Bogotá, D.C, dieciocho (18) de octubre de 2024.

Señores
CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B
E. S. D.

MEDIO DE CONTROL	RECURSO DE REPOSICIÓN
RADICACIÓN	110010326000-2023-00139-00
DEMANDANTE	SANTIAGO ARIZA QUINTERO Y OTROS
DEMANDADO	AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA - COLOMBIA COMPRA EFICIENTE
ASUNTO	RECURSO DE REPOSICIÓN

FAHID NAME GÓMEZ, mayor de edad, abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.020.713.739, y portador de la Tarjeta Profesional No. 278.371 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado judicial de la **AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA-COLOMBIA COMPRA EFICIENTE-** (en adelante ANCP-CCE), conforme poder adjunto y encontrándome dentro de la oportunidad legal respectiva, acudo ante su Despacho con el fin de interponer recurso de reposición en contra del auto proferido por su Despacho el 4 de octubre de 2024, notificado mediante correo electrónico del 15 de octubre de 2024, en el cual se decretó la medida cautelar solicitada por la parte accionante dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los siguientes:

I. HECHOS

1. La ANCP-CCE, en desarrollo de las funciones asignadas por el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, expidió el 15 de julio de 2022 la Circular Externa Única No. CCE-EICP-MA-06, con el objetivo de actualizar la circular anterior con la normativa vigente.

2. El 28 de junio de 2024 se notificó demanda de nulidad simple promovida por los señores Santiago Ariza Quintero, Joel David Gaona Lozano, Sebastián Rojas Sánchez y Juan José Gómez Ureña, en contra del numeral 16.2 de la Circular Externa Única de 2022, expedida por la ANCP-CCE.

3. El 15 de agosto de 2024 la ANCP -CCE, radicó contestación de la demanda, en la que en su acápite IV se refirió a la solicitud de medidas cautelares indicando entre otras que *"la entidad actuó dentro del marco de la potestad reglamentaria que posee y no modificó la ley, sino que precisó su aplicación para incluir tanto contratos como convenios interadministrativos, asegurando así que la Ley de Garantías Electorales cumpla con su objetivo de prevenir la influencia electoral indebida".*

4. Posteriormente, mediante auto del 04 de octubre de 2024, notificado mediante correo electrónico del 15 de octubre de 2024, su Despacho decidió decretar la suspensión parcial del numeral 16.2 de la Circular

Externa Única de 2022 expedida por la ANCP-CCE, de acuerdo con la medida cautelar solicitada por la parte accionante.

II. OPORTUNIDAD

Como se ha señalado, el auto objeto de recurso de reposición fue proferido el 04 de octubre de 2024 y notificado mediante correo electrónico del 15 de octubre de 2024, lo que implica que el término para proponer este recurso, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 318 del Código General del Proceso[1], por remisión del artículo 242 de la Ley 1437 de 2011, vence el 18 de octubre de 2024.

III. EL AUTO RECURRIDO.

En el auto impugnado se argumentó lo siguiente:

> *"(…)*
> *de la simple confrontación 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 legislado 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.*
>
> *(…)*
>
> *En ese orden de ideas, si el legislador no diferenció al establecer la prohibición o la restricción, mal haría el reglamento en aplicar un efecto expansivo o extensivo para incluir una categoría no cobijada con la limitación, motivo por el cual es pertinente diferir a la sentencia el estudio acerca de si la finalidad de la norma y su justificación, incorporada en el acto administrativo demandado, permiten mantenerla en el ordenamiento jurídico o, por el contrario, si es necesario declarar su invalidez.*
>
> *Entonces, con independencia del propósito loable o plausible de la disposición ya que, procura que no se usen los recursos estatales para incidir o afectar la contienda electoral, no cabe duda de que la entidad demandada incorporó en la prohibición una categoría que no quedó comprendida expresa e inequívocamente en la ley, razón suficiente para acceder a la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, circunstancia por la cual deberá definirse en la sentencia si el acto administrativo demandado fue expedido con falta de competencia, si excedió la potestad reglamentaria y, finalmente, si desconoció las normas en que debió fundarse".*

Por lo tanto, teniendo en cuenta dicho argumento, resolvió:

---

[1] *"(…)*
El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto. (…)".

*"**1°) Decrétase** la suspensión provisional parcial del numeral 16.2 de la Circular Externa Única de 2022 expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, concretamente, los siguientes apartes normativos: i) el inciso segundo 2 que dispone: "Esta restricción es aplicable tanto a los convenios como a los contratos interadministrativos, toda vez que, al no existir definición legal que diferencie el concepto de convenio del concepto de contrato, la denominación prevista por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 para tal fin se entenderán en el mismo sentido. Es así como el Decreto 1082 de 2015 trata indistintamente a los convenios y contratos interadministrativos, al establecer la contratación directa como la modalidad de selección para la contratación entre entidades públicas a través de estas dos figuras jurídicas" y, ii) la expresión y el siguiente párrafo contenidos en el inciso cuarto "contratos" y "En este sentido, la prohibición que establece el parágrafo del artículo 38 de la Ley de Garantías consiste en evitar que los recursos del Estado se ejecuten para lograr apoyos indebidos mediante la suscripción de contratos y/o convenios, que, para efectos de la Ley de Garantías, tienen la misma connotación y propósito".*

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Desconocimiento de precedente del Consejo de Estado

En ese sentido, es preciso señalar que la argumentación del Despacho desconoce el pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que precisó lo siguiente:

"No está de más recordar que las prohibiciones, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal; la tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; y su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris y la interpretación extensiva. Las normas legales de contenido prohibitivo hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas, modificadas, ampliadas o adicionadas por acuerdo o convenio o acto unilateral. La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, coinciden en que las normas que establecen prohibiciones deben estar de manera explícita en la Constitución o en la ley y no podrán ser excesivas ni desproporcionadas. No pueden interpretarse extensivamente sino siempre en forma restrictiva o estricta; es decir, en la aplicación de las normas prohibitivas, el intérprete solamente habrá de tener en cuenta lo que en ellas expresamente se menciona y, por tanto, no le es permitido ampliar el natural y obvio alcance de los supuestos que contemplan, pues como entrañan una limitación - así fuere justificada- a la libertad de actuar o capacidad de obrar, sobrepasar sus precisos términos comporta el desconocimiento de la voluntad del legislador".[2]

El precedente del Consejo de Estado y la Corte Constitucional enfatiza que las prohibiciones no pueden interpretarse de manera extensiva, ya que estas limitan derechos fundamentales como la capacidad de contratar y la libertad de obrar.

[2] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 24 de julio de 2013. Radicado 2166. Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas.

2. Competencia de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente

La Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente -ANCP-CCE-, 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, cuyo objetivo sería servir como ente rector de la política de compras y contratación del Estado.

Lo anterior, 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, facultando a la agencia para *"difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública"*, de conformidad con el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011:

> *"**Artículo 3. Funciones.** La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente- ejercerá las siguientes funciones:*
>
> *(…)*
>
> *5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública".*

Las consideraciones del Decreto Ley 4170 de 2011, explican que la creación de la citada agencia se justifica en función de *"generar una política clara y unificada en materia de compras y contratación pública, con lineamientos que sirvan de guía a los administradores públicos en la gestión y ejecución de recursos"*.

Por su parte, el artículo 3 *ejusdem* estableció a cargo de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente la función de:

> *"5. Absolver consultas sobre la aplicación de normas de carácter general y expedir circulares externas en materia de compras y contratación pública".*

Conforme con lo anterior se evidencia de manera clara que la ley atribuyó a la Agencia Nacional de Contratación Pública competencia para elaborar los instrumentos necesarios para la definición y difusión de las mejores prácticas en temas de compras y contratación pública, y para ello, entre otras herramientas, fue facultada para expedir las circulares necesarias para dar cumplimiento a sus funciones en calidad de ente rector en materia de contratación estatal.

Bajo ese marco normativo la agencia emitió la Circular Externa Única de 2022 con el fin de dar cumplimiento a los deberes propios de la entidad y fin de materializar las disposiciones de normas superiores.

3. Contexto normativo de las restricciones de la Ley 996 de 2005 en materia contractual.

El ordenamiento jurídico colombiano contempla previsiones claras para evitar la obtención de beneficios personales en asuntos propios de la administración

pública. Por ejemplo, el artículo 127 de la Constitución Política establece una prohibición contractual a los servidores públicos y en cuanto a aspectos políticos consagra restricciones a ciertos empleados del Estado, incluso en época no electoral[3].

En el mismo sentido, la Ley 996 de 2005, conocida como *"Ley de Garantías Electorales"*, se suma al andamiaje de orden constitucional y legal que se ha ocupado de evitar la injerencia inadecuada de intereses particulares en el ejercicio de la función pública. Esta ley tiene como propósito evitar cualquier tipo de arbitrariedad, de ventaja injustificada, de uso irregular de los recursos del Estado en las campañas o falta de garantías en la elección presidencial[4]. En esta medida, introduce limitaciones para realizar nombramientos, postulaciones, contrataciones o cualquier otro tipo de actividad que implique destinación de recursos públicos bajo el devenir propio de las entidades estatales. En armonía con lo anterior, la Corte Constitucional ha abordado la definición de la Ley de Garantías Electorales. De esta manera, explica que tiene como propósito:

> *"[…] la definición de reglas claras que permitan acceder a los canales de expresión democrática de manera efectiva e igualitaria. El objetivo de una ley de garantías es definir esas reglas.*
> *[…]*
> *Una ley de garantías electorales es una guía para el ejercicio equitativo y transparente de la democracia representativa. Un estatuto diseñado para asegurar que la contienda democrática se cumpla en condiciones igualitarias y transparentes para a los electores. Una ley de garantías busca afianzar la neutralidad de los servidores públicos que organizan y supervisan las disputas electorales, e intenta garantizar el acceso igualitario a los canales de comunicación de los candidatos. Igualmente, una ley de garantías debe permitir que, en el debate democrático, sean las ideas y las propuestas las que definan el ascenso al poder, y no el músculo económico de los que se lo disputan".*[5]

De esta manera, la Ley de Garantías Electorales establece el marco jurídico para el desarrollo de las elecciones, procurando condiciones de igualdad y transparencia para los aspirantes y paralelamente se incluyen restricciones en el actuar de los servidores públicos, evitando interferencias en la contienda electoral, así como la posible desviación de recursos públicos en aspiraciones electorales. Por ello, varias de las disposiciones de la Ley 996 de 2005, al contener normas prohibitivas, no admiten una interpretación amplia, sino que deben interpretarse restrictivamente. En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, precisó lo siguiente:

> *"No está de más recordar que las prohibiciones, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal; la tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; y su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía*

[3] El artículo 127 de la Constitución Política señala: "Los servidores públicos no podrán celebrar, por si o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.
A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución. Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria"
[4] Gaceta del Congreso de la República No. 71 de 2005.
[5] Corte Constitucional, Sentencia C- 1153 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

legis o iuris y la interpretación extensiva. Las normas legales de contenido prohibitivo hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas, modificadas, ampliadas o adicionadas por acuerdo o convenio o acto unilateral.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, coinciden en que las normas que establecen prohibiciones deben estar de manera explícita en la Constitución o en la ley y no podrán ser excesivas ni desproporcionadas. No pueden interpretarse extensivamente sino siempre en forma restrictiva o estricta; es decir, en la aplicación de las normas prohibitivas, el intérprete solamente habrá de tener en cuenta lo que en ellas expresamente se menciona y, por tanto, no le es permitido ampliar el natural y obvio alcance de los supuestos que contemplan, pues como entrañan una limitación - así fuere justificada- a la libertad de actuar o capacidad de obrar, sobrepasar sus precisos términos comporta el desconocimiento de la voluntad del legislador".[6]

De conformidad con lo anterior, la Ley de Garantías Electorales fijó una serie de regulaciones y prohibiciones dirigidas a los servidores públicos. Con la finalidad de preservar la igualdad entre los candidatos en las elecciones, aumentó las garantías en materia de contratación, de forma que no exista siquiera sospecha de que, por ese medio, en los periodos previos a la contienda electoral, se altere las condiciones de igualdad entre los candidatos. Específicamente, las restricciones consagradas en la citada ley se dirigen a dos (2) tipos de campañas electorales claramente diferenciadas: las presidenciales y las demás que se adelanten para la elección de los demás cargos de elección popular, tanto a nivel nacional como territorial.

Por un lado, el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 prohíbe *"[…] la contratación directa por parte de todos los entes del Estado"* durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones presidenciales, salvo *"[…] 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".*[7]

Por otro, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 prevé una restricción, aplicable respecto de cualquier tipo de contienda electoral, que prohíbe a los gobernadores, alcaldes municipales o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital *"[…] 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*

[6] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 24 de julio de 2013, radicado 2166, Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas.
[7] *"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".

miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista".[8] La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha aclarado la distinción en la aplicación de las prohibiciones de la Ley 996 de 2005, dependiendo del tipo de elección que se trate. Al respecto, considera que:

> *"La interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para periodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley –incluido el de Presidente de la República-; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38".*[9]

De conformidad con lo anterior, la Ley 996 de 2005 establece dos (2) tipos de restricciones en materia de contratación, las cuales coinciden parcialmente. En primer lugar, la del artículo 33 que opera solo respecto de las elecciones presidenciales, en virtud de la cual queda proscrita la contratación directa dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la celebración de los comicios, salvo las citadas excepciones. Sin embargo, si ningún candidato obtiene la mitad más uno de los votos que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos, se celebrará una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde, en la que sólo participarán los dos candidatos que hubieren obtenido las votaciones más altas, de conformidad con el artículo 190 de la Constitución Política. Para estos efectos, la restricción se extenderá hasta la fecha en la que se realice la segunda vuelta. En segundo lugar, también se encuentra la prohibición del parágrafo del artículo 38, el cual debe aplicarse respecto de cualquier tipo de contienda electoral, y que prohíbe la celebración de convenios interadministrativos que impliquen la ejecución de recursos públicos dentro de los cuatro (4) meses anteriores a la respectiva jornada de votaciones.

Ambas restricciones no son excluyentes, lo que permite concluir que en el período preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, aplican las restricciones del artículo 33 con sus excepciones, así como las del parágrafo del artículo 38. En cambio, tratándose de elecciones en general, excluyendo las correspondientes al Presidente de la República, las autoridades allí mencionadas sólo deben aplicar las restricciones contenidas en el parágrafo del artículo 38.

---

[8] *"Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido: […]*
Parágrafo. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista"

[9] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 17 de febrero de 2015. C.P. William Zambrano Cetina. Radicación No. 11001-03-06-000-2015-00164-00(2269).

4. Improcedencia de la Medida Cautelar

Manifiesta el accionante que la medida cautelar debe proceder porque *"estamos próximos a las elecciones territoriales que se realizarán el 29 de octubre de 2023, incluso, en el caso de Bogotá, podrían ir hasta el 19 de noviembre de este año. En ese orden de ideas, las restricciones establecidas en el parágrafo del Artículo 38 de la Ley 996 de 2005, actualmente, están operando. (…) permitir la restricción establecida por CCE para la celebración de los contratos interadministrativos, cercena la posibilidad de que las entidades puedan celebrar este tipo de negocios jurídicos."*

Nótese señores Magistrados, que lo señalado por los accionantes en su escrito de demanda carece de procedencia tanto formal como temporal, pues, los posibles daños que pretenden prevenir con el decreto de la medida cautelar son inexistentes y no tienen ningún fundamento legal como se explicó en párrafos precedentes y en la misma contestación de la demanda.

V. PETICIÓN

Señor Juez, de acuerdo con las anteriores consideraciones, de manera atenta solicito:

i. Se modifique la decisión proferida en el auto de fecha 04 de octubre de 2024 y, en su lugar, se acceda a las razones expuestas por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente para no decretar la suspensión provisional del numeral 16.2 de la Circular Externa Única de 2022.

VI. ANEXOS

1. Poder especial a mi conferido.

2. Resolución n.º 256 de 2024 por el cual se nombra Secretario (E) General de
Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.

3. Acta de posesión n. º 027 de 2024 por medio de la cual se tomó posesión del cargo de Secretario General de Agencia Código E6 grado 04 de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente –

4. Resolución n.º 504 del 18 de agosto de 2023 *"Por el cual se delega algunas funciones".*

VII. NOTIFICACIONES

Las que correspondan a la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, las recibiré en la Carrera 7ª No. 26-20 Piso 17 de la ciudad de Bogotá D.C. PBX. 7956600, o en la siguiente dirección electrónica:

notificacionesjudiciales@colombiacompra.gov.co. Al suscrito a los correos electrónico notificaciones@nameabogados.com

Del señor juez,



FAHID NAME GÓMEZ
CC.1.020.713.739
T.P. 278.371