**CCE-DES-FM-17**

**APOSTILLA Y LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS ‒ Régimen jurídico**

La Ley 455 de 1998, «por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros”, suscrita en la Haya el 5 de octubre de 1961», establece que la apostilla es un trámite mediante el cual los agentes diplomáticos y consulares certifican la autenticidad de un documento o de una firma para que ostente validez en un país parte del Convenio sobre Abolición del Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, de la Conferencia de la Haya de 1961.

[…]

De igual forma, en virtud de lo dispuesto por la Convención de Viena de 1963, los países no signatarios de la Convención de la Haya 1961 deberán realizar el trámite de legalización, el cual, de conformidad con el artículo 2 de la Resolución No. 10547 de 2018, expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia, es la certificación de un documento o firma de un servidor público para que éste tenga validez en un país que hace parte de la Convención de Viena de 1963, sobre relaciones consulares.

**APOSTILLA Y LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS ‒ Finalidad ‒ Certificación firma ‒ Servidor público – Trámite – Documentos públicos ‒ Validez**

En este sentido, a pesar de que la apostilla y legalización tienen como finalidad certificar la firma de un servidor público, su diferencia radica en los trámites y requisitos que se deben surtir de acuerdo con el instrumento internacional –Conferencia de la Haya de 1961 o Convención de Viena de 1963, según corresponda–.

De conformidad con lo anterior, es importante mencionar que la guía para el trámite de apostilla, expedida por el Despacho Permanente de la Conferencia de La Haya en Derecho Internacional Privado, expresa que el procedimiento de apostilla es un trámite exclusivo para los «documentos públicos», que, conforme al ordenamiento jurídico de un país, requieren de formalidades y solemnidades para que tengan validez jurídica, como por ejemplo una decisión judicial , razón por la que si el ordenamiento jurídico no distingue ni precisa que un documento requiere para su existencia y validez de alguna solemnidad, no puede exigirse que se apostille o legalice.

**APOSTILLA Y LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS ‒ Documentos públicos ‒ Clases**

El artículo 1º de la Ley 455 de 1998 identifica los documentos públicos que requieren del trámite de apostilla, conforme a la Convención sobre Abolición del Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, de la Conferencia de la Haya de 1961, los cuales son: i) documentos que emanan de una autoridad o un funcionario relacionado con las cortes o tribunales de un Estado, incluyendo los que emanen de un fiscal, un secretario de un tribunal o un portero de estrados; ii) documentos administrativos; iii) actos notariales; y iv) certificados oficiales colocados en documentos firmados por personas a título personal, tales como certificados oficiales que consignan el registro de un documento o que existía en una fecha determinada y autenticaciones oficiales y notariales de firmas. Por su parte, la norma exime del trámite de apostilla los documentos ejecutados por agentes diplomáticos o consulares y los documentos administrativos que se ocupen directamente de operaciones comerciales o aduaneras.

Por consiguiente, se entiende que todo documento expedido por un funcionario público, en ejercicio de sus funciones o por un particular en el ejercicio de funciones públicas, es un documento público, por lo tanto los documentos públicos expedidos por un país signatario de la Convención de la Haya requieren de apostilla para que sean considerados válidos en Colombia. En cambio, los documentos públicos expedidos por países no signatarios de la Convención, para ser válidos en Colombia, requieren del trámite de legalización.

**APOSTILLA Y LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS ‒ Documentos privados ‒ Convertidos en públicos**

Por otro lado, los documentos privados expedidos en el exterior no se encuentran incluidos en la Ley 455 de 1998, que ratifica la Convención sobre Abolición del Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros de la Conferencia de la Haya, razón por la cual se considera que las disposiciones sobre apostilla y su regulación no deberían ser extensibles a los documentos que no provienen de un funcionario público en ejercicio de sus funciones o por de un particular en el ejercicio de funciones públicas.

Sin perjuicio de lo anterior, el Ministerio de Relaciones Exteriores considera que un documento privado que sea autenticado por un notario público o quien haga sus veces, adquiere el carácter de documento público y, por lo tanto, a pesar de que su naturaleza principal es un documento privado, deben ser apostillados dada su «conversión a documento público».

**TRATO NACIONAL – Reciprocidad – Proponente Extranjero ‒ Apostilla ‒ Legalización de documentos ‒ Documentos extranjeros ‒ Deber de apostillar ‒ Deber de legalizar**

Conforme a las consideraciones expuestas, nótese que independiente de los principios de trato nacional y reciprocidad que rigen las relaciones internacionales, particularmente, las relaciones internacionales de naturaleza económica, como ocurre en los tratados de libre comercio, las disposiciones que regulan la apostilla y legalización tienen por objeto otorgar validez o efecto jurídico a los documentos expedidos en el exterior, sin consideración al sujeto que pretende hacer valer ese instrumento. En consecuencia, un proponente extranjero que participa en un proceso de contratación ante una entidad estatal, aunque tenga derecho a trato nacional o reciprocidad, conforme a lo dispuesto en la Ley 455 de 1998, debe realizar el trámite de apostilla y/o legalización de los documentos públicos expedidos en el exterior, conforme a la Convención sobre Abolición del Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, de la Conferencia de la Haya de 1961.



Señor

**Daniel Anzola**

Bogotá D.C.

**Concepto C – 532 de 2021**

|  |  |
| --- | --- |
| Temas:   | APOSTILLA Y LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS ‒ Régimen jurídico / APOSTILLA Y LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS ‒ Finalidad ‒ Certificación firma ‒ Servidor público – Trámite – Documentos públicos ‒ Validez / APOSTILLA Y LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS ‒ Documentos públicos ‒ Clases / APOSTILLA Y LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS ‒ Documentos privados ‒ Convertidos en públicos / TRATO NACIONAL – Reciprocidad – Proponente Extranjero ‒ Apostilla ‒ Legalización de documentos ‒ Documentos extranjeros ‒ Deber de apostillar ‒ Deber de legalizar |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20210817007335 |
|  |  |

Estimado señor Anzola:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 11, numeral 8º, y 3º, numeral 5º, del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 17 de agosto de 2021.

1. **Problemas planteados**

Usted realiza la siguiente pregunta relacionada con el requisito de la apostilla y la legalización:

Solicitamos respetuosamente a ustedes confirmar si la Circular Externa No. 17 de 11 de febrero de 2015 emitida por Colombia Compra Eficiente es de obligatorio cumplimiento para todas las entidades del estado, o si por el contrario esta circular   se puede invocar según la conveniencia particular del evaluador dentro de cada proceso de licitación en entidades estatales   y que esto permita que cada entidad exija o rechace ofertas según sus preferencias o según los oferentes que se presenten.

1. **Consideraciones**

La Agencia Nacional de Contratación Pública − Colombia Compra Eficiente se ha pronunciado sobre lo previsto en la Circular Externa Única expedida por esta Agencia y la Ley 455 de 1998 para apostillar y legalizar documentos expedidos en el exterior, en los conceptos del 16 de agosto y el 3 de octubre de 2019 −radicados Nos. 2201913999995975 y 2201913000007348−, así como en los conceptos C-261 del 15 de abril, C-304 del 21 de mayo de 2020 y C-441 del 24 de julio de 2020.

**2.1. Apostilla y legalización de documentos expedidos en el exterior**

La Ley 455 de 1998, «por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros”, suscrita en la Haya el 5 de octubre de 1961», establece que la apostilla es un trámite mediante el cual los agentes diplomáticos y consulares certifican la autenticidad de un documento o de una firma para que ostente validez en un país parte del Convenio sobre Abolición del Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, de la Conferencia de la Haya de 1961. Por su parte, teniendo en cuenta que la Convención de la Haya elimina la obligación de legalización, se entiende que los países que no suscriben dicho instrumento internacional realizan el trámite de legalización.

De igual forma, en virtud de lo dispuesto por la Convención de Viena de 1963, los países no signatarios de la Convención de la Haya 1961 deberán realizar el trámite de legalización, el cual, de conformidad con el artículo 2 de la Resolución No. 10547 de 2018, expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia, es la certificación de un documento o firma de un servidor público para que éste tenga validez en un país que hace parte de la Convención de Viena de 1963, sobre relaciones consulares[[1]](#footnote-1).

En este sentido, a pesar de que la apostilla y legalización tienen como finalidad certificar la firma de un servidor público, su diferencia radica en los trámites y requisitos que se deben surtir de acuerdo con el instrumento internacional –Conferencia de la Haya de 1961 o Convención de Viena de 1963, según corresponda–.

De conformidad con lo anterior, es importante mencionar que la guía para el trámite de apostilla, expedida por el Despacho Permanente de la Conferencia de La Haya en Derecho Internacional Privado, expresa que el procedimiento de apostilla es un trámite exclusivo para los «documentos públicos», que, conforme al ordenamiento jurídico de un país, requieren de formalidades y solemnidades para que tengan validez jurídica, como por ejemplo una decisión judicial[[2]](#footnote-2), razón por la que si el ordenamiento jurídico no distingue ni precisa que un documento requiere para su existencia y validez de alguna solemnidad, no puede exigirse que se apostille o legalice.

Con fundamento en la Ley 455 de 1998 y la Resolución No. 10547 de 2018 expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia, se incorporó en la Circular Externa Única de la Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente, expedida en el 2019, el numeral 10.1, el cual hace referencia a la forma en la que se acreditan los documentos expedidos en el exterior para ser tenidos en cuenta en los procesos de contratación[[3]](#footnote-3). La circular establece que los documentos expedidos en el exterior y que requieran apostilla y/o legalización deben tramitarse de conformidad con lo previsto en la Resolución No. 10547 de 2018, expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia. En este sentido, la circular establece que solo los documentos de carácter público requieren agotar el procedimiento de apostilla o legalización para que sean considerados válidos en Colombia[[4]](#footnote-4).

El artículo 1º de la Ley 455 de 1998 identifica los documentos públicos que requieren del trámite de apostilla, conforme a la Convención sobre Abolición del Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, de la Conferencia de la Haya de 1961, los cuales son: i) documentos que emanan de una autoridad o un funcionario relacionado con las cortes o tribunales de un Estado, incluyendo los que emanen de un fiscal, un secretario de un tribunal o un portero de estrados; ii) documentos administrativos; iii) actos notariales; y iv) certificados oficiales colocados en documentos firmados por personas a título personal, tales como certificados oficiales que consignan el registro de un documento o que existía en una fecha determinada y autenticaciones oficiales y notariales de firmas. Por su parte, la norma exime del trámite de apostilla los documentos ejecutados por agentes diplomáticos o consulares y los documentos administrativos que se ocupen directamente de operaciones comerciales o aduaneras.

Por consiguiente, se entiende que todo documento expedido por un funcionario público, en ejercicio de sus funciones o por un particular en el ejercicio de funciones públicas, es un documento público, por lo tanto los documentos públicos expedidos por un país signatario de la Convención de la Haya requieren de apostilla para que sean considerados válidos en Colombia[[5]](#footnote-5). En cambio, los documentos públicos expedidos por países no signatarios de la Convención indicada, para ser válidos en Colombia, requieren del trámite de legalización.

De conformidad con lo anterior, el numeral 10.2 de la Circular precisa que los documentos que aporten los proponentes, sean públicos o privados, se presumen auténticos y, por lo tanto, no se deben solicitar autenticaciones, reconocimiento, presentación personal o trámites adicionales, excepto cuando la Ley lo exija expresamente. En este sentido, solo los documentos que requieren determinada forma para su existencia, de acuerdo con la ley, deben ser exigidos y aportados de acuerdo con las solemnidades previstas en ella, situación que se presenta con los documentos públicos otorgados en el exterior[[6]](#footnote-6).

Por otro lado, los documentos privados expedidos en el exterior no se encuentran incluidos en la Ley 455 de 1998, que ratifica la Convención sobre Abolición del Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros de la Conferencia de la Haya, razón por la cual se considera que las disposiciones sobre apostilla y su regulación no deberían extenderse a los documentos que no provienen de un funcionario público en ejercicio de sus funciones o de un particular en el ejercicio de funciones públicas.

Sin perjuicio de lo anterior, el Ministerio de Relaciones Exteriores considera que un documento privado que sea autenticado por un notario público o quien haga sus veces, adquiere el carácter de documento público y, por lo tanto, a pesar de que su naturaleza principal es un documento privado, deben ser apostillados dada su «conversión a documento público».

Sumado a lo anterior, no hay norma que disponga que los documentos privados deban estar apostillados o legalizados; de hecho, las normas del ordenamiento que regulan o contemplan lo relativo a los documentos extranjeros no son aplicables o no prevén dicho requisito para los documentos privados, como se pasa a exponer.

El artículo 480 del Código de Comercio determina que los documentos otorgados en el exterior deben ser autenticados por los funcionarios competentes de cada país, y posteriormente autenticarse la firma de estos funcionarios con el cónsul colombiano o, a falta de cónsul colombiano, por una nación amiga[[7]](#footnote-7). Sin embargo, dada la ubicación de esta norma en el Código de Comercio, debe interpretarse que no es aplicable a todos los documentos en general, sino únicamente en lo relativo a las sociedades extranjeras.

Por su parte, el Código General del Proceso, en el artículo 251, establece que los documentos públicos otorgados en el extranjero deberán apostillarse de acuerdo con lo contemplado en los tratados internacionales ratificados por Colombia[[8]](#footnote-8). En la misma línea que la norma anterior, esta disposición no sería aplicable tratándose del procedimiento administrativo contractual, pues, como su nombre lo dispone, el CGP regula la actividad procesal en los asuntos judiciales civiles, comerciales, de familia y agrarios, por lo tanto sus disposiciones no son aplicables en materia de contratos estatales, más aún cuando el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA– no realiza una remisión expresa a las disposiciones del mismo, salvo en el artículo 40 –y otras remisiones menores–.

De otro lado, aún cuando se aceptara que las disposiciones del CGP son aplicables al procedimiento contractual del Estado, la citada disposición tampoco contempla la obligación de apostillar los documentos privados, sino únicamente para los documentos públicos otorgados en el exterior; por ende, tampoco sería posible extender dicha obligación a documentos no relacionados por la misma. Finalmente, el trámite y los requisitos para apostillar y legalizar documentos expedidos en el exterior se encuentran en el artículo 7 de la Resolución No. 10547 de 2018.

Conforme a las consideraciones expuestas, nótese que independiente de los principios de trato nacional y reciprocidad que rigen las relaciones internacionales, particularmente, las relaciones internacionales de naturaleza económica, como ocurre en los tratados de libre comercio, las disposiciones que regulan la apostilla y legalización tienen por objeto otorgar validez o efecto jurídico a los documentos expedidos en el exterior, sin consideración al sujeto que pretende hacer valer ese instrumento. En consecuencia, un proponente extranjero que participa en un proceso de contratación ante una entidad estatal, aunque tenga derecho a trato nacional o reciprocidad, conforme a lo dispuesto en la Ley 455 de 1998, debe realizar el trámite de apostilla y/o legalización de los documentos públicos expedidos en el exterior, conforme a la Convención sobre Abolición del Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, de la Conferencia de la Haya de 1961.

**2.2 Obligatoriedad de las Circulares expedidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente**

La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente fue creada por el Decreto Ley 4170 de 2011, como una Unidad Administrativa Especial, descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional, adscrita al Departamento Nacional de Planeación.

El legislador determinó que su objetivo sería servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado, al ser consciente de la necesidad de contar en la estructura del Estado con un órgano técnico especializado que asumiera la tarea de formular políticas públicas, normas y unificar los procesos de contratación estatal, que lo faculta para «difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública», de conformidad con el numeral 10 del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011. Asimismo, a esta entidad se le encomendó preparar y suscribir los acuerdos marco de precios previstos en el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007.

En este contexto, concretamente el numeral 2 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011 señala que una de las funciones de la Agencia Nacional de Contratación Pública es «desarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado y promuevan las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad del mismo, a fin de que se cumplan los principios y procesos generales que deben gobernar la actividad contractual de las entidades públicas». Asimismo, el numeral 5 del mismo artículo otorga la facultad para expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública. En ejercicio de estas competencias conferidas por el Decreto-Ley 4170 de 2011, Colombia Compra Eficiente ha expedido Guías, Manuales y Circulares los cuales pueden ser calificados como herramientas de apoyo a los partícipes de la contratación pública.

En cuanto a las circulares externas, se ha considerado que constituyen actos administrativos que contienen mandatos, orientaciones e instrucciones dirigidas a las entidades estatales, y al público en general, de obligatoria observancia y cumplimento. Así las cosas, para el año 2016, las circulares externas, al ser actos administrativos generales, eran obligatorias siempre que se hubieran publicado en el Diario Oficial. En este sentido, las directrices, manuales, guías o lineamientos que se adopten por circular o cualquier otro acto administrativo vinculante eran obligatorias para los partícipes del Sistema de Compra Pública[[9]](#footnote-9).

Así pues, el enfoque que se tuvo sobre la obligatoriedad o vinculatoriedad de las normas proferidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública, en ejercicio de sus funciones, le daba prevalencia a la forma mediante la cual se adoptaba la pauta o directriz, esto es, si se trataba de Circulares Externas se estaba en presencia de una norma de obligatorio cumplimiento; mientras que si la directriz se adoptaba bajo la forma de una Guía o Manual su vinculatoriedad era facultativa, y por tanto su rango normativo no pasaba de ser una recomendación de buenas prácticas administrativas.

No obstante, la Agencia pasó a acoger un enfoque sustantivo sobre el carácter obligatorio de los actos expedidos por la entidad. Esto quiere decir que con independencia de la forma que adopte la directriz, su carácter obligatorio o no está determinado por la existencia de una competencia legal o reglamentaria para regular el asunto en concreto.

En otras palabras, lo que define la obligatoriedad de determinado acto que expida la entidad no es que se adopte mediante Circular Externa, sino que el contenido sea de aquellos cuya regulación ha sido encargada por el legislador o el Presidente de la República a la Agencia Nacional de Contratación Pública. Lo anterior hace referencia a uno de los elementos de los actos administrativos: la competencia.

Además, para que un acto expedido por esta entidad sea obligatorio, debe reunir todos los demás elementos de un acto administrativo, entendido este, desde su concepción clásica, como la manifestación unilateral de voluntad de la Administración, en ejercicio de la función administrativa, con el potencial de producir efectos jurídicos.

Los llamados elementos del acto administrativo son: la competencia, objeto, forma, causa y finalidad, por lo que reunidos forman un acto administrativo. En relación con este punto, el Consejo de Estado ha manifestado:

Los elementos de validez a los que hace alusión la jurisprudencia cuyo desconocimiento acarrea la nulidad del acto administrativo son: i) los sujetos, diferenciados entre activo o quien expide el acto y quien debe gozar de competencia y voluntad para emitirlo, y el pasivo, esto es, sobre quien recaen sus efectos, ii) el objeto o contenido del acto que determina la situación jurídica que se va a afectar con este, que en todo caso debe ser licito, posible y existente, iii) los motivos o razón de hecho o de derecho determinantes que impulsaron la emisión del acto, iv) los fines o lo que la administración pretende alcanzar con la expedición del acto administrativo, que debe ser el interés general, y v) la formalidad, concepto que encierra indistintamente los de procedimiento, forma y formalidad. Así, el primero indica que para expedir el acto debe seguirse un trámite determinado, el segundo señala que debe ser expedido de acuerdo con su contenido y alcance ya sea mediante leyes, resoluciones, acuerdos, etc., y el tercero advierte los requisitos que debe acatarse para la expedición[[10]](#footnote-10).

Al lado del concepto de validez de los actos administrativos se encuentra el de su eficacia, que se refiere no a los elementos que componen del acto sino a la producción de efectos jurídicos. Así, los requisitos de eficacia buscan dar a conocer el contenido del mismo a los destinatarios de la norma, de forma que les sea oponible, a través de la publicación, la comunicación o notificación, según corresponda. Es por ello que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo determina que los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial o en las gacetas territoriales, según el caso[[11]](#footnote-11).

El Consejo de Estado ha puntualizado que «la publicidad de los actos administrativos no es un requisito para su existencia ni para su validez sino para que ellos puedan producir los efectos a que están destinados. Dicho de otra forma, los vicios en la publicidad de los actos administrativos, por no generarse en su producción sino en su comunicación, solo impactan en su eficacia final y por ello tales hechos jamás pueden aducirse como circunstancias de inexistencia del acto o como causal de invalidez del mismo»[[12]](#footnote-12).

Este enfoque sustantivo o material frente a la pregunta sobre la obligatoriedad de las Circulares, Guías y Manuales se corresponde con el entendimiento que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha tenido al momento de determinar si se está ante un acto de la administración controlable por la jurisdicción contencioso administrativa, esto es, si se está en presencia de un acto administrativo. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado:

Como lo ha expresado esta Sala, para efectos de determinar la posibilidad de impugnación ante el juez contencioso administrativo, debe tenerse en cuenta aquella definición de acto administrativo según la cual éste se presenta cuando el Estado administrador produce una decisión con consecuencias jurídicas, vale decir, que implican cambios en el mundo de las regulaciones del derecho, bien para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, sean éstas generales o particulares. No basta, entonces, que se produzca una simple manifestación, que se exprese una opinión o se formule un concepto por parte de la autoridad pública; el acto administrativo siempre contiene una decisión, cuyo fundamento se encuentra directamente en el ejercicio de las potestades propias del poder público, de las que carecen los particulares[[13]](#footnote-13).

Frente al enfoque material en la definición de un acto administrativo, se ha sostenido lo siguiente:

Por otro lado, en relación con la definición de acto administrativo, en el ordenamiento jurídico colombiano se ha adoptado una definición material, es decir, *no es la formalidad lo que le da su carácter sino su contenido*.

En consideración a lo anterior y en auxilio de la doctrina, se encuentra la siguiente definición de acto administrativo, que por incluir todos los elementos del mismo, considera la Sala la más adecuada: “… luego se ha de definir el acto administrativo como toda declaración de voluntad, juicio o deseo que se profiere de manera unilateral, en ejercicio de la función administrativa y produce efectos jurídicos directos o definitivos sobre un asunto determinado” (Berrocal Guerrero, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo. Editorial Librería Ediciones del Profesional LTDA. Bogotá 2009, pág. 108) (…) Por tanto para hablar de actos administrativos, en ellos debe contenerse una declaración unilateral de voluntad de la administración y que aquélla produzca de manera directa efectos jurídicos[[14]](#footnote-14). (Cursivas fuera de texto).

La Corte Constitucional tiene una comprensión similar del acto administrativo:

El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la Administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados[[15]](#footnote-15).

Finalmente, la doctrina también ha entendido que el criterio de identificación de los actos administrativos es de carácter material y no formal, esto es, con independencia de la forma o el nombre bajo el cual se adopte la decisión, lo fundamental es que se trate de una manifestación de la voluntad unilateral de la administración tendiente a modificar la realidad jurídica, esto es, a introducir en el ordenamiento jurídico prescripciones de carácter imperativo. Así lo sostiene la doctrina:

Los actos de la administración pública, cuando son manifestaciones de voluntad de carácter unilateral, creadoras de situaciones jurídicas, pueden ser de dos clases: generales o individuales. Los primeros, como los hemos venido indicando, caracterizados por ser fuente de normatividad reguladora general. Los segundos, por crear situaciones subjetivas o personales. *De aquí que no hagamos énfasis en la nominación particular que adquiera el respectivo acto administrativo. Esto es, que para efectos de nuestro estudio no nos interesa si la manifestación se denomina resolución, decreto, directiva o circular; lo importante es si es creadora de situaciones generales, abstractas e impersonales*, caso en el cual le daremos el tratamiento de potestad normativa o reglamentaria. Si, por el contrario, es creadora de situaciones individuales, para todos los efectos será considerada como un simple acto administrativo individual[[16]](#footnote-16). (Cursivas fuera de texto).

Ha quedado claro, al punto de ser un lugar común en nuestro ordenamiento jurídico, que para identificar un acto administrativo es indiferente la forma bajo la cual se adopte –resolución, decreto, directiva, guía o circular–, pues lo determinante es su contenido y su potencial para generar efectos jurídicos. *Mutatis mutandi*, para determinar la obligatoriedad o no de las normas regulatorias que expide Colombia Compra Eficiente, con independencia de la forma que adopten, es necesario verificar frente al caso concreto de la guía, el manual, la circular o el documento tipo si reúne los elementos de un acto administrativo y, por tanto, si tienen la capacidad de producir efectos jurídicos.

Dentro de la verificación de estos elementos, uno fundamental es la existencia de una norma legal o reglamentaria que otorgue la competencia a Colombia Compra Eficiente para regular un aspecto concreto de la contratación pública, con carácter vinculante. Esta sujeción del poder normativo de la Administración al principio de legalidad ha sido expuesta por la doctrina, en los siguientes términos:

La potestad normativa está en directa relación con los poderes de orientación política, dirección, estructuración, regulación, diseño y fijación de directrices para el cometido de los fines estatales asignados a la administración; todo esto, como es obvio, dentro del contexto de los principios y parámetros constitucionales y legales respectivos. Es decir, la potestad normativa de la administración o de hacer normas rectoras de la actividad estatal, en cuanto privilegio funcional, es de naturaleza subordinada y dependiente de las normas de carácter superior. Sería absurdo pensar en la posibilidad de una potestad normativa de la administración ausente o inmune al principio de legalidad[[17]](#footnote-17). (Negrillas fuera de texto).

Ahora bien, el Consejo de Estado prohíja la posición que ahora se acoge respecto de la obligatoriedad de los instrumentos normativos expedidos por Colombia Compra Eficiente, con lo que se puede concluir que con independencia de la forma que adopten, la vinculatoriedad viene dada por el carácter de acto administrativo, como una consecuencia esencial de este.

Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en una providencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la que se decidió si procedía la medida cautelar de suspensión provisional de la Circular Externa 01 de 2013, sobre la publicación de la información de la actividad contractual en el SECOP. En esta providencia del 14 de aqosto de 2017 –Exp. 58.820–, la Sección Tercera del Consejo de Estado, además de reconocer la obligatoriedad de este acto administrativo, hizo especial énfasis en la existencia legal del deber de publicidad de quienes realizan contrataciones con recursos públicos, esto es, la competencia para expedir la circular demandada no se la había arrogado *motu proprio* la Agencia Nacional de Contratación Pública, pues ya venía dada por la ley:

11.13.- Las razones expuestas, que apenas constituyen un juicio preliminar sobre la medida cautelar, llevan a este Despacho a considerar que, a esta altura de la actuación procesal, no se reúnen elementos suficientes para configurar una violación a la potestad legislativa prevista en el artículo 150.1 de inciso final de la Constitución Política, pues entiende como argumento razonable afirmar que el deber de información a quienes contratan con recursos públicos ya se encontraba previsto en el ordenamiento jurídico interno desde la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de su existencia, también, en el escenarios de los estándares convencionales sobre el derecho humano fundamental al acceso a la información pública.

11.14.- Al hilo de esas consideraciones brevemente reseñadas, tampoco advierte de manera preliminar esta judicatura elementos de juicio suficientes que le lleven a considerar que en el sub judice ocurrió una violación a la potestad reglamentaria de la que es titular el Presidente de la República como lo pregona el artículo 189.11 de la Carta, pues tiene averiguado provisoriamente que, además de que la obligación de informar no parece haber surgido con ocasión de la expedición de la circular Externa 01 de 2013 acá demandada, se cuenta con una base jurídica mínima que apoya la competencia de la Agencia Nacional de Contratación Estatal para su expedición pues se sabe que esa Agencia, como Unidad Administrativa Especial, se ubica dentro del sector descentralizado del orden nacional y cuenta dentro de su ámbito funcional con competencias atinentes a la materia de la contratación estatal, esto es, a la actividad administrativa vinculada a la provisión de bienes y/o servicios por cuenta del Estado para la satisfacción de sus necesidades y la realización de los cometidos estatales y ejerce una competencia de orientación o coordinación toda vez que tiene a su cargo la formulación de políticas públicas, esto es, el diseño o gestión de instrumentos de toma de decisión en determinado sector gubernamental dirigido a abordar y proponer soluciones a asuntos de relevancia pública y, concretamente, se le ha atribuido la competencia de “difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública (…)”, según las voces del numeral 10° del artículo 3° del Decreto 4170 de 2011, potestad reguladora que, en todo caso, debe ejercerse conforme a la Ley y ajustada a la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional.

11.15.- Y, en el sub judice, resulta plausible considerar que la expedición de la Circular objeto de la medida cautelar fue expedida con apoyo en esa atribución de competencia reconocida por el ordenamiento jurídico[[18]](#footnote-18).

En un pronunciamiento más reciente, la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la nulidad parcial del artículo 159 del Decreto 1510 de 2013[[19]](#footnote-19), que en su numeral 2, literal a); numeral 3 y numeral 4, establecía que Colombia Compra Eficiente debía diseñar e implementar manuales y guías para la identificación y cobertura del Riesgo; pliegos de condiciones tipo para la contratación y minutas tipo de contratos[[20]](#footnote-20).

El Consejo de Estado, en consonancia con el criterio sustantivo o material de identificación de los actos administrativos arriba expuesto, reiteró que estos pueden estar revestidos de distintas formas, como decretos, resoluciones, reglamentos, acuerdos, manuales o circulares: «*En consecuencia, no es el nombre que recibe el que le otorga la naturaleza de acto administrativo, sino su contenido reglamentario o normativo de obligatoria aplicación, y ello es predicable, incluso, de los manuales expedidos por las distintas autoridades»[[21]](#footnote-21).*

En conclusión, frente a la obligatoriedad o vinculatoriedad de los manuales, guías o circulares tipo expedidos por Colombia Compra Eficiente, es necesario identificar que se trate de actos administrativos tendientes a producir efectos jurídicos, sin importar cuál sea la forma que adopten. Igualmente, con el mismo nivel de importancia, es necesario que la competencia para proferir cualquiera de estas herramientas normativas provenga de la ley o el reglamento para que sea de obligatorio cumplimiento para los partícipes del sistema de compras y contratación pública.

Así las cosas, la obligatoriedad de las herramientas normativas expedidas por Colombia Compra Eficiente no depende de la forma mediante la cual se adopten, pues guías, manuales o circulares podrán ser de obligatoria observancia o de mera pauta para fomentar buenas prácticas administrativas, dependiendo de si existe una norma de rango legal o de reglamentario, diferente de la general del Decreto 4170 de 2011, que confiera la competencia para regular determinado aspecto de la contratación estatal. Si la competencia no proviene de la ley o el reglamento, sin importar que se trate de una guía, un manual o una circular externa, no producirá efectos jurídicos y su función estará limitada a dar orientaciones o a reproducir normas, esto es, no tendrá fuerza obligatoria y, en consecuencia, no será vinculante para sus destinatarios, con independencia del nombre que tenga[[22]](#footnote-22).

Adicionalmente, la obligatoriedad de cada instrumento, además de la existencia de la competencia legal, viene dada por la voluntad de la Administración para que genere efectos jurídicos vinculantes para sus destinatarios, esto es, Colombia Compra Eficiente, en ejercicio de una competencia legal, puede definir si la herramienta normativa que expide tendrá un carácter vinculante o el carácter de una pauta de buenas prácticas de voluntaria observancia.

Así las cosas, de acuerdo con el numeral 5 del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011, Colombia Compra Eficiente tiene competencia para expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública, por lo que las circulares externas proferidas por Colombia Compra Eficiente son actos administrativos que contienen mandatos, orientaciones e instrucciones que van dirigidas a las entidades estatales y al público en general y son de obligatorio cumplimiento[[23]](#footnote-23).

Finalmente, tratándose de Circular Externa No. 17, debe resaltarse que la Circular Externa Única en el numeral 18 establece que la misma «sustituye integralmente todas las circulares que Colombia Compra Eficiente haya expedido con anterioridad a su publicación», por lo tanto, la Circular Externa No. 17 no se encuentra vigente y en ese sentido para la temática bajo estudio habrá que remitirse a lo establecido por la Circular Externa Única.

1. **Respuestas**

Solicitamos respetuosamente a ustedes confirmar si la Circular Externa No. 17 de 11 de febrero de 2015 emitida por Colombia Compra Eficiente es de obligatorio cumplimiento para todas las entidades del estado, o si por el contrario esta circular   se puede invocar según la conveniencia particular del evaluador dentro de cada proceso de licitación en entidades estatales   y que esto permita que cada entidad exija o rechace ofertas según sus preferencias o según los oferentes que se presenten

Tal como se señala en la Circular Externa Única, «De acuerdo con el numeral 5 del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011, Colombia Compra Eficiente tiene competencia para expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública. Las circulares externas proferidas por Colombia Compra Eficiente son actos administrativos que contienen mandatos, orientaciones e instrucciones que van dirigidas a las Entidades Estatales y al público en general y son de obligatorio cumplimiento».

Finalmente, tratándose de Circular Externa No. 17, debe resaltarse que la Circular Externa Única en el numeral 18 establece que la misma «sustituye integralmente todas las circulares que Colombia Compra Eficiente haya expedido con anterioridad a su publicación», por lo tanto, la Circular Externa No. 17 no se encuentra vigente y en ese sentido para la temática bajo estudio habrá que remitirse a lo establecido por la Circular Externa Única, sin perjuicio de las precisiones realizadas en este concepto.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Nathalia Urrego JiménezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Sebastián Ramírez GrisalesGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Augusto Tirado Navarro Subdirector de Gestión Contractual |

1. Resolución No. 10547 de 2018: «artículo 2. De las definiciones. Para efectos de la presente Resolución, entiéndase lo siguiente:

[…]

»2. Legalización: Certificar la autenticidad de la firma de un servidor público en ejercicio de sus funciones y la calidad en que el signatario haya actuado, la cual deberá estar registrada ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, para que el documento surta plenos efectos legales en un país que hace parte de la Convención de Viena de 1963, sobre relaciones consulares, artículo 5°, literal f) que reglamenta las actuaciones consulares en calidad de notario”.

 [↑](#footnote-ref-1)
2. Despacho Permanente de la Conferencia de La Haya en Derecho Internacional Privado. El ABC de las Apostillas ¿Cómo garantizar el reconocimiento de sus documentos públicos en el extranjero: «Una apostilla no puede ser requerida cuando las leyes, reglamentos o usos vigentes en el país en que el documento público debe ser utilizado rechacen o simplifiquen el requerimiento de una Apostilla o dispensen al documento de la exigencia de la legalización. Esta simplificación o dispensa puede también resultar de un tratado u otro acuerdo vigente entre el país en que el documento debe ser utilizado y el país que lo emitió (e.g., algunos otros Convenios de la Haya exceptúan a los documentos públicos de legalización o de otras formalidades análogas, incluidas las Apostillas)». [↑](#footnote-ref-2)
3. La Circular indicada puede consultarse en el siguiente enlace: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce\_public/files/cce\_circulares/cce\_circular\_unica.pdf [↑](#footnote-ref-3)
4. «10.1 Apostilla y/o legalización de documentos […] Todos los documentos expedidos en el exterior deben ser apostillados o legalizados por la Entidad competente desde el país de origen, para que puedan surtir efectos legales en Colombia.

»Para efectos del trámite de apostilla y/o legalización de documentos otorgados en el exterior se debe tener en cuenta lo establecido en la Resolución No. 10547 del 14 de diciembre de 2018, “Por la cual se adopta el procedimiento para apostillar y/o legalizar documentos”, expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia.

»Las Entidades Estatales solamente pueden exigir la legalización de acuerdo con la Convención de la Apostilla o la legalización de documentos públicos otorgados en el extranjero. Este tipo de legalización no es procedente para los documentos privados.

»Cuando en un Proceso de Contratación un proponente presenta un documento público legalizado de acuerdo con la Convención de la Apostilla, la Entidad Estatal no debe solicitar legalizaciones, autenticaciones o ratificaciones adicionales de ninguna autoridad nacional o extranjera, puesto que el trámite de la Apostilla es suficiente para certificar por sí mismo la autenticidad.

»De acuerdo con el Manual para el Funcionamiento Práctico de la Convención de la Apostilla, el país de origen del documento puede tener una autoridad que verifica y certifica ciertos documentos públicos (autoridad intermedia) y otra autoridad centralizadora que es quien emite la Apostilla. En consecuencia, las Entidades Estatales deben aceptar la Apostilla expedida por la autoridad centralizadora correspondiente». [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia T-473 del 14 de julio de 1992. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón: «Se concluye entonces que desde y para la perspectiva procesal, el término "documento público" se define de acuerdo a la persona que lo produce (funcionario público), y será público en la medida en que se produzca con las formalidades legales. Tiene, por supuesto, un mayor valor probatorio que el documento privado. Es, por tanto, una perspectiva orgánica: el carácter público del documento lo determina la persona u órgano donde se origina. El ámbito de producción del documento -sujeto productor y calidad del mismo- es lo que define y determina, en últimas, su naturaleza pública». [↑](#footnote-ref-5)
6. «Los documentos públicos y privados se presumen auténticos. Las Entidades Estatales no deben solicitar autenticaciones, reconocimiento, presentación personal o trámites adicionales para documentos aportados a Procesos de Contratación, excepto cuando la ley lo exige expresamente.

»Los poderes especiales para actuar en los Procesos de Contratación requieren nota de presentación personal.

»Los proponentes pueden aportar a los Procesos de Contratación los documentos públicos o privados en copia simple. Las copias de los documentos también gozan de presunción de autenticidad y su valor probatorio es el mismo del original, excepto cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

»En los pliegos de condiciones y en las invitaciones a participar en Procesos de Contratación, cuando la ley exija expresamente autenticaciones, reconocimiento, presentación personal o trámites adicionales, el proponente puede presentar con la oferta documentos en copia simple y aportar el documento con la exigencia legal correspondiente dentro del plazo previsto para la subsanación».

 [↑](#footnote-ref-6)
7. Código de Comercio: «Artículo 480. Autenticación de documentos otorgados en el exterior. Los documentos otorgados en el exterior se autenticarán por los funcionarios competentes para ello en el respectivo país, y la firma de tales funcionarios lo será a su vez por el cónsul colombiano o, a falta de éste, por el de una nación amiga, sin perjuicio de lo establecido en convenios internacionales sobre el régimen de los poderes.

»Al autenticar los documentos a que se refiere este artículo los cónsules harán constar que existe la sociedad y ejerce su objeto conforme a las leyes del respectivo país». [↑](#footnote-ref-7)
8. Código General el Proceso: «Artículo 251. Documentos en idioma extranjero y otorgados en el extranjero. Para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez. En los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente. En caso de presentarse controversia sobre el contenido de la traducción, el juez designará un traductor.

»Los documentos públicos otorgados en país extranjero por funcionario de este o con su intervención, se aportarán apostillados de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales ratificados por Colombia. En el evento de que el país extranjero no sea parte de dicho instrumento internacional, los mencionados documentos deberán presentarse debidamente autenticados por el cónsul o agente diplomático de la República de Colombia en dicho país, y en su defecto por el de una nación amiga. La firma del cónsul o agente diplomático se abonará por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, y si se trata de agentes consulares de un país amigo, se autenticará previamente por el funcionario competente del mismo y los de este por el cónsul colombiano.

»Los documentos que cumplan con los anteriores requisitos se entenderán otorgados conforme a la ley del respectivo país». [↑](#footnote-ref-8)
9. La Circular Externa Única de Colombia Compra Eficiente señala: “Las circulares externas proferidas por Colombia Compra Eficiente son actos administrativos que contienen mandatos, orientaciones e instrucciones que van dirigidas a las Entidades Estatales y al público en general y son de obligatorio cumplimiento”. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/cce_circular_unica.pdf> [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 17 de mayo de 2018, Radicado N.º 110010325000201601071, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ley 1437 de 2011, artículo 65. Frente a la notificación de los actos administrativos de carácter particular y concreto ver el artículo 66 de la misma ley. [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de agosto de 2012, radicado N.º 54001-23-31-000-1999-0111-01 (23358), C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 11 de abril de 2002, C.P. Alier Hernández Enríquez, Rad. 2001-0058-01 (21652). [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 13 de marzo de 2014, C.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 2013-00715-01 (ACU). [↑](#footnote-ref-14)
15. Corte Constitucional. Sentencia C-1436 del 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. [↑](#footnote-ref-15)
16. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Introducción a los conceptos de la administración pública y el derecho administrativo. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, 3ra Ed. p. 440. [↑](#footnote-ref-16)
17. *Ibidem.* p. 436. [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Auto de ponente del 14 de agosto de 2017. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad. 2017-00031-00 (58.820). [↑](#footnote-ref-18)
19. Compilado en el Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.5.2: «Artículo 159. Estándares y documentos tipo. Sin perjuicio de la función permanente que el [Decreto ley 4170 de 2011](http://www.lexbase.biz/lexbase/normas/decretos/2011/D4170de2011.htm) le asigna, Colombia Compra Eficiente debe diseñar e implementar los siguientes instrumentos estandarizados y especializados por tipo de obra, bien o servicio a contratar, así como cualquier otro manual o guía que se estime necesario o sea solicitado por los partícipes de la contratación pública:

»1. Manuales para el uso de los Acuerdos Marco de Precios dentro de los dos (2) meses siguientes a la expedición el presente decreto.

»2. Manuales y guías para: (a~~) la identificación y cobertura del Riesgo~~; (b) la determinación de la Capacidad Residual para los contratos de obra pública dependiendo del valor de los mismos; (c) la elaboración y actualización del plan Anual de Adquisiciones; y (d) el uso del Clasificador de Bienes y Servicios; los cuales deben ser expedidos dentro de los (2) meses siguientes a la expedición del presente decreto.

»3. ~~Pliegos de condiciones tipo para la contratación dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del~~ ~~presente decreto~~.

»4. ~~Minutas tipo de contratos dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente decreto~~». (Nota: Las expresiones tachadas fueron declaradas nulas por el Consejo de Estado en la Sentencia del 11 de abril de 2019. Rad. 2014-00135-00 (52055). Sección Tercera. C.P. María Adriana Marín). [↑](#footnote-ref-19)
20. Lo anterior, sin perjuicio de la competencia que detenta actualmente la Agencia por mandato legal para expedir «documentos tipo», de conformidad con el parágrafo 7° del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, adicionado por el artículo 4 de la Ley 1882 de 2018 y modificado por el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020. [↑](#footnote-ref-20)
21. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 11 de abril de 2019, C.P. María Adriana Marín, Rad. 2014-00135-00 (52.055). [↑](#footnote-ref-21)
22. El Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia de 21 de septiembre de 2001, Expediente No. 6371, C.P. Olga Inés Navarrete, indicó frente a la naturaleza jurídica de las circulares que: «La jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que las circulares de servicios son susceptibles de ser demandadas cuando las mismas contengan una decisión de la autoridad pública, capaz de producir 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». [↑](#footnote-ref-22)
23. En armonía con lo anterior, la Circular Externa Única señala que: «De acuerdo con el numeral 5 del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011, Colombia Compra Eficiente tiene competencia para expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública. Las circulares externas proferidas por Colombia Compra Eficiente son actos administrativos que contienen mandatos, orientaciones e instrucciones que van dirigidas a las Entidades Estatales y al público en general y son de obligatorio cumplimiento». [↑](#footnote-ref-23)