevista en el artículo 238 de la Constitución Política¹¹ y regulada en el CPACA, es una figura excepcional y restrictiva, derivada del principio de legalidad. Esta herramienta constituye un importante instrumento para evitar que los actos contrarios al ordenamiento jurídico continúen surtiendo efectos, en todo caso, mientras se decide de fondo su legalidad.

De ahí que se exija que el análisis entre las normas invocadas y el acto administrativo comprenda el estudio de legalidad inicial, juicioso y serio, del que se pueda arribar a la conclusión de que el acto contradice la norma superior invocada, exigiendo, se insiste, la rigurosidad del juez en su estudio, con fundamento en el análisis del acto o las pruebas allegadas con la solicitud.

Hermenéutica de los hechos

dictamen pericial contenidas en la reforma a los artículos 218 a 222 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se aplicarán a partir de la publicación de la presente ley para los procesos y trámites iniciados en vigencia de la Ley 1437 de 2011 en los cuales no se hayan decretado pruebas. // De conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, las reformas procesales introducidas en esta ley prevalecen sobre las anteriores normas de procedimiento desde el momento de su publicación y solo respecto de los procesos y trámites iniciados en vigencia de la Ley 1437 de 2011. // En estos mismos procesos, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas

decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se registrarán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones”.

¹⁰ “Artículo 125. De la expedición de providencias. <Artículo modificado por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021.> La expedición de las providencias judiciales se sujetará a las siguientes reglas: 3. Será competencia del magistrado ponente dictar las demás providencias interlocutorias y de sustanciación en el curso de cualquier instancia (...)”. (negrillas fuera del texto).

¹¹ “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”.

Los directores del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública expedieron la Circular Conjunta 100- 005-2022, con el fin de establecer los “lineamientos del plan de formalización del empleo público en equidad – vigencia 2023”. En aquella circular se consignó lo siguiente:

“Con el propósito de avanzar en la dignificación del empleo público a través de la vinculación del personal necesario para el cumplimiento efectivo y eficiente de la administración pública tanto en el orden nacional como territorial, y con miras a darle cumplimiento al programa de gobierno del Presidente de la República Dr. Gustavo Petro Urrego, amablemente se establecen los lineamientos que deberán observarse a partir del primero (1) 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”. (negrillas fuera del texto).

Joel David Gaona Lozano presentó demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad simple, a efectos de que esta jurisdicción declare la nulidad de la Circular Conjunta 100-005-2022. El actor solicitó que se decrete la suspensión provisional de la circular censurada; con ese propósito, invocó como normas infringidas las siguientes: (i) artículos 6, 25, 150 y 287 de la Constitución Política; y

(ii) numeral 5 del artículo 2 de la Ley 1551 de 2012.

En este punto, y en vista de que las entidades demandadas, al pronunciarse en lo relativo a la petición de medida cautelar, adujeron que la circular enjuiciada no es pasible de control judicial, el Despacho debe realizar las precisiones respectivas.

Por regla general, las circulares de servicios no están definidas como actos administrativos definitivos, pues no crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas, sino que corresponden a manifestaciones, guías o instrucciones de la Administración destinadas al buen funcionamiento de las entidades públicas. Sin embargo, existe la posibilidad de que, por el contenido de la circular, constituyan verdaderos actos administrativos, puesto que producen efectos en el

ordenamiento jurídico y pueden alterar situaciones.

Esta Corporación¹² ha sostenido que una circular, en estricto sentido, se limita a emitir una mera instrucción, a reproducir el contenido de otras normas o a dar instrucciones a los empleados de las distintas dependencias – con rigurosa sujeción a las normas superiores –, es decir, generalmente, la relevancia de ese tipo de manifestaciones es al interior de la Administración y sus efectos se agotan allí. Contrario a ello, cuando una circular contiene una expresión unilateral de la voluntad de Administración, por medio de la que se crea una situación jurídica de carácter

¹² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección B, sentencia del veinticinco (25) de mayo de dos mil veintitrés (2023), radicación número 11001-03-26-000-2019-00138-00; Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección C, sentencia del veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023), radicación número 11001-03-26-000-2017-00036-00; Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A, sentencia del quince (15) de septiembre de dos mil veintidós (2022), radicación número 11001-03-25-000-2012-00680-00 (2361-2012); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera, sentencia del quince

(15) de julio de dos mil veintiuno (2021), radicación número: 11001-03-24-000-2011-00142-00; Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección A, sentencia del dos (2) de julio de dos mil veintiuno (2021), radicación número 20001-23-31-000-2010-00527-01 (AP); Consejo de Estado

– Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta, sentencia del veintiséis (26) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), radicación número 11001-03-27-000-2016-00027-00; Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección B, sentencia del veinte (20) de marzo de dos mil trece (2013), radicación número 08001- 23-31-000-2010-00135-01(1575-12); Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección C, sentencia del veinticuatro (24) de marzo de dos mil once (2011), radicación número 11001-03-26-000-2006-00016-00.

general, impersonal o abstracta, o de carácter subjetivo, individual y concreto, constituye una decisión capaz de producir efectos externos y, en consecuencia, afectan y vinculan a los administrados.

En este caso, la Circular Conjunta 100-005-2022, tal como fue citado en el numeral 2.4.1., estableció unos lineamientos que deben observarse a partir del primero (1) de enero de dos mil veintitrés (2023), entre esos, indicó que la contratación directa a través del contrato de prestación de servicios y de apoyo a la gestión debe tener un término de duración de cuatro (4) meses.

Pues bien, 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. Nótese que esta prohibición no solo atañe a la Administración, sino también a los particulares, ya que, por un lado, le impone a todos los órganos, organismos y entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del orden nacional y territorial una restricción que deben acatar, y por otro, los particulares se ven directamente afectados porque no pueden celebrar contratos estatales – de prestación de servicios y de gestión – superiores a cuatro (4) meses.

Entonces, 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 susceptible de control judicial.

No huelga mencionar que si bien las entidades demandadas afirmaron que la Circular Conjunta 100-005-2022 emite unas recomendaciones, mas no decisiones impositivas, lo cierto es que ello no significa que, en efecto, sean lineamientos facultativos que puedan ser desatendidos.

Es de anotar que el artículo 41 de la Ley 489 de 1998¹³ dispone que la orientación, control y evaluación general de las actividades de los organismos y entidades administrativas corresponde, en su respectivo nivel, a los directores de departamento administrativo y a los representantes legales de las entidades descentralizadas; y, en el orden nacional, los directores de departamento administrativo orientan y coordinan el cumplimiento de las funciones a cargo de las superintendencias, las entidades descentralizadas y las sociedades de economía mixta que le estén adscritas o vinculadas o integren el sector administrativo correspondiente.

Adicionalmente, entre otras funciones, el Departamento Administrativo de la Función Pública debe “**formular**, implementar, hacer seguimiento y evaluar las **políticas** de desarrollo administrativo de la función pública, **el empleo público**, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa”¹⁴. Al punto, debe advertirse que la Circular Conjunta 100-005-2022 fue emitida con el fin de dar “lineamientos del plan de formalización del empleo público en equidad –

¹³ “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

¹⁴ Numeral 1 del artículo 2 del Decreto 430 de 2016.

vigencia 2023”; materia en la que esa entidad tiene la competencia de formular políticas. Esta afirmación de ninguna manera otorga validez a que, a través de la formulación de políticas en materia de empleo público, se regulen aspectos esenciales de la contratación estatal.

Una vez agotadas las etapas pertinentes, el Despacho procederá al estudio correspondiente a fin de determinar si procede la medida cautelar, sin que ello implique prejuzgamiento.

Asignación de normas sustantivas

Infracción de los artículos 6 y 150 de la Constitución Política

El demandante, en síntesis, esgrimió que el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Escuela Superior de Administración Pública se arrogaron funciones constitucionales exclusivas del órgano legislador y establecieron una limitación injustificada consistente en

impedir que los organismos y entidades del orden nacional y territorial suscriban contratos de prestación de servicios con particulares por un término mayor a cuatro (4) meses, aun cuando lo requieran para ejecutar las funciones y prestar los servicios a su cargo.

El artículo 6 de la Constitución Política prescribe que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Por su parte, el artículo 150¹⁵ dispone que corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce ciertas funciones, entre esas, le compete expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en especial de la administración nacional.

La Ley 80 de 1993¹⁶, en su artículo 32, preceptúa que son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, define a continuación: contrato de obra, contrato de consultoría, contrato de prestación de servicios, contrato de concesión y encargos fiduciarios y fiducia pública.

Según el numeral 3 del artículo 32 ibidem, son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el **término estrictamente indispensable**.

Hermenéutica de las normas asignadas

En lo concerniente al principio de legalidad, esta Corporación¹⁷ ha sentado que el ejercicio del poder no puede corresponder a la voluntad particular de una persona, sino que debe obedecer el cumplimiento de normas dictadas previamente por los órganos de representación popular. Este principio exige que la actuación de las diferentes autoridades públicas tenga una cobertura normativa suficiente o, lo que es lo mismo, esté basada en una norma habilitante de competencia, que confiera

¹⁵ Ibidem.

¹⁶“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

¹⁷ Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos del diecinueve (19) de agosto de dos mil dieciséis (2016) y veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), radicación números 11001-03-06-

000-2016-00128-00 y 11001-03-06-000-2017-00096-00.

el poder suficiente para adoptar una determinada decisión¹⁸. Ello, en tanto es esencial delimitar qué autoridad debe resolver un asunto específico, y de esta manera se constituye una restricción indispensable en el modelo de Estado social y democrático de derecho, habida cuenta de que propende por garantizar la uniformidad en el actuar de sus agentes, precaver el ejercicio arbitrario del poder público, dar prevalencia a la igualdad material ante la Administración y consolidar el rango jerárquico de los entes públicos¹⁹.

En desarrollo del último inciso del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia²⁰ de 1991, el legislador expidió la Ley 80 de 1993, esto es, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (EGCAP). Desde la exposición de motivos, el EGCAP buscó ser la ley universal de los contratos celebrados por las entidades estatales, estableciendo “el marco normativo de la actividad estatal en cuanto atañe a la contratación. (...) su estructura se caracteriza por definir y consagrar en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado”²¹.

En consideración a esa premisa, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (i) responde a una regulación uniforme de las actividades y relaciones contractuales de las entidades estatales, (ii) contiene los aspectos generales y esenciales de la materia, sin que constituya una normativa detallada, minuciosa o casuística, (iii) no es preciso que esté contenido en una única ley o cuerpo normativo, (iv) al no ser una de las materias incluidas en la reserva de ley estatutaria²², su expedición corresponde a una ley marco o cuadro²³, que tiene un trámite idéntico al de una ley ordinaria²⁴, (v) en virtud de la naturaleza de ley marco, emerge la posibilidad de que la Administración ejerza la potestad reglamentaria, acorde con los límites fijados por la Constitución y la ley y (vi) conforme al inciso final del artículo 150 de la Constitución Política, la regulación transversal de los aspectos generales de la contratación pública tiene reserva de ley, por lo que no podría ser un asunto regulado mediante actos administrativos²⁵.

Sobre la reserva de ley, la Corte Constitucional ha dicho que 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. (...)**”²⁶.

No obstante, en el terreno de la aplicación de la ley, el aparato estatal también enfrenta la progresiva necesidad de afinar las disposiciones jurídicas con el fin de extender la voluntad del legislador a todos los campos a los que va dirigida. Es así como nuestro sistema jurídico ha dispuesto que la cabeza del Ejecutivo – el

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-319 de 2007; Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo

– Sección Tercera – Subsección A, sentencia del dos (2) de julio de dos mil veintiuno (2021), radicación número 68001-23-33-000-2014-00656-01.

¹⁹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A, sentencia del veintidós (22) de julio de dos mil veintiuno (2021), radicación número: 23001-23-33-000-2013-00163-02.

²⁰ “Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional.”

²¹ Exposición de motivos previos a la Ley 80 de 1993. Gaceta del Congreso 75 del 23 de septiembre de 1992. En página web: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?dt=S&i=7148>.

²² Artículo 152 de la Constitución Política.

²³ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección C, sentencia del dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2022), radicación número 11001-03-26-000-2019-00080-00. Al respecto, consultar: Ibañez Najar, J. E. (2004). EL “ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”. Estudio normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre su naturaleza. *Vniversitas*, 53(108), 119–192.

²⁴ Corte Constitucional, sentencias C-711 de 2012 y C-119 de 2020.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-949 de 2001, C-502 de 2002, C-713 de 2009, C-618 de 2012, C-154 de 2023, entre otras.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-1265 de 2005.

presidente de la República – tiene entre sus funciones la de reglamentar la ley (art. 189-11), es decir, la de determinar la forma en que aquella debe ejecutarse o cumplirse, mientras que los organismos y autoridades que en la jerarquía administrativa lo suceden asumen cierta potestad regulativa, de carácter residual, accesorio o auxiliar, que los habilita para insertar la voluntad del legislador en las últimas posibilidades de aplicación de la norma general.

El presidente de la República expide las pautas para el cumplimiento de la voluntad legislativa, y los organismos subordinados emiten la reglamentación necesaria para pormenorizar el proceso de implantación de esa voluntad. Es esta una función de afinamiento que procede desde los trazos más amplios fijados por el legislador hasta los detalles prácticos más concretos, establecidos por el ejecutor de la medida.

Por su parte, en relación con el “término estrictamente indispensable” de que trata el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, esta Corporación unificó el sentido y el alcance de dicha expresión 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 que 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 cumplimiento²⁷.

Aplicación al caso

La Circular Conjunta 100-005-2022 fue expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Escuela Superior de Administración Pública aduciendo la necesidad de establecer lineamientos con el propósito de avanzar en la dignificación del empleo público. Esta circular, como fue explicado en el numeral 2.4.3. de esta providencia, lejos de impartir instrucciones o parámetros para la ordenación de sus servicios y dependencias internas, estableció una prohibición tanto para los órganos, organismos y entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del orden nacional y territorial como para los particulares, para celebrar contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión por un término superior a cuatro (4) meses.

Así pues, resulta necesario establecer si el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Escuela Superior de Administración Pública la Administración, con la intención expresamente

declarada, invadieron la competencia del legislador al establecer, por vía general, un término máximo de duración de los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión.

Al punto:

El primer presupuesto de validez de los actos administrativos es la competencia, esto es, que el sujeto de quien emana la decisión tenga la facultad para tomarla, en virtud de una atribución constitucional, legal o reglamentaria. Lo anterior, debe entenderse en concordancia con lo dispuesto en los artículos 2, 6, 121, 122, 123 y 209 de la Constitución Política, de lo que se deriva que quienes ejercen función pública solo pueden hacer lo que el ordenamiento jurídico les permite, en observancia del principio de legalidad.

El principio de separación de poderes que acoge el constituyente colombiano viene determinante para evitar la arbitrariedad, mantener el ejercicio de la autoridad dentro de los límites permitidos por la Carta y asegurar así la libertad y la seguridad de los asociados; además, tiene el propósito no solo de buscar mayor eficiencia en el logro

²⁷ 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.

de los fines que le son propios, sino de disponer las competencias atribuidas a cada cual, a la manera de controles automáticos de las distintas ramas entre sí²⁸.

En lo que concierne al asunto bajo análisis, conforme al inciso final del artículo 150 de la Constitución Política, compete al Congreso de la República expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en especial de la administración nacional. Dicha corporación realizó lo propio en la Ley 80 de 1993 y en las que sucesivamente la han modificado, y en esa normativa, interpretada por la jurisprudencia de la Corporación²⁹ dispuso expresamente que 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.

Ahora bien, en lo que atañe a la potestad reglamentaria, esta recae, en principio, por atribución constitucional, en el presidente de la República como suprema autoridad administrativa, pero también puede ser ejercida por otras autoridades, que, en el ejercicio de su labor, adoptan medidas de carácter general a fin de cumplir o hacer cumplir las disposiciones superiores relativas a los asuntos a su cargo, de donde, como titulares de autoridad administrativa, están investidos de las facultades o potestades propias de la Administración³⁰. Así, algunos organismos y autoridades que en la jerarquía estén en un nivel inferior al del presidente de la República tienen cierta competencia regulativa, de carácter residual, que los habilita para introducir la voluntad del legislador en la aplicación de la norma general. Es por esa razón que el Departamento Administrativo de la Función Pública, cabeza del sector de la Función Pública, organismo del sector central de la administración pública nacional y jefe de la administración en su respectiva dependencia – artículo 208³¹ Constitucional –, tiene la facultad de ejercer la potestad reglamentaria derivada.

La potestad reglamentaria está concebida bajo una noción eminentemente finalista, esto es, para la cumplida ejecución de las leyes³². Esta función faculta al gobierno para la formulación de los actos indispensables y las medidas necesarias para la efectividad práctica del precepto legal, lo

que en otras palabras significa que, por medio del acto administrativo, se concrete el enunciado abstracto de la ley en orden a tornarlo efectivo en el terreno práctico; de ahí que dichos actos deben contraerse a asegurar el cumplimiento de la ley y no pueden extenderse más allá de su objeto, y por lo mismo deben respetar la letra y el espíritu de la ley³³.

Entonces, si la normativa expedida por el Congreso de la República suministra todos los elementos necesarios para su ejecución, la Administración nada tendrá que agregar y, por ende, no cabría el ejercicio de la función reglamentaria³⁴. Al punto, específicamente sobre la potestad reglamentaria en áreas de la contratación estatal, esta Colegiatura ha expuesto lo siguiente:

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-251 de 2002.

²⁹ 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.

³⁰ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera, sentencia del veinticuatro (24)

de agosto de dos mil (2000), radicación número 6096; También, consultar: Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia del catorce (14) de agosto de dos mil ocho (2008), radicación número 11001-03-26-000-1999-00012-01; Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera, sentencia del veintiséis (26) de agosto de dos mil veintiuno (2021), radicación número 11001-03-24-000-2011-00372-00; Corte Constitucional, sentencias C-350 de 1997, C-805 de 2001, C- 917 de 2002 y C-1005 de 2008.

³¹ “Artículo 208. Los ministros y los directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia. Bajo la dirección del Presidente de la República, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley”. (negritas fuera del texto).

³² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia del veintisiete (27) de marzo de dos mil ocho (2008), radicación número 11001-03-26-000-2005-00003-00.

³³ Corte Constitucional, sentencias C-028 de 1997 y C-1005 de 2008.

³⁴ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del diez (10) de octubre de mil novecientos sesenta y dos (1962), radicación número 937 y 1541; Corte Constitucional, sentencias C-302 de 1999 y C-1005 de 2008.

“La actividad de contratación con las entidades se encuentra regulada de manera general por las disposiciones legales que integran el Estatuto de Contratación de la Administración Pública – conformado básicamente por las leyes 80 y 1150 –, en virtud de la prohibición contenida en el aludido artículo 84 de la Carta le está vedado a toda autoridad - incluido el Presidente de la República -, agregar requisitos, exigencias o trámites para la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales, asesoría y consultoría (...) sólo la ley está llamada a disponer las reglas y principios que rigen los contratos administrativos (arts. 150 in fine superior y 1 de la Ley 80) (...).”³⁵.

Bajo tales consideraciones, la Ley 80 de 1993, en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de

1993, reguló expresamente el término de duración de los contratos de prestación de servicios, y por tanto, nada tiene que reglamentar la Administración en ese ámbito. Si el legislador hubiere querido limitar a un periodo máximo la suscripción de ese tipo de contratos así lo habría hecho, pero, por el contrario, decidió que el término de su extensión temporal sería el “estrictamente necesario” definido por cada entidad en la etapa precontractual, para que se pueda dar cabal cumplimiento al objeto contractual convenido.

En consecuencia, este Despacho encuentra, de manera preliminar, que al expedir la Circular 100-005-2022, el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Escuela Superior de Administración Pública pudieron obrar con desconocimiento de lo dispuesto en el inciso final del artículo 150 de la Constitución Política. Y aunque la Escuela Superior de Administración Pública, al pronunciarse sobre la medida cautelar, reconoció que no es su competencia limitar el término de duración de los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, tal viene a ser el efecto de la Circular 100-005-2022 y no el de un simple lineamiento, puesto que en su contenido impone un deber de aplicar esos lineamientos y produce efectos jurídicos vinculantes que llevan a modificar la Ley 80 de 1993.

En estas circunstancias, hallándose satisfechos los requisitos para que proceda la medida deprecada, no es necesario el análisis de los demás cargos de la solicitud.

Reconocimiento personería

Esta Judicatura, en atención a los documentos visibles en los índices 27 y 28 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 85.446.042 y 19.479.722, y portadores de la tarjeta profesional 87.553 y 53.381 del Consejo Superior de la Judicatura, para que representen judicialmente a la 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.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

RESUELVE

PRIMERO: DECRETASE la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos jurídicos del aparte “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 (4) meses (...)”, contenido en el numeral 3 de la Circular Conjunta 100- 005-2022, de conformidad con las razones expuestas en el presente proveído.

³⁵ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección B, sentencia del veintisiete (27) de octubre de dos mil once (2011), radicación número 11001-03-26-000-2007-00040-00; reiterada por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección A, sentencia del veintisiete (27) de mayo de dos mil quince (2015), radicación número 11001-03-26-000-2010- 00090-00.

SEGUNDO: RECONÓZCASE personería al abogado Andrés Fabian Fuentes Torres, identificado con cédula de ciudadanía 85.446.042 y portador de la tarjeta profesional 87.553 del Consejo Superior de la Judicatura, para que represente judicialmente a la Escuela Superior de Administración Pública en los términos y para los fines a los que refiere el poder conferido.

TERCERO: RECONÓZCASE personería al abogado Víctor Hugo Calderón Jaramillo, identificado con cédula de ciudadanía 19.479.722 y portador de la tarjeta profesional 53.381 del Consejo Superior de la Judicatura, para que represente judicialmente al Departamento Administración de la Función Pública en los términos y para los fines a los que refiere el poder conferido.

Notifíquese y cúmplase,

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Magistrado Firmado electrónicamente

CAOP



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Ministerio de Relaciones Exteriores

ISSN 2256-1633

Última actualización: 30 de septiembre de 2024 - (Diario Oficial No. 52.869 - 4 de septiembre de 2024)

