

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

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

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

Actor: Joel David Gaona Lozano

Demandado: Departamento Administrativo de la Función Pública y

Escuela Superior de Administración Pública

Medio de control: Nulidad simple

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

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

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

AUTO INTERLOCUTORIO

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

ANTECEDENTES

1. La demanda y su trámite procesal relevante

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

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

Este Despacho, en proveído del veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023)³, admitió la demanda de nulidad simple, ordenó realizar las notificaciones pertinentes y corrió traslado a las entidades demandadas y al Ministerio Público, por el término de treinta (30) días, de conformidad con el artículo 172 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). En providencia de la misma fecha⁴, corrió traslado al Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Escuela Superior de Administración Pública, por el término de cinco (5) días, para que se pronunciaran sobre la solicitud de medidas cautelares.

2. La solicitud de medida cautelar

¹ Índice 2 de SAMAI.

² Índice 4 de SAMAI.

³ Índice 12 de SAMAI.

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

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

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

(4) meses.

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

Finalmente, esgrimió que el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Escuela Superior de Administración Pública, con la expedición de la circular censurada, impiden, de forma infundada y en una “*evidente*” usurpación de las funciones del legislador, que los particulares ejerzan su derecho al trabajo a través de la ejecución de contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión.

3. Pronunciamientos frente a la medida cautelar

1. Ministerio Público⁵

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

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

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

2. Escuela Superior de Administración Pública⁶

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

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

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

Por último, aseveró que, con los lineamientos informativos contenidos en la circular pretende, básicamente, la dignificación del empleo público, dando cumplimiento a uno de los pilares del programa de gobierno del presidente de la República, sin que sea posible mediante aquella modificar o reglamentar normas de rango constitucional y legal, toda vez que ni el Departamento Administrativo de la Función Pública ni la Escuela Superior de Administración Pública tienen la facultad legal para hacerlo vía circular, por ejemplo, *“estableciendo un plazo determinado para los contratos de prestación de servicios, cuando la misma ley (que prima jerárquicamente) establece será por el “término estrictamente indispensable” pero no lo limita a un periodo fijo ni a una temporalidad concreta”*.

3. Departamento Administrativo de la Función Pública⁷

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

