

CIRCULARES DE SERVICIO – Noción – Clasificación – Externas – Internas – Circulares externas – Acto administrativo capaz de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas respecto de los administrados – Circulares internas con potencialidad de afectar derechos de ciudadanos son demandables

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

En esa perspectiva, solo las circulares -externas- constituyen verdaderos actos administrativos capaces de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas respecto de los administrados y, por ende, son demandables a través de las acciones o medios de control jurisdiccionales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; no obstante, si una circular interna tiene la potencialidad o virtualidad de afectar derechos de los ciudadanos la misma será demandable y, en consecuencia, es perfectamente posible que su legalidad sea materia u objeto de control jurisdiccional.

CIRCULAR EXTERNA ÚNICA DE 2022 DE LA AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Acto administrativo pasible de control jurisdiccional

[...] la Circular Externa Única de 2022 expedida por la agencia estatal CCE constituye, formal y materialmente, un acto administrativo pasible de control jurisdiccional de legalidad por las siguientes razones: i) es una circular externa dirigida a todos los partícipes en el sistema de compras y contratación pública de conformidad con el artículo 2.2.1.1.1.2.1 del Decreto 1082 de 2015 proferido por el Presidente de la República; ii) no solo contiene instrucciones, orientaciones o recomendaciones para los servidores públicos, agentes estatales y/o colaboradores de la administración sino que, también adopta determinaciones específicas y puntuales en los procesos de compras y de contratación públicas; de allí que, como ejercicio de función administrativa, tiene la virtualidad y la potencialidad de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de las entidades públicas, contratistas, interventores, supervisores, de las organizaciones de la sociedad civil y de los administrados y, iii) la norma tiene por finalidad reglamentar la Ley 996 de 2005, en cuanto consagra una limitación o restricción de celebrar convenios y/o contratos interadministrativos durante el ámbito temporal fijado en esa normativa, esto es, durante la época de contienda electoral.

COMPETENCIA DE LA AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Decreto ley 4170 de 2011 artículo 5 numeral 3 – Competencia de expedición de circulares externas en materia de compras y contratación pública – No invadió competencia del legislador – Contaba con facultad normativa de expedir circular externa

El Decreto ley 4170 de 2011 creó la Agencia Nacional de Contratación Pública (Colombia Compra Eficiente) cuyo objetivo consiste en ser la entidad encargada de desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado.

El numeral 5 del artículo 3 de esa misma normativa prevé, expresa e inequívocamente, que una de las competencias de la Agencia de Contratación Pública CCE es la de “absolver consultas sobre la aplicación de las normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública”.

En ese orden de ideas, la entidad demandada no invadió la competencia del legislador al proferir la Circular Única Externa de 2022, acto administrativo demandado, por la sencilla pero suficiente razón de que contaba con la facultad normativa de expedirla, en tanto que una de las facultades que se le otorgó es la de expedir circulares externas en materia de contratación pública que persigan garantizar una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado ejecutados a través de la contratación pública.

NULIDAD – Transgresión del ordenamiento jurídico superior – Extensión de la prohibición a los contratos interadministrativos

La Sala advierte que de la simple confrontación o cotejo entre el numeral demandado y el parágrafo 1º del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 se observa una trasgresión del ordenamiento jurídico superior, en tanto que el legislador circunscribió la prohibición a los “convenios interadministrativos”, mientras que la circular demandada la hace extensiva a los “contratos interadministrativos” por la vía hermenéutica o analógica.

CONTRATO ESTATAL – Género – Contratos y convenios interadministrativos – Especies – Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007 no hacen diferencia entre contrato y convenio – Ley 489 de 1998 diferencia entre contrato y convenio interadministrativo

[...] es pertinente anotar que, si bien existe un género denominado “contrato estatal” al cual pertenecen varias especies entre ellas las de contratos y convenios interadministrativos, lo cierto es que, las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 hacen énfasis en el adjetivo “interadministrativo” sin que se incorpore una distinción o diferenciación clara entre contrato y convenio; no obstante, con la expedición de la Ley 489 de 1998 el legislador ahondó en la diferenciación entre los conceptos de “convenio” y “contrato” interadministrativos, lo cual ha servido de fundamento para que esta Sección lo mismo que la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, hayan realizado la distinción entre uno y otro negocio jurídico, para diferenciarlos en su naturaleza, contenido y alcance, con independencia de que, se reitera, sean contratos estatales.

LEY 996 DE 2005 – Parágrafo del artículo 38 – No hizo extensible prohibición a los contratos interadministrativos – Desbordamiento del marco reglamentario

[...] si el legislador no diferenció al instituir la prohibición o la restricción, mal haría el reglamento en aplicar un efecto expansivo o extensivo para incluir una categoría no cobijada con la limitación por cuanto esa ampliación de la restricción desborda el marco

reglamentario y, en últimas, modifica el contenido y alcance de la ley, por cuanto cobija con la proscripción un tipo de negocio jurídico que el legislador no contempló expresa e inequívocamente.

**POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO NACIONAL – Límites -
Extralimitación de la potestad reglamentaria – Desconocimiento del
artículo 6 y 9 de la Constitución Política**

La jurisprudencia constitucional se ha referido al ejercicio debido y a los límites de la potestad reglamentaria; sobre el particular, es particularmente relevante advertir que la Rama Ejecutiva del Poder Público debe limitarse o circunscribirse a desarrollar la ley y subordinarse a su contenido y alcance, de modo que no le está permitido introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de sus disposiciones, ampliar o restringir el sentido de la ley, así como tampoco puede suprimirla o modificarla ni reglamentar materias que estén reservadas a ella, pues, en estos supuestos excedería sus competencias e invadiría las asignadas por la Constitución Política al legislador.

[...] En ese entendimiento entonces, es claro que la norma demandada no solo contraviene el inciso primero del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 sino también el principio de legalidad previsto en el artículo 6 de la Constitución Política, así como también las garantías de legalidad y de tipicidad ínsitas en el derecho constitucional fundamental del debido proceso reglado en el artículo 29 Superior.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B**

Bogotá DC, diecisiete (17) de octubre de dos mil veinticinco (2025).

Magistrado ponente:	FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente:	11001-03-26-000-2023-00139-00 (70.313)
Actor:	SANTIAGO ARIZA QUINTERO Y OTROS
Demandado:	AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (COLOMBIA COMPRA EFICIENTE – CCE)
Medio de control:	NULIDAD SIMPLE - CPACA
Temas:	SENTENCIA EN ÚNICA INSTANCIA - LEY DE GARANTÍAS – PROHIBICIÓN DE CELEBRAR CONVENIOS Y CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS – INTERPRETACIÓN ANALÓGICA O EXTENSIVA EN NORMAS QUE ESTABLECEN RESTRICCIONES O PROHIBICIONES

Síntesis del caso: los demandantes piden la declaración de nulidad parcial del numeral 16.2 de la Circular Externa Única de 2022 proferida por la entidad demandada por contravenir los artículos 152 de la Constitución Política y 38 de la Ley 996 de 2005.

Temas: medio de control de simple nulidad – circular externa – clasificación de las circulares – no todas las circulares constituyen actos administrativos demandables – normas de contenido prohibitivo – interpretación restrictiva – en materia de prohibiciones y restricciones a la contratación pública no se pueden emplear hermenéuticas analógicas o extensivas.

La Sala decide, en única instancia y mediante sentencia anticipada, la demanda presentada en ejercicio del medio de control jurisdiccional de nulidad simple en contra del numeral 16.2 de la Circular Externa Única de 2022 expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- y cuyos destinatarios son los partícipes en el sistema de compras y contratación pública de conformidad con el artículo 2.2.1.1.1.2.1 del Decreto 1082 de 2015.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1) El 5 de septiembre de 2023, los ciudadanos Santiago Ariza Quintero, Joel David Gaona Lozano, Sebastián Rojas Sánchez y Juan José Gómez Urueña presentaron demanda en ejercicio del medio de control jurisdiccional de nulidad simple (índice 2 SAMAI)¹ para que se anule de manera parcial el numeral 16.2 de la Circular Única de 2022 expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-; lo resaltado a continuación corresponde a los segmentos acusados:

“16. APLICACIÓN DE LA LEY DE GARANTÍAS

(...).

16.2. Restricción para celebrar convenios y contratos interadministrativos

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

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

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

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

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

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

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

- 2) Los demandantes sostienen que los apartes normativos demandados son nulos por *i)* haber sido proferidos sin competencia y *ii)* con desconocimiento de las normas en que debían fundarse, para lo cual invocaron como desconocidos los artículos 137 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), 150, 189 y 152 de la Constitución Política y, 38 de la Ley 996 de 2005².
- 3) En la demanda se indicó, como concepto de la violación, que la entidad demandada usurpó funciones propias del Congreso de la República, pues, este último es el único habilitado para la expedición de leyes estatutarias que pueden restringir la contratación pública en épocas electorales -ley de garantías- (artículo 152 CP); además, se agregó que el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a las autoridades territoriales y locales la celebración de “convenios interadministrativos” dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, por manera que, el precepto acusado no podía hacer extensiva esa limitación o restricción a los “contratos interadministrativos”, lo cual desconoce, además, el artículo 31 del Código Civil según el cual el contenido de la ley se determinará por su contenido genuino, sin que puedan hacerse interpretaciones extensivas o analógicas a las normas que establecen prohibiciones.

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

2. El trámite de única instancia

- 1) En auto del 30 de mayo de 2024 se admitió la demanda (índice 10 SAMAI) y se ordenó su notificación a la entidad demandada y al Ministerio Público.
- 2) De otra parte, el 4 de octubre de 2024 (índice 27 SAMAI) se accedió a la medida cautelar solicitada por los demandantes y se decretó la suspensión provisional parcial del numeral 16.2 de la Circular Única de 2022 expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-.
- 3) Inconforme con la decisión, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente- interpuso recurso de reposición (índice 31 SAMAI) en contra del auto del 4 de octubre del año en curso.
- 4) Luego, el 17 de enero de 2025 se decidió la impugnación (índice 35 SAMAI) en el sentido de confirmar integralmente la providencia recurrida.
- 5) Posteriormente, en auto del 24 de julio de 2025 (índice 47 SAMAI) se negó la acumulación a esta actuación del proceso con radicación número 11001-03-26-000-2025-00016-00 (72.424), toda vez que, en este último no se había proferido auto admisorio de la demanda, requisito indispensable para esos efectos de conformidad con lo establecido en el artículo 148 de la Ley 1564 de 2012 (CGP), aplicable por remisión del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA).

3. El fundamento para dictar sentencia anticipada

Por auto del 24 de julio de 2025 se advirtió que se configuraban dos supuestos para dictar sentencia anticipada (índice 47 SAMAI) de conformidad con el artículo 182A de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), pues, (i) la controversia es de puro derecho y, (ii) no era necesario decretar ni practicar pruebas en tanto que no se solicitaron en la demanda y la entidad demandada se abstuvo de contestarla, razón por la cual se prescindió de la realización de la audiencia inicial, se fijó el litigio y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, la Sala resuelve el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, 2) análisis del caso concreto, 3) conclusión general y, 4) condena en costas.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

El centro de la controversia consiste en determinar, en primer lugar, si la Circular Única de 2022 proferida por la Agencia Nacional de Contratación -Colombia Compra Eficiente- constituye un acto administrativo pasible de control jurisdiccional dado que se trata, como su propio nombre lo indica, de una *circular externa* y, una vez superado ese análisis, establecer si la disposición censurada debe ser anulada por *i)* haber sido proferida sin competencia y, *ii)* con desconocimiento de las normas en que debían fundarse, concretamente, por contravenir los artículos 137 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), 150, 189 y 152 de la Constitución Política y 38 de la Ley 996 de 2005 .

La Sala declarará la nulidad parcial del numeral 16.2 de la Circular Única de 2022 expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, por contravenir las normas de rango superior en las cuales debía fundarse, por el hecho de hacer extensiva a los contratos interadministrativos la prohibición de celebrar convenios interadministrativos prevista por el legislador en el inciso primero del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

2. Análisis del caso concreto

2.1 Naturaleza, contenido y alcance del acto demandado

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

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

2) En esa perspectiva, solo las circulares -externas- constituyen verdaderos actos administrativos capaces de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas respecto de los administrados³ y, por ende, son demandables a través de las acciones o medios de control jurisdiccionales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; no obstante, si una circular interna tiene la potencialidad o virtualidad de afectar derechos de los ciudadanos la misma será demandable y, en consecuencia, es perfectamente posible que su legalidad sea materia u objeto de control jurisdiccional.

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

“Las instrucciones o circulares administrativas son actos jurídicos de la Administración en sentido lato, susceptibles de ser impugnados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, dependiendo básicamente de su contenido. En efecto, esta Corporación ha señalado en reiteradas oportunidades, que las circulares de servicios son susceptibles de ser demandadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando contengan una decisión emanada de una autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y de producir efectos vinculantes frente a los administrados, pues si se limitan a

³ “*Las llamadas circulares de servicio tienen por objeto o finalidad dar instrucciones al personal subalterno o subordinado sobre la mejor manera de cumplir las medidas adoptadas. Por consiguiente, son actos administrativos de conocimiento o de instrucción, por las cuales de ordinario el superior jerárquico de una dependencia o ente administrativo hace conocer a los subalternos empleados, determinadas disposiciones. Pero, si en las circulares de servicio, o con ocasión de ellas, se adoptan nuevas prescripciones, no comprendidas en disposiciones precedentes, se trata de actos administrativos ordinarios que crean situaciones jurídicas, susceptibles de invalidarse por las causales generales*”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 15 de junio de 1973. Cita tomada de: Código Contencioso Administrativo, comentado y concordado por Mario Madrid-Malo G., Ed. Legis, Bogotá, 1985, pág. 180.

reproducir el contenido de otras normas, o las decisiones de otras instancias, o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios, no serán susceptibles de demanda. En el caso sub examine, resulta indudable que la Circular 016 de 2005 constituye un acto administrativo que crea, modifica o extingue una situación jurídica y que, por lo mismo, puede ser objeto de control jurisdiccional, en tanto y en cuanto consagra unos deberes que deben ser acatados por las entidades sometidas a la inspección vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud”⁴.

“.....

“La jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que las circulares de servicio son susceptibles de ser demandadas cuando las mismas contengan una decisión de autoridad pública, capaz de producir 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”⁵.

En este punto, es particularmente relevante advertir que la jurisprudencia de la Sección Primera de la Corporación no ha sido siempre pacífica, pues, en decisión del 27 de noviembre de 2014 se afirmó que todas las circulares -externas o internas- eran controlables por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con independencia de si producían o no efectos jurídicos respecto de los administrados; el mencionado criterio se apoyó en el siguiente razonamiento⁶:

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

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 19 de marzo de 2009, expediente no. 2005-00285, MP Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 21 de septiembre de 2001, expediente no. 6371, MP Olga Inés Navarrete Barrero.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 27 de noviembre de 2014, expediente no. 2012-00533, MP Guillermo Vargas Ayala.

llevan a la Sala al convencimiento de que es preciso replantearse dicha posición y entender que en virtud de lo previsto por el artículo 137 CPACA toda circular administrativa, cualquiera que sea su contenido, es susceptible de control judicial.

En criterio de la Sala esta postura responde a los requerimientos que el principio de Estado de Derecho eleva a la jurisdicción contenciosa en la realidad administrativa actual y consulta mejor que la línea jurisprudencial anterior los propósitos de la reforma legal de 2011, en tanto viabiliza un verdadero ensanchamiento del ámbito del control judicial de las actuaciones de la Administración, ya no controlables solo en tanto que actos administrativos, sino en cuanto manifestaciones de la función administrativa... En efecto, el hecho de actuar ésta en cada vez más oportunidades por medios que no pueden encuadrarse dentro de los denominados actos de poder, comando y control (command and control) o Derecho Duro (hard law) obligan a tomar en consideración el nuevo contexto en el que se desenvuelve la función administrativa. La proliferación contemporánea de actuaciones administrativas desprovistas del elemento de unilateralidad, coercibilidad o de jerarquía propio de los actos administrativos a favor de actuaciones de tipo más horizontal o dialógicas, en las que se negocia, colabora, promueve o informa sobre un determinado asunto (soft law), exigen de la jurisdicción contencioso administrativa una reflexión sobre la validez de preservar un modelo que, como el basado en la actuación por acto administrativo, hoy no es ya exclusivo en el panorama jurídico de la Administración. Surge así el desafío de replantearse aspectos relacionados con el objeto o la órbita de competencias del juez administrativo, de modo que se haga posible expandir el radio de acción del control judicial de forma paralela al ensanchamiento experimentado por las actuaciones de la Administración, hoy mucho más ricas y diversas que la clásica resolución de una materia mediante acto administrativo. En un verdadero Estado de Derecho, en aras de asegurar tanto la vigencia plena de los referidos principios de constitucionalidad y legalidad como la mayor efectividad del derecho a la tutela judicial, estas nuevas formas de actuación de la Administración no pueden quedar fuera del alcance del contencioso administrativo. Así, con independencia de que por su contenido orientativo, instructivo o puramente informativo las circulares no afecten de manera directa los derechos o intereses particulares de las personas, su calidad de expresión de la función administrativa y su no poca capacidad de incidencia sobre las decisiones y actuaciones materiales de la Administración (ellas sí plenamente oponibles y ejecutables en el ámbito de los particulares) justifican su sometimiento al control de esta jurisdicción. En últimas son un mecanismos (sic) dispuesto por el ordenamiento jurídico para el cumplimiento de los fines que la Constitución y la ley han encomendado a las autoridades administrativas y en cuanto tal su conformidad con éstas ha de ser total".

- 3) Sin embargo, con posterioridad a ese pronunciamiento la misma Sección Primera ha retomado el criterio según el cual las circulares de servicio solo son controlables o demandables, en los términos del inciso tercero del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), siempre y cuando constituyan verdaderos y materiales actos administrativos; es decir, cuando produzcan efectos o afecten

situaciones jurídicas de los ciudadanos; por lo tanto, que las solas orientaciones, recomendaciones u orientaciones de la administración a sus agentes y colaboradores no son susceptibles de control jurisdiccional; al respecto, en sentencia del 22 de octubre de 2021 dicha Sección discurrió de la siguiente manera:

“Ahora bien, la jurisprudencia de esta corporación ha sido pacífica al señalar que las circulares serán pasibles de control judicial siempre y cuando sean capaces de surtir efectos jurídicos frente a los administrados, pero si se limitan a reproducir el contenido de otras normas o simplemente a dar instrucciones a los empleados de las distintas dependencias, no serán pasibles de control judicial. [...] Revisada la circular aquí reproducida, se advierte que la misma sí trae obligaciones tanto para las capitánías de puertos, como para los administrados, comoquiera que establece los requisitos que deben cumplir las personas que quieran ser inscritas como peritos marítimos, y cuáles serían las obligaciones posteriores a su elección, tales como la celebración de un contrato de prestación de servicios. Adicionalmente, al revisar el Reglamento 0004 y el Decreto ley 2324 de 1984, se advierte que no reproduce ninguna disposición allí contemplada. En consecuencia, no está llamada a prosperar la excepción planteada por la parte demandada”⁷ (resalta la Sala).

4) En suma, las circulares de servicio son actos administrativos de instrucción o de servicio que, en principio, tienen como destinatarios otras entidades públicas, servidores, funcionarios, agentes, subalternos y colaboradores públicos; empero, es perfectamente factible que esas manifestaciones unilaterales de la voluntad, en ejercicio de función administrativa, produzcan efectos para los ciudadanos y ciudadanas, razón por la cual serán controlables y demandables en los términos del inciso tercero del artículo 137 del CPACA.

5) En ese marco normativo y jurisprudencial, se tiene que la Circular Externa Única de 2022 expedida por la agencia estatal CCE constituye, formal y materialmente, un acto administrativo pasible de control jurisdiccional de legalidad por las siguientes razones: *i)* es una circular externa dirigida a todos los partícipes en el sistema de compras y contratación pública de conformidad con el artículo 2.2.1.1.1.2.1 del Decreto 1082 de 2015 proferido por el Presidente de la República⁸; *ii)* no solo contiene instrucciones, orientaciones o

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 22 de octubre de 2021, expediente no. 2017-00142, MP Oswaldo Giraldo López. En el mismo sentido, consultar: sentencia del 6 de agosto de 2021, expediente no. 2018-00113, MP Nubia Margoth Peña Garzón.

⁸ “Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional”.

recomendaciones para los servidores públicos, agentes estatales y/o colaboradores de la administración sino que, también adopta determinaciones específicas y puntuales en los procesos de compras y de contratación públicas; de allí que, como ejercicio de función administrativa, tiene la virtualidad y la potencialidad de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de las entidades públicas, contratistas, interventores, supervisores, de las organizaciones de la sociedad civil y de los administrados y, *iii) la norma tiene por finalidad reglamentar la Ley 996 de 2005, en cuanto consagra una limitación o restricción de celebrar convenios y/o contratos interadministrativos durante el ámbito temporal fijado en esa normativa, esto es, durante la época de contienda electoral.*

2.2 Análisis de los cargos de nulidad formulados

La Sala estudiará, en primer término, el cargo de falta de competencia alegado y, en segundo lugar, la censura de violación o infracción de normas superiores (vicio de contenido).

2.2.1 Falta de competencia de la Agencia Nacional de Contratación Pública (Colombia Compra Eficiente)

1) Los actores indicaron que el acto administrativo demandado se expidió con falta de competencia, por cuanto la entidad demandada usurcó funciones propias del Congreso de la República, pues, este último es el único habilitado para la expedición de leyes estatutarias que pueden restringir la contratación pública en épocas electorales -ley de garantías-, de allí que se hayan desconocido los artículos 150, 152 y 189 de la Constitución Política.

“Artículo 2.2.1.1.2.1 Los partícipes del sistema de compras y contratación pública para efectos del Decreto-Ley 4170 de 2011, son:

1. Las Entidades Estatales que adelantan Procesos de Contratación.

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

2. Colombia Compra Eficiente.

3. Los oferentes en los Procesos de Contratación.

4. Los contratistas.

5. Los supervisores.

6. Los interventores.

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

2) El Decreto ley 4170 de 2011 creó la Agencia Nacional de Contratación Pública (Colombia Compra Eficiente) cuyo objetivo consiste en ser la entidad encargada de desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado.

3) El numeral 5 del artículo 3 de esa misma normativa prevé, expresa e inequívocamente, que una de las competencias de la Agencia de Contratación Pública CCE es la de “*absolver consultas sobre la aplicación de las normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública*” (se destaca).

En ese orden de ideas, la entidad demandada no invadió la competencia del legislador al proferir la Circular Única Externa de 2022, acto administrativo demandado, por la sencilla pero suficiente razón de que contaba con la facultad normativa de expedirla, en tanto que una de las facultades que se le otorgó es la de expedir circulares externas en materia de contratación pública que persigan garantizar una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado ejecutados a través de la contratación pública.

4) Así las cosas, la Agencia Nacional de Contratación Pública (Colombia Compra Eficiente) no se arrojó, formalmente, una competencia propia del Congreso de la República por el hecho de haber proferido la circular demandada; no obstante, esa circunstancia no impide estudiar, en una perspectiva material o sustancial, si Colombia Compra Eficiente se encontraba habilitada o no para adoptar la decisión contenida en la circular demandada, examen que coincide con el estudio del segundo cargo de nulidad formulado, esto es, si el acto demandado infringió las normas que en debió fundarse, esto es, el ordenamiento jurídico superior.

2.2.2 Cargo de infracción de las normas en que debía fundarse (vicio de contenido)

1) Definida la procedibilidad formal del medio de control jurisdiccional, corresponde determinar si los apartados normativos demandados del numeral 16.2 de la circular demandada desconocen o trasgreden las normas en las cuales

se debían fundar, para lo cual la Sala realizará la correspondiente comparación o contraste para establecer si la disposición censurada viola o quebranta el ordenamiento jurídico superior, como se alega en la demanda.

En ese orden de ideas, con fines eminentemente sistemáticos, la Sala traza el siguiente cuadro comparativo entre las normas invocadas en la demanda como desconocidas y el precepto atacado cuya nulidad se solicita:

<i>Norma demandada – numeral 16.2 de la Circular Externa Única de 2022 proferida por la Agencia de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-</i>	<i>Normas invocadas como desconocidas por el precepto demandado</i>
<p>“16.2. Restricción para celebrar convenios y contratos interadministrativos</p> <p><i>El parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a los gobernadores, alcaldes, secretarios, gerentes y directores de Entidades Estatales del orden Municipal, Departamental o Distrital celebrar convenios interadministrativos para ejecutar recursos públicos durante los cuatro (4) meses anteriores a cualquier elección, sin importar la naturaleza o el orden nacional o territorial de la otra entidad contratante.</i></p> <p><u>Esta restricción es aplicable tanto a los convenios como a los contratos interadministrativos, toda vez que, al no existir definición legal que diferencie el concepto de convenio del concepto de contrato, la denominación prevista por la Ley 80 de 1993 y la Ley</u></p>	<p>1) Literal f) artículo 152 de la Constitución Política:</p> <p>“ARTÍCULO 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:</p> <p>(...) f) La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley”.</p>

<p>1150 de 2007 para tal fin se entenderán en el mismo sentido. Es así como el Decreto 1082 de 2015 trata indistintamente a los convenios y contratos interadministrativos, al establecer la contratación directa como la modalidad de selección para la contratación entre entidades públicas a través de estas dos figuras jurídicas.</p> <p>No obstante, por vía jurisprudencial se ha establecido que en los contratos interadministrativos existe una contraprestación directa a favor de la entidad que ha entregado el bien o prestado el servicio a la Entidad contratante, habilitada para ello por su objeto legal como entidad ejecutora, comoquiera que las obligaciones asignadas legalmente a aquella entidad pública están directamente relacionadas con el objeto contractual. Por su parte, en los convenios interadministrativos las entidades se asocian con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, sin que exista una contraprestación para ninguna de las entidades ni la prestación de un servicio a cargo de alguna de ellas y en favor de la otra parte del convenio.</p> <p>En el contexto de la Ley de Garantías, las restricciones, además de propender por la igualdad de los candidatos, están encaminadas a evitar que por medio de la contratación se altere la voluntad popular, lo cual se puede lograr a través de contratos o convenios. En este sentido, la prohibición que establece el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías consiste en evitar que los recursos del Estado se ejecuten para lograr apoyos indebidos mediante la suscripción de contratos y/o convenios, que, para efectos de la Ley de Garantías, tienen la misma connotación y propósito.</p> <p>En cuanto a la aplicación temporal de las restricciones de la Ley de Garantías, debe tenerse en cuenta que ambas restricciones no son excluyentes, pues en el período preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, les aplican las restricciones</p>	<p>2) Parágrafo 1º del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.</p> <p>"Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A excepción de los empleados del Estado que se desempeñen en la rama judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad, a los demás servidores públicos autorizados por la Constitución, les está prohibido:</p> <p>(...).</p> <p>Parágrafo. Los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista en las que participen los candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.</p> <p>Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, Gobernaciones Departamentales, Asambleas Departamentales, Alcaldías y Concejos Municipales o Distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.</p> <p>No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.</p> <p>La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de</p>
--	---

<p><i>del artículo 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. Por lo que las restricciones de la Ley de Garantías pueden aplicarse de manera simultánea” (se destaca).</i></p>	<p><i>los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa” (se resalta).</i></p>
	<p>3) Artículo 31 del Código Civil (Ley 57 de 1887).</p> <p>“ARTÍCULO 31. INTERPRETACION SOBRE LA EXTENSIÓN DE UNA LEY.</p> <p><i>Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes”.</i></p>

Los demandantes aducen que la entidad demandada al hacer extensiva a los “*contratos interadministrativos*” la prohibición contenida en el parágrafo 1º del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 que se refiere, única y exclusivamente, a los “*convenios interadministrativos*” *i)* invadió la órbita de competencia del Congreso de la República, *ii)* excedió la facultad reglamentaria y, *iii)* hizo una aplicación

amplia, extensiva o analógica de una norma que establece restricciones y limitaciones, lo cual no está permitido.

2) La Sala advierte que de la simple confrontación o cotejo entre el numeral demandado y el parágrafo 1º del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 se observa una trasgresión del ordenamiento jurídico superior, en tanto que el legislador circunscribió la prohibición a los “*convenios interadministrativos*”, mientras que la circular demandada la hace extensiva a los “*contratos interadministrativos*” por la vía hermenéutica o analógica, al grado tal que se indica en el numeral censurado que la “*restricción es aplicable tanto a los convenios como a los contratos interadministrativos, toda vez que, al no existir definición legal que diferencie el concepto de convenio del concepto de contrato, la denominación prevista por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 para tal fin se entenderán en el mismo sentido*”.

3) Al respecto, es pertinente anotar que, si bien existe un género denominado “*contrato estatal*” al cual pertenecen varias especies entre ellas las de contratos y convenios interadministrativos⁹, lo cierto es que, las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 hacen énfasis en el adjetivo “*interadministrativo*” sin que se incorpore una distinción o diferenciación clara entre *contrato* y *convenio*; no obstante, con la expedición de la Ley 489 de 1998 el legislador ahondó en la diferenciación entre los conceptos de “*convenio*” y “*contrato*” interadministrativos, lo cual ha servido de fundamento para que esta Sección¹⁰ lo mismo que la Sala de Consulta y Servicio Civil¹¹ de esta Corporación, hayan realzado la distinción entre uno y

⁹ “1) Los contratos de apoyo se celebran con personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro. Los contratos de asociación se celebran con personas jurídicas privadas con o sin ánimo de lucro. // 2) Los contratos de apoyo se celebran para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los planes de desarrollo. Los contratos de asociación se pueden celebrar con esa finalidad, pero también para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones asignadas legalmente a las entidades (...).” Concepto no. 2319 del 30 de mayo de 2017, MP Édgar González López.

¹⁰ “En tal sentido, si bien es cierto que en la práctica de las relaciones que se establecen en desarrollo de las actividades de la Administración se suele utilizar en algunas oportunidades la misma denominación, ‘convenios interadministrativos’, para calificar otro tipo de negocios que no corresponden a su naturaleza y efectos –como los acuerdos interorgánicos y como aquellos en los que se presenta un concurso de voluntades, pero que no generan obligaciones susceptibles de ser exigidas jurídicamente– en realidad, los convenios en los cuales las partes se obligan patrimonialmente constituyen contratos en toda la extensión del concepto y con todos los efectos de esa particular institución jurídica”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, expediente no. 17.860, MP Mauricio Fajardo Gómez.

¹¹ “Así, es viable distinguir entre ‘convenios interadministrativos’ de contenido patrimonial, los cuales se someterán al régimen de los contratos interadministrativos, y otros que si bien implican obligaciones y responsabilidades para los intervenientes, no tienen un interés puramente

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

a) En efecto, con fundamento en la jurisprudencia de la Sección Tercera, la doctrina extranjera y la vernácula, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación sintetizó y enlistó las diferencias entre las nociones de “*contrato interadministrativo*” y de “*convenio interadministrativo*”, como se trascibe a continuación¹²:

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

a. El objeto de los contratos lo constituyen obligaciones de contenido patrimonial y, por lo mismo, son onerosos, lo que implica el gravamen de cada parte en beneficio de la otra. En el contrato, como verdadero acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, las partes actúan con intereses disímiles y contrapuestos; la entidad estatal contratante en un interés público, la entidad estatal contratista en su propio interés específico económico o de índole privado (es claro que una entidad estatal, puede y debe obtener ganancias, o generar valor respecto de su patrimonio, productos o actividad, si así lo autoriza su objeto social, o las funciones que le haya otorgado la ley);

b. Los convenios no tienen un interés puramente económico (es decir, destinados a obtener una ganancia) y su objeto es ejecutar actividades que contribuyen directamente al fin común de los sujetos vinculados al convenio; es decir, las partes tienen intereses convergentes, coincidentes o comunes (cumplimiento de funciones administrativas o prestación de servicios a su cargo que coinciden con el interés general) y cooperan para alcanzar en forma eficaz la finalidad estatal prevista en la Constitución o la ley sin que por esto se reciba por ninguna de ellas el pago de un precio o contraprestación;

c. Los intereses de los que son titulares las partes (entidades públicas contrayentes) y las finalidades que persiguen alcanzar, en virtud del ánimo de cooperación, indican que en los convenios las partes se relacionan en un paralelismo de intereses bajo un ámbito o posición de igualdad o equivalencia, en tanto que los contratos, dados los intereses y finalidades analizadas, se desarrollan en un ámbito de preeminencia o superioridad jurídica de la entidad estatal contratante respecto de la entidad contratista y, por lo mismo, podrá haber prerrogativas a favor

económico es decir, destinados a obtener una ganancia, al girar en torno solamente a la forma de complementar y articular las funciones de cada entidad, mediante el intercambio de información, el apoyo logístico, la facilitación de infraestructuras, etc., para mejorar la eficiencia de la gestión pública, así como la utilización conjunta de medios y servicios públicos en el ámbito de los principios constitucionales de economía, celeridad y eficacia para el logro del bien común”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto no. 2257 del 26 de julio de 2016, MP Álvaro Namén Vargas.

¹² *Ibidem.*

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

d. La expresión ‘entidad ejecutora’ utilizada por la Ley 1150 de 2007, no es una simple modificación de forma ni resulta intrascendente, sino que se trata de un cambio sustancial e importante, por cuanto implica, de una parte, que la actividad del proponente (entidad estatal) en todos los casos debe ser congruente con el objeto del contrato interadministrativo a celebrar; y de otra, que cuando sea el resultado de una licitación pública o selección abreviada, debe aquél someterse a las reglas fijadas por la Administración en la respectiva modalidad por convocatoria pública, de manera que, en virtud del derecho de igualdad que rige los procedimientos de selección, no puede alegar excepciones o tratos diferentes por su condición de entidad estatal, ya que simplemente será un proponente más. Es preciso recordar que los procesos de selección están sometidos de principio a fin al derecho administrativo, en el cual es evidente la preeminencia de la posición jurídica de la Administración que tiene a su cargo el desarrollo del proceso de contratación sobre los proponentes;

e. La noción contrato interadministrativo en manera alguna está supeditada a los procedimientos de selección empleados para su celebración, específicamente el de contratación directa, pues la naturaleza jurídica de tales contratos corresponde a la calidad pública de las partes contrayentes y los elementos analizados en precedencia, es decir, un acuerdo de voluntades celebrado entre dos entidades de carácter estatal, productor de efectos jurídicos en el marco de una relación jurídica patrimonial para el cumplimiento de los fines estatales, sin que para deducir esa naturaleza sea relevante el medio previsto por el legislador para seleccionar al contratista;

f. Bajo la Ley 80 de 1993, la regla general es la libre competencia en un mercado que sería el de la contratación estatal por lo que quienes aspiren a ser colaboradores de la Administración como contratistas deben encontrarse en igualdad de condiciones; de allí que, si una entidad estatal voluntariamente participa en dicho mercado, no puede tener privilegios en razón de su calidad;

g. Si bien las obligaciones que surgen de los contratos y convenios son vinculantes, los medios con los que se cuenta para hacerlas efectivas difieren, en la medida en que en los convenios, en virtud del pleno de igualdad en que se ejecutan, no pueden existir cláusulas excepcionales al derecho común (artículo 14 parágrafo Ley 80 de 1993), ni potestades unilaterales para una de las partes, mientras que en los contratos, dado el ámbito de subordinación, no puede descartarse prima facie el ejercicio de potestades autorizadas por la ley a favor de la entidad estatal contratante;

h. Al intervenir como partes las entidades estatales, el régimen jurídico de los contratos interadministrativos es el previsto, en principio, en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (contenidas en la actualidad en las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011), de derecho público para determinadas materias (i.e. competencia, voluntad, forma y contenido, entre otros aspectos) y, de otro lado, de derecho privado (i.e. consentimiento, efectos de las obligaciones, objeto en los casos no previstos en la Ley 80, entre

otros). Con todo, deberá examinarse en cada caso concreto si alguna de las entidades estatales está sometida a un régimen de contratación especial, que la exceptúe de la aplicación del señalado estatuto y,

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

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

b) En ese orden de ideas, si el legislador no diferenció al instituir la prohibición o la restricción, mal haría el reglamento en aplicar un efecto expansivo o extensivo para incluir una categoría no cobijada con la limitación¹³, por cuanto esa ampliación de la restricción desborda el marco reglamentario y, en últimas, modifica el contenido y alcance de la ley, por cuanto cobija con la proscripción un tipo de negocio jurídico que el legislador no contempló expresa e inequívocamente¹⁴.

¹³ A modo simplemente ilustrativo, el artículo 14 de la Ley 489 de 1998, en materia de delegación entre entidades públicas, prevé: “La delegación de las funciones de los organismos y entidades administrativos del orden nacional efectuada en favor de entidades descentralizadas o entidades territoriales deberá acompañarse de la celebración de convenios en los que se fijen los derechos y obligaciones de las entidades delegante y delegataria. Así mismo, en el correspondiente convenio podrá determinarse el funcionario de la entidad delegataria que tendrá a su cargo el ejercicio de las funciones delegadas.

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

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

¹⁴ “En tratándose de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones no es dable aplicar la ley que las establece por analogía, esto es, a eventos no previstos en ella, pero si es procedente interpretar la ley correspondiente, para determinar su contenido. Dicho en otras palabras, una norma que establece prohibiciones o limitaciones puede ser interpretada para su aplicación, pero no puede ser aplicada analógicamente” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 2003, expediente 14.652, MP Ricardo Hoyos Duque.

c) Por su parte, la entidad demandada justifica la ampliación de la prohibición en el hecho de que tanto los convenios como los contratos interadministrativos se rigen por el mismo procedimiento de selección, esto es, el de contratación directa; de igual forma, aduce que no existe una distinción o diferenciación clara en la ley que permita distinguirlos.

d) La Sala se aparta de esa hermenéutica porque legal y jurisprudencialmente los contratos y convenios interadministrativos tienen contenidos y alcances disímiles, como lo ha puesto de presente la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación y esta Sección en múltiples pronunciamientos; por consiguiente, la circunstancia de estar sometidos al mismo procedimiento de selección (contratación directa) no es razón suficiente para generar o justificar su equiparación, menos aún con efectos expansivos en materia restrictiva o prohibitiva.

4) La jurisprudencia constitucional se ha referido al ejercicio debido y a los límites de la potestad reglamentaria¹⁵; sobre el particular, es particularmente relevante advertir que la Rama Ejecutiva del Poder Público debe limitarse o circunscribirse a desarrollar la ley y subordinarse a su contenido y alcance, de modo que no le está permitido introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de sus disposiciones, ampliar o restringir el sentido de la ley, así como tampoco puede suprimirla o modificarla ni reglamentar materias que estén reservadas a ella, pues, en estos supuestos excedería sus competencias e invadiría las asignadas por la Constitución Política al legislador¹⁶.

5) En esa perspectiva, con independencia del propósito loable o plausible de la disposición ya que, procura que no se usen los recursos estatales para incidir o afectar la contienda electoral, no cabe duda de que la entidad demandada incorporó en la prohibición una categoría que no quedó comprendida expresa e inequívocamente en la ley, razón suficiente para invalidar parcialmente el acto

¹⁵ Cf. Corte Constitucional, sentencias C-1005 de 2008, MP Humberto Antonio Sierra Porto y C-302 de 1999, MP Carlos Gaviria Díaz.

¹⁶ “El límite más importante para el ejercicio de la potestad reglamentaria es su subordinación a la ley, tanto desde el punto de vista jerárquico como sustancial. En consecuencia, a través de la potestad reglamentaria no es posible ampliar, restringir, modificar o contrariar la norma promulgada por el legislador (límite por competencia), así como tampoco limitar o impedir la realización de los fines perseguidos por esta. Por ende, en el ejercicio de su función reglamentaria, el Ejecutivo no puede adicionar nuevas disposiciones” Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto no. 2016-00220 (2318), MP Germán Alberto Bula Escobar.

demandado porque desconoció las normas en que debió fundarse y, por lo tanto, se configura la primera causal de nulidad de que trata el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), esto es, un vicio de contenido por infracción directa con el ordenamiento jurídico superior.

En ese entendimiento entonces, es claro que la norma demandada no solo contraviene el inciso primero del parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 sino también el principio de legalidad previsto en el artículo 6 de la Constitución Política, así como también las garantías de legalidad y de tipicidad ínsitas en el derecho constitucional fundamental del debido proceso reglado en el artículo 29 Superior.

6) De igual manera, es particularmente relevante advertir que la norma demandada es parcialmente nula en tanto que, con apoyo en el artículo 38 de la Ley 995 de 2005 introdujo una limitación que no fue instituida expresa e inequívocamente por parte del legislador; por manera que, el reglamento desconoció, además, los principios de legalidad y de tipicidad aplicables a este tipo de normas de naturaleza restrictiva o que establecen prohibiciones o limitaciones; sin embargo, esta declaración de nulidad no limita o interfiere con las restricciones a la contratación pública previstas en el artículo 33 *ibidem*¹⁷, las cuales se mantienen incólumes por ser un precepto legal vigente y que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1153 de 2005¹⁸, por lo tanto, está amparado del atributo de la cosa juzgada constitucional regulada en el artículo 243 de la Constitución Política y en los artículos 46 y 48 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia – LEAJ).

7) En otros términos, es importante precisar que la invalidez parcial del acto demandado no afecta ni altera la prohibición general de contratación directa para todos los entes del estado contenida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

¹⁷ “Artículo 33. Restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias” (negrillas adicionales).

¹⁸ MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

8) En ese contexto normativo, la nulidad parcial del numeral 16.2 de la Circular Única de 2022 expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente- se circunscribe a la restricción que se introduce a la celebración de “*contratos interadministrativos*” con fundamento en el inciso primero del párrafo del artículo 38 de la referida Ley 996 de 2005 cuyo contenido literal, se reitera, es el siguiente: “*Los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista en las que participen los candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos*” (se resalta).

3. Conclusión general

La Sala declarará la nulidad parcial del numeral 16.2 de la Circular Única de 2022 emitida por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- por cuanto con esa disposición se excedió la potestad reglamentaria, por el hecho de aplicar de manera extensiva o analógica la prohibición para celebrar convenios administrativos a los contratos interadministrativos, lo cual pone de presente que el reglamento desconoció las normas en que debía fundarse y, por lo tanto, adolece de un vicio de ilegalidad, por lo cual es procedente declarar su nulidad y proceder a su retiro del ordenamiento jurídico.

4. Condena en costas

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), modificado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, prevé que salvo que se ventile un interés público la sentencia dispondrá sobre la condena en costa; no obstante, incluso es posible condenar en costas en los procesos en que se debaten intereses públicos o generales cuando se establezca que la demanda se presentó con manifiesta

carencia de fundamento legal¹⁹; en el presente caso no se condenará en costas a ninguna de las partes, debido a que se ventila un interés público, la demanda prosperó y, no se advierte que se haya actuado con manifiesta carencia de fundamento legal.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A :

1º) Declárase la nulidad parcial del numeral 16.2 de la Circular Externa Única de 2022 expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, concretamente, de los siguientes apartes normativos: *i) el inciso tercero que dispone: “Esta restricción es aplicable tanto a los convenios como a los contratos interadministrativos, toda vez que, al no existir definición legal que diferencie el concepto de convenio del concepto de contrato, la denominación prevista por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 para tal fin se entenderán en el mismo sentido. Es así como el Decreto 1082 de 2015 trata indistintamente a los convenios y contratos interadministrativos, al establecer la contratación directa como la modalidad de selección para la contratación entre entidades públicas a través de estas dos figuras jurídicas” y, ii) la expresión y el siguiente párrafo contenidos en el inciso quinto “contratos” y “En este sentido, la prohibición que establece el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías consiste en evitar que los recursos del Estado se ejecuten para lograr apoyos indebidos mediante la suscripción de contratos y/o convenios, que, para efectos de la Ley de Garantías, tienen la misma connotación y propósito”.*

2º) Abstiéñese de condenar en costas.

¹⁹ Al respecto consultar la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, del 11 de octubre de 2021, expediente 63.217.

Expediente: 11001-03-26-000-2023-00139-00 (70.313)

Demandante: Santiago Ariza Quintero y otros

Medio de control de nulidad

3º) Ejecutoriada la presente sentencia, por Secretaría de la Sección archívese el expediente, previas las respectivas constancias secretariales.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firmado electrónicamente)
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente de la Sala
Aclara voto

(Firmado electrónicamente)
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado

(Firmado electrónicamente)
DIEGO ENRIQUE FRANCO VICTORIA
Magistrado
Aclara voto

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.