

**EL SOFT LAW EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO, ANÁLISIS DE LAS GUÍAS,
MANUALES Y CIRCULARES EMITIDAS POR COLOMBIA COMPRA EFICIENTE
Y SUS IMPLICACIONES EN EL DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD
CONTRACTUAL DEL ESTADO.**



**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR OR EL TÍTULO DE MAGÍSTER EN
DERECHO ADMINISTRATIVO**

AUTORES

FELIPE MEJÍA BOCANEGRA

MARIA FERNANDA RIVERA GÜIZA

DIRECTOR

GONZALO SUÁREZ BELTRÁN

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

BOGOTA D.C.

2023

Dedicatoria

A nuestras amadas madres Ayda Güiza y Tatiana Bocanegra, por todo su amor y dedicación en cada etapa de nuestras vidas, a nuestros hermanos Camila Rivera y Mateo Mejía por el apoyo incondicional que siempre hemos recibido de su parte y a nuestras mascotas Kush y Toby quienes en las noches largas de revisión de documentos y de redacción se mantuvieron junto a nosotros brindándonos su compañía y la calidez de sus miradas, y a todos aquellos que han hecho parte de este proceso.

A nuestro director de tesis, el Doctor Gonzalo Suárez Beltrán sin el cual no hubiese sido posible culminar el presente trabajo, gracias por su dedicación, entrega y paciencia.

A mi compañero de tesis Felipe Mejía Bocanegra por el gran equipo de trabajo que hemos conformado.

Agradecimientos

A nuestro director de tesis el Doctor Gonzalo Suárez Beltrán, a quien le profesamos nuestra profunda admiración por su trayectoria en el área de la contratación estatal y el gran legado como profesor de la Pontificia Universidad Javeriana, gracias por ser nuestro maestro y guía durante en el proceso de construcción de este trabajo.

Tabla de contenido

Tabla de contenido	4
Resumen.....	6
Introducción	7
Capítulo 1: Manifestaciones del soft law en la normatividad proferida por Colombia	
Compra Eficiente en materia de contratación pública.	10
1.1. Definición derecho administrativo	10
1.2. Constitucionalización del derecho administrativo.....	12
1.3. Contextualización sobre el Soft Law: Origen, definición, tipología y necesidad de control jurisdiccional sobre el mismo.....	16
1.3.1 Origen	16
1.3.2. Definición	17
1.4. Tipología	20
1.4.1. Circulares de servicio	21
1.4.2. Directivas:.....	22
1.4.3. Guías de buenas prácticas:.....	24
1.4.4. Norma técnica:.....	25
1.5. Relación entre el Soft Law y el derecho administrativo.....	27
1.6. Necesidad del Control del Soft Law.....	28
Capítulo II: Influencia del Soft Law en la contratación pública a través de los documentos proferidos por Colombia Compra Eficiente.....	35
2.1. Régimen jurídico de Colombia Compra Eficiente	35
2.2. Documentos expedidos por Colombia compra eficiente con contenido de Soft Law.	36
2.2. 1. Circulares.....	37
2.2. 2. Guías de buenas prácticas.....	39
2.3. Análisis de los efectos jurídicos producidos en las circulares, manuales y guías emitidos por Colombia Compra Eficiente.	40
2.4. Planteamientos sobre la necesidad del control judicial de los documentos con contenido de soft law proferidos por las atribuciones conferidas a Colombia Compra Eficiente.....	43

Capítulo III: Análisis jurisprudencial de las sentencias proferidas por el Consejo de Estado sobre el control judicial de los actos con contenido de Soft Law.	46
3. Lineamientos del Consejo de Estado con relación al control judicial de los documentos con contenido de Soft Law.	46
3.1. Tesis restringida respecto del control judicial de los documentos con contenido de Soft Law.	47
3.2. Tesis del control judicial de todos los documentos con contenido de Soft Law, o también llamada ensanchamiento del ámbito del control judicial.....	48
3.3. Análisis jurisprudencial de los principales fallos del Consejo de Estado frente al Control Judicial de los documentos con contenido de Soft Law.....	49
3.3.1. Pronunciamientos del Consejo de Estado en los años 1988 – 2009 respecto al control judicial de los documentos con contenido de Soft Law bajo la influencia del C.C.A.	50
3.3.2. Pronunciamientos del Consejo de Estado en los años 2012 – 2022 respecto al control judicial de los documentos con contenido de Soft Law bajo la influencia de la Ley 1437 de 2011.	53
Capítulo IV: Análisis de los documentos proferidos por Colombia Compra Eficiente.	70
4.1. Circulares.....	70
4.2. Guías.....	74
Conclusiones	87
Referencias.....	90

Resumen

El presente trabajo de investigación propone un análisis sobre la influencia del soft law en derecho administrativo, su control judicial y las diferentes tesis acogidas por el Consejo de Estado hasta el momento. Adicionalmente la tesis realiza un análisis sobre las funciones asignadas a Colombia Compra Eficiente, como entidad rectora de la Contratación Estatal en Colombia, y la influencia que tiene en el desarrollo de la función administrativa de las entidades estatales dentro de los procesos de compras públicas.

Así mismo, se revisan los pronunciamientos del Consejo de Estado en vigencia del Código Contencioso Administrativo y posteriormente con la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y finalmente se analizan los diferentes documentos expedidos por la CCE.

Palabras clave: Soft law administrativo, Acto Administrativo, Vinculatoriedad, Control judicial, Consejo de Estado, sentencias, Tesis Restrictiva y Tesis “ensanchamiento del control judicial, Colombia Compra Eficiente, Circulares, Guías.

Introducción

El presente trabajo de grado para obtener el título de Magíster en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana se desarrolla en torno a las expresiones de Soft Law, que se encuentran en el contenido de las guías, manuales y circulares emitidas por Colombia Compra Eficiente en el marco de la contratación estatal, con el objeto de determinar qué implicaciones que puede tener la falta de unificación jurisprudencial frente al control judicial de los mismos.

De esta manera, es necesario realizar la investigación respecto a las expresiones del Soft Law que se presentan en las guías, circulares y manuales a través de los cuales se definen los pronunciamientos y directrices en materia de contratación estatal emitidos por parte de Colombia Compra Eficiente, la cual se encarga entre otras cosas, de establecer planes programas y políticas para facilitar las compras de las entidades públicas y promover su eficiencia en la optimización de la oferta y demanda del mercado.

Lo anterior, teniendo en cuenta el desarrollo y evolución que ha tenido el Estado y la gobernanza a lo largo de la historia, en el cual el derecho administrativo se ha visto en la necesidad de incorporar mecanismos y dinámicas que le permitieran regular la actividad de la administración de manera flexible y sin la rigidez que exigen los métodos tradicionales como la ley y el acto administrativo, en sentido estricto.

Es así como como el derecho blando o “soft law” y su uso por parte del aparato estatal se ha consolidado como una herramienta por medio de la cual la administración intenta cumplir con sus finalidades y obligaciones de manera práctica, toda vez que ofrece a la administración

mecanismos expeditos de actuar, de manera más eficiente para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. En palabras del Profesor Jurado (2018), con el propósito de concretar los lineamientos que involucra el concepto de la nueva gobernanza y el cambio de paradigma del modelo de administración estatal, las autoridades recurren al derecho blando o herramientas del soft law administrativo, ya que dada su informalidad, diversidad y versatilidad no exige formalidades para su expedición y por lo tanto permite responder de manera ágil, consensuada y técnica a las problemáticas coyunturales de la sociedad.

En este sentido, la metodología que se implementara en el presente trabajo de grado es de orden cualitativo, toda vez que pretende realizar el análisis del contexto en el cual se ha desarrollado el soft law en materia de contratación estatal en Colombia a partir del análisis de artículos académicos, doctrinales y jurisprudencia relevantes en el tema.

En un primer momento, en el primer capítulo se establecerá la contextualización del Soft Law y la forma en que se manifiesta en el derecho administrativo, en el cual se desarrollarán diferentes posiciones doctrinarias que permitan realizar una definición del derecho administrativo y la conceptualización del soft law y sus formas más comunes de expresión, seguido de establecer su relación, y la necesidad que existe de establecer un control judicial respecto de los documentos con contenido de derecho blando.

Posteriormente, en el segundo capítulo se realizará un análisis del régimen jurídico, facultades y competencias que la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, para continuar con la influencia del Soft Law en la contratación estatal a través de los documentos proferidos por este ente rector. Lo anterior, tiene como finalidad establecer la utilidad que tienen las circulares, guías, y manuales proferidos por la CCE en los procesos de

contratación que adelantan las entidades estatales, así como la necesidad de realizar un control judicial respecto de estos actos.

El tercer capítulo, pretende establecer las posturas adoptadas por el Consejo de Estado en consideración con el control judicial de los documentos con contenido de Soft Law, dentro de las cuales se menciona la teoría restringida del control judicial de estos instrumentos y por otra parte la tesis denominada como el ensanchamiento del control judicial de los documentos con contenido de Soft Law.

Luego se desarrolla el análisis jurisprudencial de las sentencias emitidas por el Consejo de Estado, para lo cual se adoptó el criterio diferenciador de los pronunciamientos expedidos bajo la influencia del Código Contencioso Administrativo y posteriormente con la expedición de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los cuales se encuentran decantados por la jurisprudencia.

Finalmente, en el cuarto capítulo se revisan el contenido de los documentos con contenido de Soft Law proferidos por Colombia compra eficiente, para lo cual se seleccionaron tres circulares y tres guías, en consideración al tema y el contenido de estas, para evidenciar los alcances y la necesidad de lineamientos que deben existir para emitir este tipo de documentos.

De esta forma, la presente investigación tiene la finalidad de establecer la necesidad del control judicial de los documentos con contenido de derecho blando y específicamente de aquellos emitidos por Colombia Compra Eficiente y de igual manera de sentar una postura unificada al interior del Consejo de Estado para que de esta manera se pueda continuar con un desarrollo óptimo de dicha herramienta y de su utilización por las entidades estatales.

Capítulo 1: Manifestaciones del soft law en la normatividad proferida por Colombia Compra Eficiente en materia de contratación pública.

Para el adecuado desarrollo de esta investigación, es imprescindible establecer una definición clara y precisa sobre qué se entiende como derecho administrativo. Sin embargo, debido a la evolución y desarrollo constante del concepto, no existe una definición completa en el ámbito de aplicación y el espíritu específico del derecho administrativo. En virtud de lo anterior, en este capítulo, se plantearán distintas definiciones y aproximaciones de diferentes autores, con el objetivo de analizar sus enfoques y puntos de vista y a partir de estas, se propondrá una definición propia que integre los elementos que se consideren más relevantes y representativos.

Posteriormente, se realizará un breve recuento sobre la evolución que ha tenido el mismo en el tiempo y como se ha visto permeado por preceptos y principios constitucionales propios de un Estado Social y Democrático de Derecho para finalmente definir qué es el Soft Law, cuáles son las formas más comunes en las que se manifiesta y porque se considera necesario bajo el paradigma del derecho administrativo actual que exista un control sobre cada una de sus expresiones.

1.1. Definición derecho administrativo

Para empezar a conceptualizar el derecho administrativo se recurrirá en primer momento a la definición planteada por el Dr. Guido Zanobini sobre la relevancia que se otorga a la actividad de la administración y sus relaciones jurídicas frente a los demás sujetos, tal como lo resalta el profesor Ramón Parada, de la siguiente manera: “el Derecho administrativo es aquella parte del Derecho público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de la actividad

de las administraciones públicas y las consiguientes relaciones jurídicas entre aquéllas y otros sujetos”. (Parada, 2012, p.11)

Por su parte, Ruiz nos brinda una definición del derecho administrativo enfocada a la actividad de la administración pública, y la manera en la cual se relaciona tanto internamente como en sus interacciones frente a los particulares, indicando que “El derecho administrativo es el conjunto de normas y principios del derecho público que rigen la estructura, organización y funcionamiento de las diversas áreas de la administración pública, de las relaciones de éstas entre sí, así como de sus relaciones con las demás instituciones del Estado y con los particulares.” (Ruiz, 2017, p. 39).

Con base en las definiciones y aproximaciones citadas anteriormente, proponemos una definición propia del derecho administrativo que abarca cada uno de los elementos resaltados en las definiciones señaladas anteriormente. De esta manera, podemos afirmar que el derecho administrativo se ha configurado como una rama del derecho público instituida para la regulación de la administración pública¹ y su accionar de manera en la cual se organiza y se relaciona internamente entre ella y de las relaciones que ésta sostiene frente a los particulares en ejercicio de dicha actividad.

Por su parte, la regulación del derecho administrativo abarca tanto la forma en la cual se organiza relaciona y coordina de manera interna, como de las relaciones que establece con los

¹ **Jaime Orlando Santofimio-Tomo I- Introducción-3ra edición Universidad Externado de Colombia, p. 46-47.** “Es así como se ha forjado un inmenso campo de criterios jurídicos referidos a la administración pública como objeto del derecho administrativo, algunas veces caracterizados por su inmensa variabilidad, que ha dejado una pequeña historia de frustraciones” doctrinales-administrativistas. MUÑOZ MACHADO atribuye esta proliferación a la incansable búsqueda de un elemento primario y esencial, de un criterio único que sea capaz de explicar la sustancia de la disciplina. Procurando un orden sistemático de las principales concepciones de la administración pública y del derecho administrativo, encontramos las siguientes: Criterio orgánico-funcional, orgánico-institucional y orgánico-personalista; criterio funcional, sustancial, objetivo o material; criterio Finalístico o teleológico, que comprende el subjetivo Finalístico y el funcional Finalístico, el cual a su vez incorpora el del servicio público, el de los fines estatales y el de la procura existencial; El criterio de las prerrogativas públicas, poder público o pousse publicque; los criterios normativos; y el criterio electrico, sincrético o de la relación necesaria entre órganos y funciones y fines.”

particulares en ejercicio de la actividad administrativa. En esencia, el derecho administrativo tiene como objetivo establecer las normas y principios que rigen el funcionamiento y comportamiento de la administración pública, asegurando que sus acciones se desarrollen dentro del marco legal y con la debida protección de los derechos e intereses de los ciudadanos.

En este sentido, es importante tener en cuenta que, con el surgimiento, desarrollo y auge del Estado Social de Derecho en el mundo, se generó una relación entre el Derecho Constitucional y todas las ramas del derecho, en consecuencia, la adaptación de cada una de ellas al modelo constitucional imperante en el ordenamiento jurídico. En cuanto al fenómeno de la constitucionalización del derecho administrativo, el profesor Araujo-Juárez, plantea que se debe analizar cómo la reconciliación entre ambas ramas y la supremacía de la constitución y sus principios y las demás normas del ordenamiento jurídico, en sus términos señala:

Ahora, volviendo al hilo conductor de la exposición, Rodríguez Arana sostiene que la denominación Derecho administrativo constitucional explicaría, el sistema de relaciones y agregamos funciones y desviaciones que residiría en la necesaria reconciliación y complementariedad entre ambas ramas del Derecho público, y en la reconsideración de norma normarum que tiene la Constitución, que proyecta sobre el conjunto del sistema del Derecho administrativo todos sus principios y criterios, Desde esta perspectiva se evita tanto la constitucionalización del Derecho administrativo como la administrativización del Derecho constitucional, por la sencilla razón de que desde el pensamiento unilateral no se resuelven los problemas. (Araujo-Juárez, 2020, p. 89)

1.2. Constitucionalización del derecho administrativo.

En este momento de la investigación y en consecuencia de lo planteado anteriormente, se realizará un breve recuento sobre la manera en la cual se ha permeado el Derecho

Administrativo de principios constitucionales propios e inherentes del modelo de un Estado Social y democrático de Derecho en el mundo. Anteriormente, se le atribuía al Estado un enfoque al que el profesor Libardo Rodríguez denominaba como un “Derecho de la administración”². De acuerdo con Becerra (2012, pp. 11-26), el Estado ejercía una posición jerárquica y autoritaria frente a los ciudadanos, los cuales eran considerados meramente como “administrados” o “súbditos” del poder ejecutivo, el cual a su vez ejercía poderes exorbitantes y extraordinarios demostrando una desbordada e ilimitada imposición de la legalidad.

Por su parte, Arbeláez argumenta que en este proceso se puede evidenciar la influencia del humanismo y del reconocimiento de los derechos humanos en el derecho administrativo causando una constante evolución y transformación. Como resultado de este proceso de desarrollo, el autor plantea que “la proyección del humanismo en el derecho administrativo” causa su transformación dejando como resultado un derecho administrativo que tiene como objeto fundamental “enjaular al León que representa las autoridades administrativas en las jaulas doradas de las instituciones jurídicas.” (Arbeláez, 1985, p. 9)

Con la expedición de la Constitución Política de Colombia en 1991, se introduce un nuevo enfoque que abandona la manera en la cual concepción del derecho y de sus instituciones, que se encontraba instaurada en la Constitución Política de 1886³. Como lo resalta López Medina, la constitución de 1886 limitaba los derechos fundamentales a ser considerados pertenecientes a una posición secundaria, debido a su poca o nula exigibilidad judicial directamente condicionada a la existencia de una Ley que estableciera cuál sería su alcance e intensidad⁴.

² Libardo Rodríguez. Derecho Administrativo General y Colombiano. Bogotá, Editorial Temis S.A., 2000, p. 18.

³ Suarez- Manrique, Wilson Yesid, La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, Universitas, p. 12: *El proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico inició con la Constitución de 1991. Con la expedición de este texto jurídico se dio un viro respecto a la forma de ver el derecho que se traía desde la Constitución de 1886; podría calificarse de una revuelta en contra del formalismo.*

⁴ Diego López-MEDINA, Interpretación Constitucional, Universidad Nacional de Colombia Bogotá P.15-20: “En la Constitución de 1886 los derechos fundamentales apenas ocupaban una posición secundaria ya que no eran directamente exigibles ante los jueces. Siguiendo el constitucionalismo francés del siglo XIX, la Ley definía el alcance e intensidad de los derechos sin que fuera posible reclamarlos mediante invocación explícita y directa de los textos constitucionales.”

Con la expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991, el país se apega a una nueva comprensión de los derechos humanos fundamentales, la cual se encuentra enfocada al respeto, aplicación y protección de los mismos por todas las ramas y autoridades del poder público. En un primer momento, el texto constitucional indica lo que se conoce hoy en día como la primacía de la constitución y el carácter normativo de la misma⁵, la cual se define por Becerra (2012, pp. 11-26) como un pensamiento que “obliga a concebir la entera construcción del derecho a partir de la constitución, pues sus preceptos obligan de manera irresistible a acatar sus valores, principios y reglas a la totalidad de la legislación.”.

En línea con lo anterior, se da la creación del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con la finalidad de hacer efectivos los postulados de la Constitución Política de 1991 en la aplicación del derecho administrativo dejando de lado los resagos de la visión constitucional de 1886, lo que puede resumirse como, la constitucionalización del derecho administrativo en colombiano y actualización del mismo frente a los nuevos principio y orientaciones que reclamaba un verdadero Estado Social y Democrático de Derecho.⁶

Conviene entonces referirnos a las palabras del profesor Martínez Jurado, el cual establece que con la vigencia de la Ley 1437 del 2011 se establece un verdadero “contexto de actualización del derecho administrativo, como anunciamos, comporta la revisión de varias posturas interpretativas adoptadas bajo la anterior normativa (Decreto 01 de 1984) y la renovación de varias instituciones procesales. Ineludiblemente, en el derecho administrativo colombiano sobrevino un cambio de paradigma avalado después de 28 años por el legislador colombiano” (Jurado, 2018, p. 25)

⁵ Santofimio Gamboa, Compendio de Derecho Administrativo 2017 pg. 115. “Sin embargo, el concepto de Constitución no se agota en la norma jurídica, pues la evolución constitucional nos ofrece otro elemento característico: el de la Constitución como “norma suprema”. En ese sentido se la considera el punto inicial básico o supremo de la totalidad del sistema jurídico, la ley máxima o suprema. De rango superior al de cualquier otra norma del sistema, cabeza indiscutible del sistema jurídico y de cuantos subsistemas se logren articular en su interior.”

⁶ Exposición de motivos del proyecto de Ley 198 de 2009 al Senado

De esta manera, el CPACA, trajo incorporaciones normativas para acercar el derecho administrativo a los preceptos constitucionales de la carta de 1991, implementando (i) aportes legislativos de la parte primera del código entre los cuales se destacan el mandato fundamental de efectiva protección de los derechos de todas las personas, a partir de los principios, valores y reglas constitucionales expansión del derecho de petición a la totalidad de las relaciones autoridad-ciudadano y extensión de este derecho, incluso, a algunas de las relaciones entre particulares y (ii) Los aportes legislativos de la segunda parte del Código, entre los cuales se destacan resalta, la conceptualización de la acción única con múltiple pretensiones, las nuevas atribuciones del juez como el director del proceso y la extensión de los efectos de la sentencia de unificación jurisprudencial a terceras personas, entre otras. (Becerra, 2012, pp. 11-26)

De conformidad con lo planteado, el código contencioso crea un acercamiento más profundo entre el derecho administrativo y la Constitución Política de 1991, sus principios y valores, como lo es el Estado Social y Democrático de Derecho, que genera un cambio respecto con el código que podría considerarse ajeno al nuevo paradigma constitucional y en muchos casos contradecirlo. Para dilucidar lo anterior, (Becerra, 2012, p. 21) señala que:

En el nuevo código se modifican el lenguaje y los conceptos bajo la influencia de la cultura jurídica inducida por la Carta Política de 1991 (Estado social de derecho, primacía del interés general, principio democrático y de libertad, democracia participativa, pluralismo, igualdad, dignidad, buena fe, descentralización con autonomía de las entidades territoriales). Nociones antes relevantes para el Derecho Administrativo van pasando a un segundo plano, convirtiéndose algunas de ellas, incluso, en expresiones de lenguaje políticamente incorrecto. Por ejemplo, la intangibilidad de los actos políticos, la discrecionalidad entendida como actividad administrativa “no reglada”, los que aportaron en otra época numerosos “privilegios y prerrogativas de la

administración”, la expresión “vía gubernativa”, la denominación del ciudadano como “administrado”, el concepto de “justicia rogada”.

1.3. Contextualización sobre el Soft Law: Origen, definición, tipología y necesidad de control jurisdiccional sobre el mismo.

1.3.1 Origen

Es importante comprender el nacimiento de la figura del Soft Law y su evolución a lo largo del tiempo para poder estructurar un concepto idóneo del mismo, el cual sirva como fundamento para esta investigación para identificar su origen y como se instauró en el Derecho su utilización.

Aun cuando el concepto de Soft Law ha tenido una mayor vinculación y/o acogimiento principalmente en el derecho internacional, no fue en este ámbito donde se originó ni donde se dieron sus primeras aplicaciones.⁷ Por lo cual, para identificar sus inicios es necesario remontarnos al derecho romano, el cual surge a raíz de la distinción normativa efectuada en la época, la cual se basaba en la eficacia de sus disposiciones en la sociedad. Dicha distinción se establece en virtud de la vinculatoriedad de la norma, lo cual sentó las bases para el desarrollo posterior del Soft Law como una herramienta jurídica de gran relevancia en ámbito normativo. (Romero, 2019, p. 44)

En Colombia, el Soft Law tuvo sus primeras aproximaciones desde una perspectiva internacional por medio de la introducción de principios y directrices sin contenido vinculante a través de tratados y compromisos internacionales, relevantes en el ámbito internacional⁸. De

⁷ Mónica M. Borretto, Soft Law. Nuevos enfoques para el Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional de la Propiedad Intelectual, Buenos Aires: “La expresión soft law, también denominada derecho blando, derecho flexible o pre-derecho, es bastante imprecisa, así como el rol que desempeña en el sistema de producción de normas. Cabe aclarar que en su origen no estaba asociada exclusivamente al ámbito internacional, pero ha sido en esta esfera donde alcanzó un mayor fundamento dogmático. No obstante, su configuración actual derivada del derecho internacional y, en particular, de las organizaciones internacionales, ya era conocida en el derecho romano bajo el nombre de *lex imperfecta*.”

⁸ Martínez Jurado, El Soft Law en el Derecho Administrativo y su Control Judicial en Colombia, Revista Digital de Derecho Administrativo, 2018: “*En sus orígenes, el derecho blando en Colombia, como en la mayoría de países, ha sido abordado desde la óptica del derecho internacional, entendido como una serie de principios y directrices proferidos por organismos multilaterales e incorporados por medio de tratados y compromisos internacionales, que no son vinculantes u obligatorios para el Estado. Sin embargo, sus lineamientos deben ser tenidos*

esta manera, ha sido abordado desde la óptica del derecho internacional considerándose como una serie de principios y directrices que no poseen un carácter vinculante u obligatorio para el Estado. No obstante, su interpretación y aplicación ha sido esencial en las relaciones internacionales y actividad interna del estado colombiano, especialmente en temas relacionados con el medio ambiente, desarrollo sostenible y comercio internacional, dotando las decisiones estatales de legitimidad, democracia y alcance universal.

El profesor Martínez Jurado sostiene que, las primeras apariciones de mecanismos de Soft Law en el derecho interno colombiano surgieron a partir de la expedición por parte de la administración de las denominadas circulares de servicio y los denominados “documentos CONPES”. Lo anterior se presenta por la necesidad del estado Colombiano de adoptar nuevos instrumentos jurídicos con el fin de adaptarse a los nuevos retos generados por (i) El papel de garante de la administración frente a la efectividad de derechos del administrador producto del Estado Social de Derecho (ii) La poca adaptación de la rama legislativa frente al contexto actual que sufre una evolución a constantemente (iii) La crisis de la rama judicial frente al exceso legislativo y el carácter técnico de los debates contemporáneos (iv) El papel que juega la administración como primer actor frente a las problemáticas de la sociedad y en particular frente a la indeterminación de la Ley. (Jurado, 2018, p. 25)

1.3.2. Definición

Para establecer una definición que describa de manera suficiente que es el Soft Law, consideramos prudente como se realizó anteriormente, traer a colación diferentes conceptos que se consideran relevantes al interior de la doctrina nacional e internacional. De modo que, se busca ampliar la investigación y nutrir el concepto de los diferentes puntos de vista que han

en cuenta en las relaciones internacionales y en la actividad interna del Estado colombiano, a efectos de que las decisiones adquieran legitimidad democrática y universal (medio ambiente, desarrollo sostenible y comercio internacional, entre otras materias).”

abordado la materia y partir de ese punto para establecer un concepto y características propias sobre el mismo.

Al respecto, Boretto (2012, p. 6) realizando un análisis internacional del soft law y su aplicación, establece que, este se caracteriza en general por su falta de vinculatoriedad y obligatoriedad y su gran relevancia jurídica en el derecho internacional, siendo su espacio natural de producción el derecho internacional, aun cuando se actualmente esté extendiendo su aplicación al derecho nacional de cada país, debido a su influencia y consecuencia de las propias desarrollo legislativo de cada estado.

De la aproximación planteada, se entiende que el Soft Law establece una serie de presupuestos taxativos abiertos e indeterminados que orientan la función administrativa en determinadas materias, pero que carecen de plenos efectos jurídicos, por lo cual puede ser considerada como “una fuente atípica del derecho administrativo”.

Por último, para referenciar el concepto en un ámbito de aplicación nacional, se trae a colación, al profesor Romero (2019, p. 44) citando al profesor Daniel Sarmiento, quien considera que las herramientas de Soft-Law constituyen normas jurídicas que se caracterizan por su falta de efectos obligatorios y/o vinculantes y su carente control judicial, señalando lo siguiente:

Constituyen normas jurídicas, dirigidas a una pluralidad de destinatarios, que no tienen efectos obligatorios ni poseen, como regla general, procedimientos tasados de elaboración; al carecer de efectos obligatorios, no son parámetros de enjuiciamiento, ni de disposiciones generales, ni de actos administrativos; no son susceptibles de impugnación ante los tribunales del orden contencioso administrativo, y tienen su principal potencia en el terreno de la interpretación, dando sentido a las disposiciones

del ordenamiento (hard law) y coadyuvando a este en el proceso de enjuiciamiento de los actos administrativos. (Romero, 2019, p. 44)

Adicionalmente, resalta como características del Soft-Law que “no es un derecho vinculante; responde a normas y principios, pero no a reglas, y no es aplicable a través de una resolución vinculante de controversias” mientras que Jurado por su parte, establece que un acto de soft law es un mandato de optimización que puede asumir la estructura de regla o principio emitida con vocación de persuadir y no constreñir al receptor o sujeto frente al cual se erige. (Romero, 2019, p. 44)

Ahora bien, es importante tener en cuenta distintos puntos de la doctrina nacional que distingue y diferencia el Soft Law entendido como un concepto general del soft Law administrativo. En este sentido, Romero (2019, p. 44) lo define como “un conjunto de instrumentos jurídicos que procuran que la administración alcance y materialice eficientemente los fines y valores estatales, sus objetivos políticos y las obligaciones internacionales”.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia, mediante sentencia T-235 del 2011, Establece que contribuye y establece criterios y parámetros que deben ser observados para la adopción de medidas razonables y adecuadas para la protección de intereses y derecho contribuyendo en el análisis de la Ley, cuando menos a nivel judicial, como se observa:

En concepto de esta Sala, independientemente de su valor (o no) como fuentes de derecho, tales instrumentos constituyen criterios y parámetros técnicos imprescindibles para la adopción de medidas razonables y adecuadas para la protección de los diversos intereses en juego, de manera que contribuyen al cumplimiento de la obligación central del juez en el estado de derecho, en el sentido de fallar con base en motivos razonables dentro del orden jurídico, y no mediante su capricho o arbitrariedad. (Corte Constitucional de Colombia, 2011)

A manera de conclusión, en la presente investigación se tomará la definición de Soft Law, planteada por el profesor Romero (2019, p. 44) el cual establece que es “ El conjunto instrumentos y/o actuaciones jurídicas emanadas de una autoridad o organismo competente, que no poseen fuerza vinculante y no se encuentran atados a un procedimiento de expedición reglamentado legalmente que procuran que la administración alcance y materialice eficientemente los fines y valores estatales, sus objetivos políticos y obligaciones internacionales brindando parámetros orientados a la interpretación y/o aplicación de la Ley”

Por último, es importante establecer que, además de las tipologías y especies de soft law que se desarrollarán más adelante en la presente investigación, las normas de derecho blando tienen dos manifestaciones o tipologías iniciales dependiendo de los efectos jurídicos que genere y a quien van dirigidos. En palabras del Profesor Romero (2019, p. 44), el soft law “puede entenderse desde dos puntos de vista, respecto a los efectos jurídicos dentro de la administración y en relación con el administrado. El primero suele denominarse soft law interadministrativo, y genera efectos ad intra, y al segundo se le llama soft law extra-administrativo, y que genera efectos en el administrado.”

1.4. Tipología

Una vez planteado el concepto que se utilizará en la presente investigación sobre el Soft Law, su origen y características, es conveniente, a manera enunciativa e ilustrativa analizar las distintas manifestaciones y tipos que se han dado en la práctica del derecho Administrativo Colombiano. Así mismo, en el presente capítulo nos enfocaremos en las publicaciones realizadas por el Profesor Darío Martínez Jurado y Federico Bustos, ya que consideramos que abordan el concepto con la suficiente amplitud y exactitud requerida y de la misma manera enfatizan y discriminan el soft law de conformidad con las manifestaciones que se han presentado en el Colombia.

De conformidad con lo anterior, se dividirá el presente capítulo de acuerdo con la misma distribución hecha por el profesor Romero (2019, p. 44) el cual establece que, las formas más comunes de derecho blando que se puede encontrar en Colombia, son seis, (i) circulares de servicio, (ii) directivas, (iii) documentos condes, (iv) circulares externas, (v) guías de buenas prácticas y (vi) normas técnicas, al decir que “las formas más comunes de normas de derecho blando que se esgrimen en el derecho administrativo colombiano son: circulares de servicio; directivas; documentos CONPES; circulares externas, y guías de buenas prácticas.”.

De esta manera, en presente capítulo se plantea, a modo ilustrativo cada una de las manifestaciones de soft law identificadas anteriormente, y se brindará una breve definición y descripción de cada una de ellas para contextualizar sobre las maneras a través de las cuales se da aplicación del concepto en la práctica administrativa y/o legal en la actualidad.

1.4.1. Circulares de servicio

La circular de servicio surge en el ámbito jurídico con la finalidad de instruir, orientar o coordinar a los diferentes niveles de la administración en la manera en la cual deben desarrollar sus funciones y/o competencias. Según lo establecido por el profesor Romero (2019, p. 44) las circulares de servicio deben cumplir con los siguientes requisitos: (i) ser emanadas de una autoridad o un particular en ejercicio de funciones administrativas (ii) Deben contar con un contenido decisorio o producir efectos jurídicos vinculantes.⁹

Contrario al concepto de circular administrativa presentado por el profesor Bustos Romero, consideramos que no toda circular administrativa debe observar un contenido decisorio o producir efectos jurídicos vinculantes. Esto se debe a que no todas las circulares administrativas

⁹ Michel Federico Bustos; El soft Law Como fuente del derecho administrativo; 2019; Revista Prolonguemos Vol. 22. Pg. 9: Las circulares de servicio tienen la función de instruir, orientar o coordinar a la administración en el ejercicio de sus funciones y competencias, y deben, en primer lugar, provenir de una autoridad o particular que cumpla funciones El soft law como fuente del derecho administrativo colombiano 43 Revista Prolegómenos ■ Vol. 22(44) administrativas y, en segundo lugar, en ellas es necesario que se observe un contenido decisorio o que produzca efectos jurídicos vinculantes

pueden ser consideradas acto administrativo lo que implica que tampoco todas ellas puedan ser consideradas como instrumentos de Soft Law. Es importante destacar que, una característica esencial del soft law es su falta de vinculatoriedad, y, por lo tanto, esto determinará en últimas su clasificación en el sistema normativo como una fuente del derecho.

Basados en lo anterior, se advierte la necesidad de reformular el concepto de circulares de servicio desligando el mismo de la obligatoriedad de producir efectos jurídicos y/o contener postulados decisorios.

Por ende, presentamos definición que se considera más afín a los planteamientos doctrinales y jurisprudenciales planteados, según la cual, una circular administrativa es un instrumento emanado por una autoridad administrativa o un particular en ejercicio de función administrativa, con el objetivo de proporcionar orientación, instrucciones o a coordinar a los administrados y/o a la propia administración en la interpretación, desarrollo o cumplimiento de sus funciones y competencias administrativas que en ciertas ocasiones acarrear efectos jurídicos vinculantes.

De conformidad con lo anterior, y basándonos en las dos formas de circulares de servicio planteadas por el profesor Romero (2019, p. 44), se concluye que las circulares de servicio pueden ser (i) Circular de servicio: Encaminada a los inferiores jerárquicos de la autoridad quien lo expide para establecer u orientar las maneras en las cuales deben cumplir sus funciones o desarrollar sus competencias y (ii) Circular informativa: Encaminada a orientar cierto grupo de personas públicas o privadas interesadas sobre un determinado asunto de objeto de información.

1.4.2. Directivas:

Dentro de las manifestaciones de derecho blando encontramos las directivas como un instrumento mediante el cual la administración establece pautas acerca del entendimiento y

alcance de la legislación. Estos documentos establecen parámetros o formas de interpretación legislativa para el desarrollo de la actividad y/o función administrativa tendiente a conseguir los fines estatales. El profesor Romero (2019, p. 44), define las circulares como:

Manifestaciones blandas que constituyen pautas acerca del entendimiento y alcances de la legislación; en cuanto conforman meras normas de conducta en el ejercicio de la gestión pública o propósitos de programas de gobierno, no trascienden a la esfera de los actos internos que van dirigidos exclusivamente a los órganos de la administración con vocación instructiva.

El Consejo de Estado, en sentencia del 24 de noviembre de 2022, se refirió al ejercicio de la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente de la República por medio de las directivas presidenciales, de la siguiente manera:

Se trata de una regulación secundaria y limitada que aporta los detalles y pormenores de la ejecución de la ley y que convierte de esta suerte al ejecutivo en guardián de los mandatos del legislador. Competencia que supone la expedición de actos administrativos (bien bajo la modalidad de decretos, ya como resoluciones, ora como órdenes o la denominación que quiera dársele). (Consejo de Estado, 2022)

Ahora bien, en concordancia con los argumentos jurisprudenciales traídos a colación, se tiene que, la directiva puede tener carácter dispositivo frente a las entidades a las cuales se dirige lo cual causa una mutación en su origen, haciendo que la misma deje de ser un instrumento de soft law, para convertirse en un acto administrativo propiamente, como el caso del acto administrativo analizado en sentencia del 24 de noviembre de 2022, citada anteriormente.

Por lo anterior, se tiene que el carácter esencial de la directiva no es la coercibilidad del acto sino el aporte que brinda la misma en cuanto a la manera en la cual se debe ejecutar la Ley de

conformidad con los parámetros y principios establecidos por la autoridad quien la expide. El carácter coercitivo, como se analizó anteriormente ayuda a identificar, si se está al frente de un acto administrativo y por ende es de obligatorio cumplimiento para la administración o si, por otro lado, simplemente de una manifestación de soft law y por ende carece de fuerza vinculante.

1.4.3. Guías de buenas prácticas:

Frente a las guías de buenas prácticas es preciso manifestar que las mismas tienden a manifestar estándares de comportamiento esperado al interior y/o exterior de la administración. Frente a este tipo de manifestaciones del Soft Law, el profesor Jurado (2018), establece que las mismas constituyen lineamientos fijados por el estado para que sean adoptados de manera voluntaria por diferentes sectores de la población, incluida la propia administración, de la siguiente manera:

Las guías de buenas prácticas constituyen lineamientos (jurídicos o técnicos) que el Estado se propone unificar para que sean adoptados de manera voluntaria por determinados sectores de la economía o de servicios y la propia administración, con la finalidad de que determinados sectores se amolden a estándares unificados de eficiencia, transparencia y garantía de derechos de usuarios y comunidad en general. A título de ejemplo, podemos mencionar la circular externa 028 de 2007 expedida por la Superintendencia Financiera, por medio de la cual el Estado, preocupado por los gobiernos corporativos, adoptó el siguiente documento que denominó "Código de mejores prácticas corporativas. (p.25)

Por su parte, el profesor (Romero, 2019) nos brinda un concepto en la misma línea argumentativa y característica de las guías de buena práctica, estableciendo que las mismas son:

Las guías de buenas prácticas son orientaciones que surgen de la administración y se dirigen a los destinatarios de sus actuaciones; en estas se establecen estándares de comportamiento de carácter voluntario. Las buenas prácticas son el conjunto de procedimientos en el ámbito comercial o profesional, que se consideran correctos o más efectivos en el desarrollo de una actividad industrial, comercial o administrativa. En la actualidad es frecuente la expedición de Guías de buenas prácticas en el sector agrícola, industrial o ambiental. (p. 44)

Aun cuando la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia han entendido que, las guías de buena práctica no puede tenerse como un mecanismo de coerción a los administrados o frente a la misma administración dado su carácter especial de no vinculatoriedad, las guías de buenas prácticas pueden y en muchos casos sugestionan las actuaciones de las personas receptoras de dichos instrumentos toda vez que las mismas “No abandonan su matriz jurídico regulador de conductas emanando del Estado en procura de intereses superiores.” (Jurado, 2018, p. 25)

1.4.4. Norma técnica:

De acuerdo con la Organización Internacional para la normalización, una norma técnica es una: “Especificación técnica u otro documento, accesible al público, establecido con la cooperación y el consenso o la aprobación general de todas las partes interesadas, basado en los resultados conjuntos de la ciencia, la tecnología y la experiencia, que tiene por objetivo el beneficio óptimo de la comunidad y que ha sido aprobada por un organismo cualificado a nivel nacional, regional o internacional”. Como característica determinante de las normas técnicas el profesor (Jurado, 2018, p. 25), resalta la falta de vinculatoriedad general de dichas disposiciones, dicho de otra manera, su legitimidad, depende de la aceptación de la comunidad a la cual se dirige, señalando que:

Las normas técnicas se sustentan en el consenso científico y tecnológico, corroborado por la experiencia y resultados satisfactorios en las áreas a las cuales se dirige (economía, medio ambiente, tecnologías, etc.), es decir, su legitimidad descansa en la ausencia de imposición, lo cual implica que la comunidad científica o técnica haya generado algún grado de aceptación relevante a sus directrices. Por ende, la fuerza de atracción de estas normas dependerá en gran parte del reconocimiento de este atributo.

Por otra parte, sobre las características generales de las normas técnicas, como manifestación del Soft Law, el profesor Santaella Quintero, destaca entre otras (i) el fundamento técnico en el cual se basan, (ii) Su procedimiento de expedición de manera consensuada y participativa (iii) Su valor jurídico y su falta de carácter vinculante y (iv) Su accesibilidad frente al público, como se puede evidenciar a continuación:

i) en cuanto a su fundamento, la norma técnica trata de especificaciones técnicas, cuya base se encuentra en los conocimientos científicos, técnicos y en la experiencia acumulada sobre una determinada actividad; ii) en cuanto a su procedimiento de expedición, son producto de un procedimiento consensuado y participativo surtido dentro de un organismo de normalización, jurídicamente habilitado para ello, en el que toman parte los interesados en su formulación; iii) en cuanto a su valor jurídico, dado que los cuerpos de normalización son usualmente asociaciones privadas, las normas que se emiten carecen de fuerza vinculante y son por ende de aplicación voluntaria; iv) en cuanto a su objeto, son disposiciones llamadas a una aplicación reiterada y continuada en un ámbito concreto de la actividad humana; v) en cuanto a su divulgación, son documentos que deben ser accesibles al público para lo cual son objeto de publicación y venta por parte de las asociaciones de normalización. (Santaella Quintero, 2008, pp. 69-70).

Las normas técnicas suelen ser proferidos por organismos de normalización, en Colombia, la implementación de normas técnicas y de la normalización se encuentran contenidas en el Decreto 2269 de 1993, en el cual se encuentra al Instituto Colombiano de Normas Técnicas como el ente reconocido por el gobierno que detenta la función de elaborar, adoptar y publicar normas técnicas nacionales y adoptar las normas elaboradas por otros entes.

Por último, es importante resaltar que, en Colombia las directrices o reglamentos establecidos en las normas técnicas pueden volverse de obligatorio cumplimiento cuando (i) Existe una remisión directa del ordenamiento jurídico para la aplicación de una disposición o cuando¹⁰ (ii) Su aplicación ha sido declarada obligatoria por el organismo nacional competente.¹¹

1.5. Relación entre el Soft Law y el derecho administrativo

Como se estableció anteriormente, las manifestaciones del Soft Law se encuentran como instrucciones, guías o reglamentos que no son vinculantes, estos se han ido incorporando por parte de las entidades del estado en el ejercicio de sus funciones, por el dinamismo que introducen en la actividad estatal. Entonces según (Sánchez Pérez, 2012) “se trata de carriles de circulación del derecho positivo, que están a disposición de las autoridades superiores de la administración en virtud del poder jerárquico y discrecional, de manera que introducen en la actividad de la administración elementos dinámicos y coherentes que se desarrollan en circulares, manuales, guías y documentos como los CONPES.”

¹⁰ Bustos Romero, El Soft Law como fuente del derecho administrativo colombiano, Prolonguemos Vol. 22 (2019). “Existe otro evento en el que la norma técnica, pese a lo manifestado anteriormente, adquiere fuerza vinculante: cuando esta se refiere a la remisión directa que el ordenamiento jurídico efectúa para la aplicación de una disposición normativa técnica. En este caso, su acostumbrado carácter voluntario, expresión de la naturaleza privada de su fuente de producción, variará, pues adquiere el carácter de norma jurídica”

¹¹ Decreto 2269 de 1993 por el cual se organiza el Sistema Nacional de Normalización, Certificación y Metrología. Art 2 Núm. d. “*Artículo 2o. Para los efectos de la aplicación e interpretación de este Decreto se entiende por: (...) d) NORMA TÉCNICA COLOMBIANA OFICIAL OBLIGATORIA. Norma Técnica Colombiana, o parte de ella, cuya aplicación ha sido declarada obligatoria por el organismo nacional competente;*”

Por lo cual, los documentos de Soft Law en el derecho administrativo terminan cumpliendo con la función de organización, instrucción e interpretación de las normas jurídicas y la aplicación del poder discrecional de la administración.

Al respecto, (Sánchez Pérez, 2012), considera que:

En las tipologías de las normas de derecho blando se pueden identificar, por ende, en primer lugar, las instrucciones organizativas y de servicio, que afectan la organización interna y el funcionamiento de los servicios del órgano administrativo; las instrucciones que determinan la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas, en especial cuando existen conceptos jurídicos indeterminados -instrucciones que ayudan a los órganos subordinados a hacer una exégesis de la ley y garantizar la aplicación uniforme de ella-; en tercer lugar, las instrucciones administrativas directivas del ejercicio de la discrecionalidad, que determinan de qué manera debe hacerse uso de la discrecionalidad otorgada a la administración, la cual asegura un ejercicio uniforme e igualitario de la potestad discrecional; en cuarto lugar, las instrucciones administrativas supletorias de la ley, que se dictan cuando falta o se necesita una regulación legal, bien sea porque esta no existe en absoluto o porque, aun existiendo, es tan general que se hace necesario el uso de la reserva de instrucción administrativa que le concrete. (p. 73)

1.6. Necesidad del Control del Soft Law.

La implementación del Estado Social y Democrático de Derecho requería innegablemente la confrontación de toda clase de actividad estatal frente a los postulados, principios y valores establecidos en la constitución. Esto es así, máxime si se tiene en cuenta que el nacimiento y finalidad de la jurisdicción contencioso-administrativa se da como un instrumento para alcanzar

los propósitos y finalidades constitucionales¹² y en especial para la tutela judicial efectiva de los derechos de los administrados frente a cualquier acto arbitrario o contrario a derecho de parte de la administración.¹³

Por lo cual, es necesario mencionar al profesor Santofimio para resaltar que el sistema de control constitucional en Colombia no solo se encuentra estructurado para el control de las actuaciones de la administración y/o particulares cuando las mismas vulneran los derechos de particulares, sino que la misma se encamina a hacer prevalecer la Constitución frente a cualquier irregularidad o contrariedad que presente en el ejercicio de la función administrativa, en los siguientes términos:

En este sentido, podemos sostener que el sistema de control de constitucionalidad en Colombia se aparta de los tradicionales modelos concentrados y difusos desarrollados a partir de las experiencias austriacas y norteamericanas 1966 respectivamente, asumiendo de tiempo atrás un esquema propio y sui generis de modalidad integral, que llega a las más profundas situaciones de la actividad pública e incluso de las relaciones entre particulares en donde es responsabilidad directa e indelegable de prácticamente todas las autoridades, por las vías de aplicación directa, de la acción, la excepción, el recurso, el control de legalidad, la revocación, respetar y hacer prevalecer la Constitución Política del Estado en todo momento y lugar frente a los desmanes, desconocimientos, litigios o alteraciones de cualquier orden, que pudiere sufrir la carta a partir de la vigencia de las Leyes, los actos administrativos y en general, de las

¹² **Martínez Jurado, El Soft Law en derecho administrativo y su Control judicial en Colombia, 2018 (Pg. 28.)** Es de recordar que la lucha contra las arbitrariedades y los excesos de poder de la Administración es una bandera perpetua del derecho administrativo⁶⁰ y constituye un imperativo en el Estado social y democrático de derecho

¹³ **Compendio de Derecho Administrativo, Santofimio Gamboa, 2017, (Pg. 502.)** “Dentro de la evolución del Estado constitucional el conocimiento de esa jurisdicción implica aceptar de manera pacífica su indudable naturaleza de instrumento fundamental para el cumplimiento de sus propósitos y finalidades, en especial, y de manera inicial e histórica, los de la consolidación del régimen de garantías para la defensa de los derechos subjetivos, a partir de la incorporación de la tutela judicial efectiva como un derecho fundamental para la defensa judicial de esos derechos frente a los actos arbitrarios y desmanes de la administración que causen perjuicios a los asociados individualmente considerados.”

actuaciones de la administración pública o de los particulares que ejerzan funciones públicas. (Santofimio, 2017, p. 507)

En Colombia de conformidad con los postulados incorporados en la Constitución de 1991, es la jurisdicción contencioso-administrativa la encargada de controlar la administración y su actuación por medio de las acciones constitucionales y medios de control establecidos para el efecto, con lo que el juez administrativo se erige por esa parte en un juez Constitucional en estricto sentido.¹⁴ En este punto, es pertinente analizar los fundamentos constitucionales del control judicial sobre la actividad estatal estipulados en la Constitución Política de 1991.

Al respecto, (Jurado, 2018, p. 28) destaca que, la constitución de 1991 establece principios constitucionales sólidos frente a los cuales se puede concluir sin realizar un mayor análisis que, no existe justificación constitucional alguna que avale la existencia de algún tipo de actuación de la administración que no esté sujeta a control de judicial alguno:

En efecto, el constituyente de 1991 estimó indispensable el diseño y determinación de órganos autónomos e independientes y, por supuesto, un juez natural de la función administrativa - juez administrativo (artículos 236- 238 de la C.P.)-, que garantiza su real acatamiento y observancia. Su vigencia responde al principio constitucional de "colaboración armónica" entre las autoridades (artículo 113 de la C.P.). En tal sentido, para la actual función administrativa no existen espacios inmunes al escrutinio imparcial y transparente de los demás órganos de poder (rama judicial y órganos de control), dado que estos fueron constituidos constitucionalmente justamente para contrarrestar los posibles excesos de poder (checks and balances).

¹⁴ **Compendio de Derecho Administrativo, Santofimio Gamboa, 2017, (Pg. 506.)** Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 la jurisdicción adquirió connotaciones y papeles trascendentes para la vida de la nación. A la jurisdicción de lo contencioso administrativo, además de sus atribuciones ordinarias de control judicial a la administración pública, se le confió un permanente control a la Constitución a través de todas las acciones posibles ante ella, lo cual la convirtió también en un juez de la Carta Fundamental del Estado.

Dadas las características de economía, eficacia y falta de vinculatoriedad y por lo tanto capacidad de coerción frente a sus disposiciones, se considera que el Soft Law no puede comprometer derechos de particulares y por ende en Colombia se ha descartado su control judicial¹⁵, dejándolos desprovistos de, aunque sea un pronunciamiento judicial frente a su interpretación y apego a la legalidad. La necesidad del control judicial respecto a los nuevos actos de la administración se da en virtud del crecimiento exponencial, propio de las formas y mecanismos en las cuales la administración actúa, entre ellas el soft law, en virtud de su carácter de inmediatez, se encuentra desprovisto de formalidades o controles de emisión y por sus características jurídicas no tiene control de legalidad.

Lo anterior, se muestra en la práctica como una actuación administrativa sin ningún tipo de regla o formalidad en su emisión, sin control de legalidad y/o constitucional por parte del juez contencioso administrativo para delimitar o justificar su alcance, mediante la cual la administración en muchos casos establece pautas o parámetros interpretativos frente a la regulación vigente y no en pocos casos condiciona el comportamiento y actuaciones de sus receptores, los cuales pueden contar con postulado contrarios a misma ley o la constitución y por tanto ser meritorios de, aunque sea un pronunciamiento judicial frente a su constitucionalidad.

Por otra parte, desde el cambio del código contencioso administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se puede vislumbrar la necesidad de ampliar el objeto del conocimiento y empatar la jurisdicción contenciosa con las

¹⁵ Consejo de Estado, Rad- 2012-00533-01, 27 nov 2014 C.P.: Guillermo Vargas Ayala: De este modo, y en atención a que en el cumplimiento de sus funciones la Administración también puede expedir actos que por presentar un valor meramente orientativo, instructivo o informativo carecen de efectos jurídicos directos sobre las situaciones jurídicas de los particulares (en tanto no crean, modifican ni extinguen una), se ha entendido que en estos eventos no resulta procedente el control judicial a cargo del contencioso administrativo. De aquí que la viabilidad de un pronunciamiento jurisdiccional sobre un acto de esta clase dependa de si se producen o no efectos jurídicos directos hacia el exterior de la Administración (ad extra) y, señaladamente, sobre los derechos de los ciudadanos.

transformaciones y modos de actuación actuales de la administración, tales como el soft law y los instrumentos blandos.

La introducción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo respondía a la necesidad de controlar la administración y las diferentes y sustanciales variaciones que se habían presentado en los modos de actuación administrativa. Teniendo en cuenta lo anterior, la jurisprudencia ha señalado en distintas ocasiones, sin poder llegar a un consenso que, en virtud del artículo 137 del CPACA, se debe acoger 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.”¹⁶ (Consejo de Estado, 2014)

En este sentido, (Martínez Jurado, 2018, p.32) establece de manera indubitable que “Bajo una lectura sistemática exclusiva del CPACA es factible concluir que todo acto de la Administración con importancia sobre la efectividad de los derechos de los coasociados debe ser controlado por la jurisdicción.”. Por lo cual, es importante centrar el presente análisis en las disposiciones del artículo 104 y 13 del CPACA y compararlas con la normatividad establecida en la regulación anterior.

Es así como el Código Contencioso de procedimiento Administrativo anterior al CPACA, establece en su artículo 82¹⁷ que, la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar específicamente los actos y hechos administrativos de las entidades públicas, es decir que, como lo estableció el Consejo de Estado en¹⁸ su momento, las demás decisiones y

¹⁶ Consejo de Estado, Rad- 2012-00533-01, 27 nov 2014 C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

¹⁷ Decreto 01 de 1984 Código Contencioso Administrativo. Artículo 82. Objeto de la Jurisdicción en lo contencioso administrativo. La jurisdicción en lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas, y de las privadas cuando cumplan funciones públicas. Se ejercerá por el Consejo de Estado y los tribunales administrativos de conformidad con la Constitución Política y la Ley.

¹⁸ Consejo de Estado, Exp.0549, Auto del 22 de enero 1988 C.P. Hernán Guillermo Aldana Duque.

actuaciones de la administración se escapaban del objeto de la jurisdicción al no encontrarse inmersas en el objeto de la misma, como se evidencia:

El objeto, o sea la materia sobre la cual se ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo constituyen los actos y hechos administrativos de las entidades públicas y de las privadas cuando cumplan funciones públicas (art. 82 del Decreto Ley 01 de 1984). Ante esta jurisdicción, dentro de la categoría de actos jurídicos, y a modo de especies de ese género, pueden demandarse, entre otros los conceptos y circulares que la Administración quiera aplicar de modo general, así como los actos de certificación y registro (art. 84 ibidem). (Consejo de Estado, 1988)

Posterior a la expedición del código contencioso administrativo, se generan distintas modificaciones al objeto de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia, hasta llegar al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, el cual establece dos cambios legislativos importantes para nuestra materia de estudio, (i) El objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa (Artículo 104 del CPACA)¹⁹ y (ii) El objeto de la acción de nulidad (Artículo 137). El artículo 104 establece expresamente la posibilidad de la jurisdicción de conocer de controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos omisiones y operaciones mientras que el artículo 137 instaura el control por vía de nulidad de las circulares de servicio sin ningún tipo de contemplación o condicionante jurídico.

Frente a lo anterior, se puede concluir que solo basta con realizar una lectura de los artículos citados anteriormente para poder observar que el CPACA no concibe que la existencia de

¹⁹ Ley 1437 del 2011 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. **ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

actuaciones administrativas sin control judicial sea cual sea su naturaleza jurídica, y resalta la importancia de que toda actuación administrativa se sujete a controles judiciales. De acuerdo con lo anterior, el Consejo de Estado en el año 2014 manifestó que de conformidad con los artículos 103 y 104 de la ley 1437 de 2011, no es concebible que existan actuaciones administrativas que no tengan control judicial, máxime cuando se recurren en la actualidad, y en consecuencia debe existir un control judicial sobre estas actuaciones.

Capítulo II: Influencia del Soft Law en la contratación pública a través de los documentos proferidos por Colombia Compra Eficiente.

En el presente capítulo se pretende realizar un análisis sobre la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra eficiente como entidad rectora de la contratación estatal, para establecer cuáles son sus funciones y cuál es la injerencia que tiene el Soft Law en consideración con los documentos emitidos por la misma. Lo anterior, con la finalidad de establecer que tan presente y útil resulta la aplicación y utilización de las circulares, guías y manuales proferidos por la CCE en las compras públicas realizadas por las entidades del estado y para los participantes de los procesos de contratación y de esa manera poder establecer si realmente existe una necesidad de realizar un control jurisdiccional sobre las disposiciones emitidas por dicha entidad.

2.1. Régimen jurídico de Colombia Compra Eficiente

La Agencia Nacional de contratación Pública, Colombia Compra Eficiente, regulada por el Decreto 4170 de 2011, surge como un organismo técnico especializado para la implementación de políticas, normas e instrumentos que responde a la necesidad de generar una política unificada en materia de compras y contratación pública en la que se establece un nuevo modelo para la adquisición de bienes y servicios que promueve la libre competencia y la dinámica del mercado en las compras públicas.

De esta manera, en términos del artículo 1 del precitado Decreto 4170 de 2011, respecto del régimen jurídico de Colombia Compra Eficiente fue creada como “una unidad Administrativa Especial, de orden descentralizado de la Rama Ejecutiva del orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio, y autonomía administrativa y financiera, adscrita al Departamento Nacional de Planeación – DNP.”

En consideración con lo anterior, y con el fin de realizar un análisis más completo sobre esta entidad, el artículo 3 del Decreto 4170 de 2011, señala como una de las principales funciones de Colombia Compra Eficiente la de plantear y difundir las políticas públicas, programas, normas, procedimientos, e instrumentos que permitan mejorar las prácticas en el desarrollo de la actividad contractual que deben implementarse por las entidades estatales para la optimización de recursos públicos.

Así mismo, tiene la facultad de atender a las consultas de aplicación de normas de carácter general y la expedición de circulares externas en esta materia. Además, se encarga de realizar el estudio y estadística para la compra y contratación con recursos del Estado, el diseño y celebración de los acuerdos marco de precios y la administración del Sistema Electrónico para la contratación Pública (SECOP), y brinda apoyo al Gobierno en las negociaciones internacionales que impliquen compras públicas.

Sin embargo, para efectos de la investigación que se desarrolla es necesario realizar un análisis pertinente sobre la facultad que se ha otorgado a Colombia Compra Eficiente en consideración con el planteamiento de normas e instrumentos con características de soft law que puedan llegar a ser objeto de control judicial, lo cual es necesario para que tenga una mayor operatividad por parte de esta entidad.

2.2. Documentos expedidos por Colombia compra eficiente con contenido de Soft Law.

Colombia Compra Eficiente como ente rector en materia de contratación estatal busca desarrollar e impulsar las políticas públicas y herramientas orientadas a la organización de los procesos en la contratación pública a través de la función de la agencia de desarrollar, implementar y difundir normas e instrumentos tales como circulares, guías y manuales. Los señalados documentos son una expresión de Soft Law, teniendo en cuenta que se trata de

normas creadas por la administración, que aun cuando se ha considerado que no tienen fuerza vinculante pueden llegar a generar efectos jurídicos.

En términos de (Pastore, 2014, p.75) “El soft law hace referencia a reglas de conducta que en principio no tienen fuerza jurídica vinculante, pero que pueden determinar algunos efectos jurídicos y transformarse, a través del uso de los órganos competentes, en derecho inmediatamente preceptivo.” Por lo cual, las normas de derecho blando son normas jurídicas que no constituyen una norma vinculante, es decir no tienen efectos jurídicos obligatorios, y tampoco tienen el carácter de actos administrativos, por lo cual se desarrollan como criterios orientadores y de interpretación.

En este orden de ideas, la normatividad proferida por Colombia Compra Eficiente como circulares, guías y manuales hace parte del desarrollo de las facultades otorgadas a esta entidad y una de las típicas formas en que se manifiestan las normas de derecho blando en el derecho administrativo colombiano.

2.2. 1. Circulares

En la actualidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente a través de su página electrónica oficial y en cumplimiento del deber de información al público, regulada en el artículo 8 de la Ley 1437 de 2011, tiene disponibles las circulares disponibles para que puedan ser revisadas por las entidades y los particulares.

De esta forma, es importante señalar que las circulares son un instrumento útil para orientar las actividades de la entidad, con el fin de establecer criterios con relación a la interpretación de una norma o como medio para comunicación aspectos trascendentales de las competencias de la entidad dirigidas a los funcionarios o particulares. Por su parte, (Jurado, 2018) ha dicho que:

El uso de circulares de servicio es una práctica habitual e inveterada en la actividad administrativa colombiana, puesto que a los cargos del Estado de dirección y manejo, así como los habilitados en los manuales de funciones, teniendo en cuenta las características propias de cada entidad estatal, se les reconoce constitucional y legalmente (artículos 189, 8 y 208 de la C.P.) el ejercicio de funciones de dirección, control, planificación, administración de personal, orientación, coordinación, evaluación y promoción. Esto impone la necesidad de proferir pronunciamientos para la ordenación interna de los servicios y dependencias, parámetros comunes de toma de decisiones, precisión de aspectos procedimentales y la manera de entender normas que en un momento dado requieran ser aplicadas. (p.305)

Al respecto (Romero, 2019), manifiesta que:

Las circulares de servicio tienen la función de instruir, orientar o coordinar a la administración en el ejercicio de sus funciones y competencias, y deben, en primer lugar, provenir de una autoridad o particular que cumpla funciones administrativas y, en segundo lugar, en ellas es necesario que se observe un contenido decisorio o que produzca efectos jurídicos vinculantes. Sin embargo, hay que distinguir entre las circulares de los actos administrativos: puede ser un mandato que una autoridad dirige a sus inferiores jerárquicos, el cual, en algunas ocasiones, se extiende a particulares. (p.42)

Ahora bien, dentro de la clasificación de las circulares se encuentran las circulares de servicio y las informativas, las primeras son aquellas que profieren las entidades públicas para vigilar las actividades de orden privado, de acuerdo con las competencias conferidas por la ley. Respecto a las segundas, tienen el carácter de informativas aquellas circulares que establecen

avisos dirigidos para entidades del estado o particulares, las cuales tienen la finalidad de comunicar asuntos relevantes que son competencia de la entidad.

Sin embargo, (Romero, 2019), señala que “las circulares, en principio, son simples medidas de orden interno, ya que, a través de estas, la administración puede pretender imponer su interpretación de la ley o, de una manera más amplia, del ordenamiento jurídico; no obstante, cuando en esta labor impone nuevas obligaciones o deberes, en el fondo se está ante un verdadero ejercicio de potestad reglamentaria y, por tanto, ante auténticos actos administrativos o poderes normativos.” (p. 43)

Finalmente, a manera de conclusión podemos señalar que las circulares son una manifestación del soft law en las que se desarrolla el poder de instrucción propio del derecho administrativo para dar cumplimiento a los fines del estado, la cual permite materializar la función administrativa al permitir la comprensión de la normatividad que regula una materia o al anunciar sobre situaciones propias de la entidad dirigidas para su funcionamiento o para los particulares. Sin embargo, son susceptibles de ser demandadas cuando las decisiones adoptadas por la autoridad o entidad pública, según fuera el caso produzcan efectos jurídicos y en consecuencia tenga fuerza vinculante frente al administrado.

2.2. 2. Guías de buenas prácticas

Con relación a las guías de buenas prácticas emitidas por la Agencia Nacional de Contratación Pública, al igual que las circulares se encuentran en la página electrónica, dispuesta por Colombia Compra Eficiente.

En este sentido, las guías son manifestaciones con contenido de soft law que es utilizada por Colombia Compra Eficiente, son las guías de buenas prácticas, documentos de orden técnico que permiten orientar a las entidades del estado y los particulares en los procesos de contratación pública, en consideración a la metodología y los procedimientos, con el propósito

de unificar procedimientos para los partícipes de los procesos de compras y contratación pública, generando mayor eficiencia y transparencia en los procesos.

Ahora bien, es importante señalar que en el ordenamiento jurídico se ha considerado que estas normas no son de carácter vinculante, sino que actúan como un instrumento que permite materializar la función administrativa, por lo que están sujetas al cumplimiento de la constitución, las leyes y la jurisprudencia.

Al respecto, (Jurado, 2018), ha mencionado respecto a las guías que “es claro que esta herramienta del derecho blando administrativo tiene la potencialidad de persuadir a los actores de la contratación estatal, dado que, precisamente, ese fue el propósito legal de creación de la entidad. Los actores de la contratación estatal perciben estos actos como un mecanismo de uniformidad interpretativa y aplicativa de las normas. En consecuencia, es natural el seguimiento a sus lineamientos, de modo que sus efectos así sean indirectos, son incontrovertibles; condicionan la actividad estatal y la de sus partícipes.” (p. 312)

2.3. Análisis de los efectos jurídicos producidos en las circulares, manuales y guías emitidos por Colombia Compra Eficiente.

De acuerdo con el decreto 4170 de 2011, Colombia Compra Eficiente, cumple un papel estratégico para la formulación de lineamientos que sirven de guía para el funcionamiento del estado y la ejecución de recursos, a partir de la facultad de crear e implementar normas en materia de compras y contratación pública, tales como circulares, manuales y guías, por lo cual es importante realizar un análisis sobre los efectos jurídicos que se pueden producir con la expedición de estos documentos y más aún cuando hay ausencia de criterios y reglamentación para la producción de estas normas.

Al respecto, (Patiño, 2021, p. 16), manifiesta que “Los instrumentos expedidos por Colombia Compra Eficiente - CCE representan una intromisión a la relación tradicional en el sistema de fuentes de derecho administrativo entre la reserva legal y la autonomía administrativa, interferida excepcionalmente por la potestad reglamentaria del presidente de la República.” Lo anterior, teniendo en cuenta que por regla general se debe dar aplicación al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – Ley 80 de 1993, a través de la cual se establece el marco normativo para ejercer la actividad contractual de las entidades del estado.

Sin embargo, con los pronunciamientos normativos creados por Colombia Compra Eficiente, se evidencia un cambio trascendental al estar ante manifestaciones del soft law, los cuales por su informalidad y eficacia rompen con la dinámica de la reserva legal de la contratación estatal debido a que estos instrumentos (circulares, guías y manuales) establecen lineamientos en materia de contratación pública, limitando la autonomía administrativa debido a que en la práctica administrativa se deben cumplir por parte de las entidades estatales.

Por su parte, (Patiño, 2021) ha manifestado que “Los instrumentos de CCE no son un consejo o un dato carente de efectos jurídicos, son auténticas normas que se insertan en el sistema de fuentes de derecho, en cuanto imponen pautas que se "deben" seguir, acoger, desarrollar y observar. Algunas son de hard law, cuando desde un criterio material ostentan la calidad de acto administrativo o reglamento. Otras son del novedoso soft law. Un solo efecto jurídico irrefutable permite llegar a esta conclusión: la restricción de la discrecionalidad administrativa, libertad contractual o autonomía administrativa.” (pp.20-21)

A manera de ejemplo, es necesario mencionar la regulación establecida por Colombia Compra Eficiente en relación con los acuerdos marco de precios expedidos por el ente rector en materia de contratación pública, en el cual las entidades del estado de la rama ejecutiva están

obligadas al uso de estos catálogos de bienes y servicios, tal y como lo indica la ley 1150 de 2007 en artículo segundo, numeral 2, literal a, la cual dice que para escoger la modalidad de selección abreviada se debe tratar de la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes para lo cual se debe tener en cuenta los acuerdos marco de precios.

Así mismo, el inciso primero del artículo 2.2.1.2.1.2.7 del Decreto 1082 de 2015, por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional, el cual expresa que: “Las Entidades Estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, están obligadas a adquirir Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes de Común Utilización a través de los Acuerdos Marco de Precios previamente justificados, diseñados, organizados y celebrados por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente.”

Ahora bien, al realizar un análisis de la guía para entender los acuerdos marcos de precios de Colombia Compra Eficiente, encontramos un aparte en este documento el cual indica que “Los Acuerdos Marco de Precios son de uso obligatorios para las entidades de la rama ejecutiva del poder público, en el Orden Nacional, que están sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Sin perjuicio de que los Organismos Autónomos y de las Ramas Legislativa y Judicial, así como las Entidades Territoriales, puedan adherir a los Acuerdos Marco de Precios.” (Colombia Compra Eficiente, 2018, p.12)

De tal forma, que estos instrumentos sí producen efectos jurídicos y son de carácter obligatorio y vinculante para las entidades públicas en el marco de la contratación estatal, en cumplimiento de las facultades de orden legal que le fueron atribuidas a Colombia Compra Eficiente. En este sentido, (Díaz, 2018), afirma lo siguiente:

Es importante fijar una posición concreta sobre los alcances de esa “facultad regulatoria no vinculante” de la Agencia Nacional de Contratación, pues, como bien lo ha expresado la jurisprudencia del Consejo de Estado, la competencia debe derivar de la ley, y sólo en dicho contexto podrán validarse disposiciones reglamentarias que otorguen carácter obligatorio a los instrumentos que esta entidad cree y divulgue; de manera que, a partir de esta premisa, debe decirse, indefectiblemente, que no todo manual, guía, lineamiento o circular externa que expida Colombia Compra Eficiente será de obligatorio cumplimiento, sino solamente aquellos que se estructuren en cumplimiento de una función expresamente atribuida por una norma de rango legal que concretamente manifieste una atribución de creación y desarrollo de instrumentos específicos. Así, solo con base en una norma legal el reglamento podrá determinar el alcance de dicha función y la entidad podrá generar las herramientas administrativas necesarias para el efecto; y esto es importante porque, a la luz de la normatividad vigente, solamente la función aquí estudiada relacionada con los acuerdos marco de precios consagra el tipo de atribuciones que permiten el desarrollo reglamentario que avala jurídicamente la generación de documentos vinculantes por la Agencia Nacional de Contratación. (p. 173)

2.4. Planteamientos sobre la necesidad del control judicial de los documentos con contenido de soft law proferidos por las atribuciones conferidas a Colombia Compra Eficiente.

La contratación pública cumple un papel fundamental en el cumplimiento de los fines del Estado, debido a que a partir de la celebración de los contratos estatales se ejecuta el gasto público y se busca satisfacer los bienes y servicios que se requieren por parte de las entidades estatales para la prevalencia del interés general.

De esta manera, con la creación de Colombia Compra Eficiente y las facultades otorgadas a esta entidad para la expedición de circulares, guías y manuales que orientan a las entidades

públicas y los partícipes de la misma, los cuales se caracterizan por que no tienen una fuerza vinculante y en principio no son de obligatorio cumplimiento. Sin embargo, estos instrumentos han sido objeto de debate en consideración con los efectos que producen y el control judicial que se debe ejercer, debido a que no hay una unificación de criterios por parte del Consejo de Estado frente a estos aspectos, por lo cual es importante desarrollar en este acápite los efectos e implicaciones que tienen estos documentos.

Al respecto, el Consejo de Estado, ha mantenido dos líneas en la jurisprudencia una tesis restrictiva y otra tesis más amplia sobre el control del Soft Law, en cuanto a la primera esta considera que solo deben ser objeto de control judicial aquellos instrumentos que sin llegar a ser actos administrativos produzcan efectos jurídicos, es decir que está sujeto al contenido, excluyendo aquellos instrumentos que sólo establecen instrucciones o son netamente informativas.

Por otra parte, la tesis que establece la interpretación en sentido amplio indica que todas las circulares son susceptibles de control judicial, sin tener en cuenta su contenido, lo anterior en consonancia con lo establecido en el inciso primero del artículo 37 de la Ley 1437 de 2011, la cual indica que “Cuando en una actuación administrativa de contenido particular y concreto la autoridad advierta que terceras personas puedan resultar directamente afectadas por la decisión, les comunicará la existencia de la actuación, el objeto de la misma y el nombre del peticionario, si lo hubiere, para que puedan constituirse como parte y hacer valer sus derechos.”.

Finalmente, se concluye que persiste la necesidad de una unificación de criterios por parte del Consejo de Estado, en el cual se establezca un verdadero control de estos actos proferidos por las entidades del estado en cumplimiento de la función administrativa, como ocurre en el caso de las circulares, guías y manuales de Colombia Compra Eficiente, los cuales superan el

carácter consultivo debido a la capacidad que tienen para establecer políticas, y criterios que son aplicados en los contratos estatales.

Capítulo III: Análisis jurisprudencial de las sentencias proferidas por el Consejo de Estado sobre el control judicial de los actos con contenido de Soft Law.

El Capítulo III, pretende desarrollar en primer lugar las posturas adoptadas por el Consejo de Estado en consideración con los documentos con contenido de soft law, para lo cual se abordan la tesis restringida del control judicial y por otra parte el cambio trascendental que surge a partir del ensanchamiento del control judicial respecto a los documentos con contenido de derecho blando proferidos como manifestación del poder de la administración en el ejercicio de la función administrativa.

Una vez finalizada esta primera parte, se realiza un análisis de la jurisprudencia emitida por parte del Consejo de Estado, para lo cual se adopta el criterio diferenciador de los pronunciamientos expedidos bajo la influencia del Código Contencioso Administrativo y posteriormente con la expedición de Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3. Lineamientos del Consejo de Estado con relación al control judicial de los documentos con contenido de Soft Law.

En el dinámico escenario legal actual, donde la intersección entre las normas codificadas, o derecho duro y la inclusión de mecanismos y herramientas dinámicas y en muchos casos no vinculantes de derecho blando, ha generado diferentes discusiones e interpretaciones al respecto. De tal manera, que el análisis de la posición del Consejo de Estado en relación con el control del Soft Law emerge como una cuestión de suma importancia, máxime si se tiene en cuenta la función de control frente a las actuaciones de la administración de dicha corporación.

En el presente capítulo, se pretende realizar un examen exhaustivo de la evolución de la perspectiva del Consejo de Estado a partir del análisis de las sentencias emitidas por esta corporación, ante la naturaleza, alcance y control judicial de los actos denominados Soft Law. En concreto, se pretende explorar las interpretaciones y argumentos que ha sostenido esta

corporación en relación con lo estipulado anteriormente y de la misma manera se intentará aproximar al lector a una comprensión de la postura actual, para sentar los postulados que permitan evidenciar la necesidad que existe de unificación de criterios y de control judicial de los documentos con contenido de derecho blando.

En virtud de las consideraciones anteriores, con el propósito de preparar el terreno para un minucioso análisis de las sentencias judiciales objeto de la presente investigación es imperativo abordar las dos corrientes de pensamiento que han permeado el interior del Consejo de Estado para de esta manera, como se acotó anteriormente, elegir una comprensión global del asunto y como punta de partida esencial y de esta manera desentrañar los puntos de quiebre y esenciales en el desarrollo jurisprudencial de la corporación.

Se tiene entonces que la corporación ha suscitado dos doctrinas divergentes en lo relacionado con el escrutinio judicial de los actos con contenido de Soft Law sin que se haya unificado jurisprudencia a favor de alguna de la tesis restringida del control judicial de los documentos con contenido de soft law y por otro parte el ensanchamiento del control judicial respecto de estos mismos documentos, como lo veremos a continuación:

3.1. Tesis restringida respecto del control judicial de los documentos con contenido de Soft Law.

Respecto a esta postura, el Consejo de Estado, ha señalado que los actos que se limitan a dar una mera información, instrucción u orientación no crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas, por lo cual no son susceptibles de control judicial. Bajo esta teoría, la precitada corporación ha sostenido que los actos de la administración son susceptibles de ser demandadas ante la jurisdicción cuando efectivamente contengan una decisión emanada de una autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y de producir efectos vinculantes frente a los administrados. Frente a lo anterior, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso

Administrativo del Consejo de Estado, en providencia del 19 de marzo del 2009 se pronunció de la siguiente manera:

Las instrucciones o circulares administrativas son actos jurídicos de la Administración en sentido lato, susceptibles de ser impugnados ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativa, 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 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. (Consejo de Estado, 2009, p. 2)

3.2. Tesis del control judicial de todos los documentos con contenido de Soft Law, o también llamada ensanchamiento del ámbito del control judicial.

En este sentido, algunos sectores de la doctrina abogan por un “ensanchamiento del ámbito del control judicial”, todos los actos de la administración deben estar sujetos al control por la jurisdicción contencioso-administrativa debido al ejercicio mismo de la actividad del estado. Lo anterior, se encuentra sustentado en la premisa de que cada actuación de la administración conlleva consigo misma una manifestación de la función pública que merece un control judicial bajo los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho.

De este modo, es necesario señalar que el Consejo de Estado ha manifestado que los actos con contenido de Soft Law, se deben considerar como una nueva tendencia del derecho administrativo, el cual amplía el espectro del control judicial respecto de las actuaciones producidas por la administración. Lo anterior, de conformidad con el Consejo de Estado, en sentencia del 27 de noviembre del 2014, el cual se pronunció en los siguientes términos:

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 sólo 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. 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. (Consejo de Estado, 2014, p. 16)

3.3. Análisis jurisprudencial de los principales fallos del Consejo de Estado frente al Control Judicial de los documentos con contenido de Soft Law.

Como se pudo observar, la tesis sobre el ensanchamiento de la del control judicial hecho por la jurisdicción contencioso-administrativa se basa fundamentalmente en el cambio normativo incorporado con la expedición de la Ley 1437 de 2011. Por ende, se considera acertado realizar, en el presente capítulo, un análisis jurisprudencial de los fallos del consejo de estado que se han dado en la materia y que se consideren relevantes para la investigación antes y después de la expedición del CPACA y de esta manera poder evidenciar los cambios que se han dado al interior de la corporación en estos dos periodos de tiempo.

3.3.1. Pronunciamientos del Consejo de Estado en los años 1988 – 2009 respecto al control judicial de los documentos con contenido de Soft Law bajo la influencia del C.C.A.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, CP. Hernán Guillermo Aldana Duque, Auto del 22 de enero de 1988.

La primera sentencia materia de análisis jurisprudencial establece desde el 22 de enero de 1988 la postura jurisprudencial sobre qué tipos de actos serían susceptibles de control judicial por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. De esta forma, en desarrollo de una acción de nulidad interpuesta por el ciudadano Eduardo Laverde Toscano solicitada en contra de dos conceptos emitidos por la Dirección general de Impuestos Nacionales, de conformidad con el numeral 84 del Código Contencioso Administrativo, la corporación decidió hacer un análisis normativo y establecer a priori una regla jurisprudencial sobre el control de las actuaciones de la administración y las condiciones para que esta se presente.

De conformidad con los postulados establecidos por la corporación, la materia sobre la cual el Código Contencioso Administrativo ejerce su jurisdicción se encuentra constituida por actos y hechos administrativos tanto de las entidades públicas como privadas cuando estas cumplan y/o desarrollen la función administrativa y por tanto, dentro de la categoría de actos jurídicos únicamente pueden demandarse los conceptos y circulares que la administración quiera aplicar de manera general.²⁰ Sobre estos últimos conceptos, el Consejo de Estado establece que, cuando la ley autoriza que dichos actos puedan ser objeto de conocimiento de la jurisdicción, de

²⁰ Consejo de Estado, sección Cuarta, 22 de enero 1988 C.P. Hernán Guillermo Aldana Duque: El objeto, o sea la materia sobre la cual se ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo constituyen los actos y hechos administrativos de las entidades públicas y de las privadas cuando cumplan funciones públicas. Ante esta jurisdicción, dentro de la categoría de actos jurídicos, y a modo de especies de ese género, pueden demandarse, entre otros los conceptos y circulares que la Administración quiera aplicar de modo general, así como los actos de certificación y registro (art. 84 ibidem).

conformidad con las disposiciones jurisprudenciales, esto únicamente sucede en cuanto ellas constituyen en sí mismas actos administrativos²¹, como se aprecia a continuación:

Por ello, además de las operaciones y hechos administrativos, en principio sólo los actos administrativos de esas tres categorías omnicomprendivas pueden ser objeto de la jurisdicción especial. Y cuando la ley autoriza, con fundamento en una jurisprudencia que el texto legal no traduce con exactitud ni claridad, que los conceptos y circulares de la administración pueden ser también acusados ante la jurisdicción, debe entenderse que ellos lo pueden ser sólo en cuanto sean actos administrativos, por lo cual se impone, definir, a la luz del derecho nacional, y no con fundamento en foráneas doctrinas que corresponden a legislaciones diferentes y que atienden a realidades socio jurídicas distintas, aquellos conceptos que son pivotes alrededor de los cuales gira todo el sistema del derecho administrativo. (Consejo de Estado - Sección Cuarta C.P. Hernán Guillermo Aldana, 2014, p. 2)

De esta manera, se encuentra el primer planteamiento del Consejo de Estado el cual sienta las bases para fundamentar la teoría que delimita el control de los actos de la administración condicionando el mismo a que el acto que se encuentre en discusión sea efectivamente un acto administrativo, es decir, que efectivamente sea capaz de crear, modificar o extinguir relaciones de derecho, como se evidencia en el siguiente apartado jurisprudencial:

Así las cosas, el acto administrativo, a la luz de la ley colombiana es una manifestación de voluntad, mejor se diría de la intención ya que ésta supone a aquélla, en virtud de la cual se dispone, decide, resuelve una situación o una cuestión jurídica, para, como consecuencia, crear, modificar o extinguir una relación de derecho. Y esa decisión,

²¹**Consejo de Estado, sección Cuarta, 22 de enero 1988 C.P. Hernán Guillermo Aldana Duque:** En ella se dispone que son actos administrativos las conductas y las abstenciones capaces de producir efectos jurídicos y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia (art. 83, inciso 1).

proferida por autoridad competente pública o privada en un proceso de privatización de lo público como el que se observa esporádicamente en el país, está sujeta al control jurisdiccional de lo contencioso administrativo. (Consejo de Estado, 2014, p. 4)

Consejo de Estado, Sección Cuarta, CP. Rafael Ostau de Lafont Pianeta, Sentencia del 19 de marzo de 2009, Expediente. 11001-03-25-000-2005-00285-00.

Ahora bien, en sentencia del 19 de marzo del 2009, la Sección Cuarta del Consejo de Estado analizó la acción de nulidad interpuesta por un ciudadano en contra de la circular Externa No. 0016 del 20 de abril del 2005, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, pretendiendo que se declare la nulidad de ciertos apartados de este documento.

De acuerdo con los postulados establecidos por el Consejo de Estado, las circulares o instrucciones administrativas son actos de la administración “en sentido lato” los cuales son susceptibles de ser demandados, dependiendo el contenido de estas. Por medio de la sentencia analizada, se realiza nuevamente una reiteración jurisprudencial en el cual el consejo de Estado delimita y restringe el objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa frente a los actos de la administración, esencialmente a que los mismo sean capaces en sí mismos de producir efectos jurídicos vinculantes frente a los administrados, como se evidencia a continuación:

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 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. (Consejo de Estado - Sección Primera C.P. Rafael E. Ostau De Lafont, 2009, p. 8)

Bajo la anterior tesis, la sala consideró que la circular 016 del 2005 constituye en sí mismo un acto administrativo toda vez que creaba, modificaba o extinguía situaciones jurídicas y por ende podía ser objeto de control jurisdiccional, en tanto y en cuanto la misma consagra deberes que debían ser acatados por las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud.

3.3.2. Pronunciamientos del Consejo de Estado en los años 2012 – 2022 respecto al control judicial de los documentos con contenido de Soft Law bajo la influencia de la Ley 1437 de 2011.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, CP. Marco Antonio Velilla Moreno, 10 de mayo de 2012, Expediente 11001-03-24-000-2007-00258-00.

A partir de la sentencia de la sección primera del Consejo de Estado del 10 de mayo de 2012, cuyo objeto radicó en la declaratoria de nulidad de la circular externa SSPD 0002 del 13 de marzo de 2007 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por la promulgación de normas especiales en materia contable para los prestadores de servicios públicos. De esta forma, en consideración con la circular externa 0002 del 13 de marzo de 2007, expedida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, es una decisión de la administración que produce efectos jurídicos, debido a que a partir de este acto la Superintendencia manifiesta que está facultada para dictar su propias normas en materia contable para los prestadores de servicios públicos y que no está sujeta a las normas dictadas por el Contador General de la Nación en materia contable.

Sin embargo, esta corporación determina que la circular externa vulnera lo señalado en el artículo 4 y 11 de la Ley 298 de 1996 y la sentencia 425 de 2003 y en consecuencia declara su nulidad, haciendo claridad que el órgano rector en materia de normas contables para el sector público es la Contaduría General de la Nación a las cuales deben atender las Superintendencia y los órganos de control.

En esta providencia, se realiza un análisis respecto de la naturaleza jurídica de las circulares administrativas, para lo cual se establece dos diferencias importantes, aquellas que constituyen actos administrativos y que por lo tanto son capaces de producir efectos jurídicos, y por otra parte aquellos actos que solo tienen un carácter informativo y por lo tanto no son vinculantes los efectos jurídicos que producen.

Por lo anterior, el Consejo de Estado precisa lo siguiente:

De la misma manera, la jurisprudencia del Consejo de Estado, en reiteradas ocasiones ha sostenido que si las circulares o las cartas de instrucción, tienen por objeto dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a sus subalternos, en relación con determinadas materias, o impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas, sin que se contengan decisiones, se está en presencia de simples actos de servicio. “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 causas generales.” (Consejo de Estado, 2007, p. 8)

Sobre el particular, se puede señalar que el alcance jurídico que tienen las circulares de servicio es el de instruir, orientar o coordinar a las entidades estatales, sin que puedan llegar a considerarse como verdaderos actos administrativos debido a que no son de obligatorio

cumplimiento y no generan efectos jurídicos. Por lo tanto, puede ser susceptible de control jurisdiccional una circular cuando su contenido pueda llegar a generar efectos jurídicos y por lo tanto ser vinculante.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, CP. Gerardo Arenas Monsalve, 20 de marzo de 2013. Expediente 08001-23-31-000-2010-00135-01(1575-12).

A partir de la circular No 0034 de 2008, proferida por la secretaría de Gestión de Talento Humano de la Alcaldía de Barranquilla D.E.I.P., se ordenó a la oficina de nómina que no se diera continuidad al pago de la bonificación por prestación de servicios a favor de los servidores públicos del Distrito de Barranquilla, otorgado por el acuerdo distrital del año 1967 y reformada por el acuerdo 01 de 2002.

De esta forma, el Consejo de Estado, realiza un análisis respecto del carácter jurídico de las circulares administrativas y señala que las instrucciones o circulares administrativas pueden ser objeto de control jurisdiccional cuando contengan una decisión que pueda producir efectos jurídicos. Para el caso en el cual estos instrumentos solo se limiten a reproducir norma o se trate de una instrucción u orientación, no están sujetas a control judicial.

Por lo cual, esta corporación, señala:

Conforme a lo señalado, se parte de la premisa de que los actos administrativos constituyen la expresión unilateral de la voluntad de la Administración por medio de la cual se crea, en forma obligatoria, una situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracta, o bien de carácter subjetivo, individual y concreto, es decir que se trata de una decisión capaz de producir efectos jurídicos y, en consecuencia, de vincular a los administrados. No obstante, puede ocurrir que, por extralimitación de funciones o por invadir el ejercicio de las mismas o por error de técnica administrativa, a través de un

acto de servicio, trátese de una circular o de una carta de instrucción, se tomen decisiones que son verdaderos actos administrativos, evento en el cual, sin duda alguna, pueden ser demandables por vicios en su formación ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo.” (Consejo de Estado, 2023, p.11)

Al analizar el contenido de la precitada circular 0034 de 2008, el Consejo de Estado determinó que se trata de un acto administrativo, debido a que a través de la decisión administrativa de no continuar pagando la bonificación de servicios se afecta a los servidores públicos del distrito de Barranquilla.

Finalmente, la sala se declara inhibida frente al caso, aduciendo que se debió demandar a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho debido a que se trata de un acto con contenido particular y concreto, que afectan directamente a un grupo de ciudadanos, mientras que la acción de nulidad simple tiene como finalidad la legalidad del orden jurídico.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, CP. Guillermo Vargas Ayala, 27 de noviembre de 2014. Expediente 05001-23-33-000-2012-00533-01.

En consideración con la acción de nulidad interpuesta por la Asociación de Institutores de Antioquia – ADIDA, se demandó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia la circular No 00060 del 3 de febrero de 2012, que fue expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia, la cual modificó la jornada laboral de los docentes al establecer que el tiempo dedicado a los descansos es una actividad curricular complementaria que no podía ser incluida dentro de las horas efectivas de clase de 60 minutos que dictan los profesores y reciben los estudiantes.

En línea con lo previsto anteriormente se revisó en esta jurisprudencia el control judicial de las circulares y la relación con la ley 1437 de 2011, empezando por analizar que el artículo 137

del CPACA, señala que las circulares pueden ser demandadas a través de la acción de nulidad. Sin embargo, bajo el estudio de esta sentencia se evidencia la necesidad que persiste de establecer un control judicial tanto para todos los actos a través de los cuales se toman decisiones, cualquiera que sea su contenido, es susceptible de control judicial.

De esta manera, se establece un análisis entre la línea jurisprudencia tradicional que establece de manera restringida el control judicial sobre las circulares, y por otra parte la tesis de un control judicial más amplio de los actos con contenido de soft law, acorde con los principios del estado de derecho. De acuerdo con la primera línea tradicional, el consejo de estado ha expuesto que la procedencia del medio de control de nulidad de una circular sólo puede ser admitido cuando al revisar el carácter del acto administrativo, entendido éste como manifestación de voluntad de la administración dirigida a producir efectos jurídicos, por lo cual señalo en esta providencia, lo siguiente:

De este modo, y en atención a que en el cumplimiento de sus funciones la Administración también puede expedir actos que por presentar un valor meramente orientativo, instructivo o informativo carecen de efectos jurídicos directos sobre las situaciones jurídicas de los particulares (en tanto no crean, modifican ni extinguen una), se ha entendido que en estos eventos no resulta procedente el control judicial a cargo del contencioso administrativo. De aquí que la viabilidad de un pronunciamiento jurisdiccional sobre un acto de esta clase dependa de si se producen o no efectos jurídicos directos hacia el exterior de la Administración (ad extra) y, señaladamente, sobre los derechos de los ciudadanos. (Consejo de Estado, 2014, p.12)

Por su parte, surge una nueva línea la cual implica que el control judicial de las circulares debe ser más amplio debido a las transformaciones del derecho administrativo por el uso del soft law, la cual tiene como finalidad que se ejerza control jurisdiccional contra toda circular administrativa, sin tener en cuenta su contenido. Lo anterior, surge como una respuesta a la

regla hermenéutica que establece el efecto útil que “todos los enunciados jurídicos deben interpretarse de tal forma que produzcan un efecto útil” y para evitar que se genere un tipo de inmunidad jurisdiccional respecto de los actos de contenido blando que son proferidos por las entidades públicas y que generan efectos al interior de la entidad como hacia los particulares.

En concordancia con lo anterior, es importante señalar que la línea tradicional también desconoce los artículos 103 y 104 de la ley 1437 de 2011, debido a que no tienen en cuenta que el control jurisdiccional incluye aquellos con contenido de soft law, y no pueden estar sujetos por las situaciones jurídicas particulares, debido a que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, debe atender a los principios, valores y derechos colectivos de la Constitución Política.

En virtud de lo anterior, en esta sentencia se determinó por parte del Consejo de Estado que las circulares administrativas con independencia del objeto al ser una expresión del ejercicio de la función administrativa se encuentran sujeta al control judicial, lo cual amplía el espectro del control judicial incluyendo no sólo los actos administrativos, sino todos los documentos que se profieran como manifestación de la función administrativa.

Finalmente, en consideración con la Circular No. 00060 de 2012 de la Secretaría Departamental de Educación de Antioquia, se evidencia que no existe una modificación al decreto 1850 de 2002, que establece la asignación académica y jornada laboral de los docentes como mínimo de 6 horas dentro del establecimiento educativo, por lo cual la sección primera de la sala de lo contencioso administrativo, niega las pretensiones de la demanda y en consecuencia revoca la sentencia del 6 de noviembre de 2013, que declaró la excepción de ausencia de acto sujeto al control de legalidad.

Consejo de Estado, Sección Tercera Parte, CP. Jaime Orlando Santofimio, Sentencia del 14 de agosto de 2017, expediente 2017-0003100 (58820)

Posteriormente, el catorce de agosto del 2017 Jaime Orlando Santofimio actuando como Magistrado Ponente de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la sección Tercera, Subsección C del Consejo de estado decidió sobre la implementación o no medidas cautelares en un proceso de nulidad simple instaurado en contra de la Circular Externa 01 del 2013 emitido por la Agencia Nacional de contratación Estatal, Colombia compra eficiente.

En el caso particular se analizaba si se debía imponer una medida cautelar de suspensión provisional de la Circular Externa demandada toda vez que, el accionante consideraba que existía un notorio vicio de competencia en la expedición del acto debido a las siguientes razones que se traen a colación:

III. Violación del artículo 189.26 de la Constitución Política. Dijo que se configuró una violación a ese precepto constitucional en razón a que compete al presidente de la República ejercer la inspección y vigilancia sobre las instituciones de bien común, como lo es la Fundación actora.

IV. Objeto de la Agencia Nacional de Contratación Estatal. Refirió la demandante al objeto de esa Entidad, según lo dispuesto en el Decreto-Ley 4170 de 2011 para concluir que no se encontraba dentro de su objeto “regir ni imponer cargas, mayores, a las entidades, que como la Fundación se rigen por el derecho privado”. (Consejo de Estado, 2017, p. 21)

Frente a los anteriores señalamientos, se considera importante enfocarse en los planteamientos realizados por parte del Consejo de Estado frente al cargo tercero y cuarto encaminados a estudiar la posible violación de la potestad reglamentaria del Presidente de la

Republica y a el objeto y funciones de la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente con la finalidad de observar en el presente caso bajo que postulados el Consejo de Estado realiza un estudio previo frente a la legalidad de una circular externa.

Se observa en la argumentación del Consejo de Estado que la circular externa demandada en ningún momento crea, modifica o extingue relaciones jurídicas o produce de manera novedosa un efecto frente a los administrados. En línea con lo anterior, el Consejo de Estado argumenta que no existe ningún tipo de violación a la potestad legislativa prevista en el artículo 150.1 inciso final de la Constitución Política, toda vez que el deber de información establecido en la circular se encuentra previsto en diferentes normas del ordenamiento jurídico, como se observa:

Las razones expuestas, que apenas constituyen un juicio preliminar sobre la medida cautelar, llevan a este despacho a considerar que, a esta altura de la actuación procesal, no se reúnen elementos suficientes para configurar una violación a la potestad legislativa prevista en el artículo 150.1 de inciso final de la Constitución Política, pues entiende como argumento razonable afirmar que el deber de información a quienes contratan con recursos públicos ya se encontraba previsto en el ordenamiento jurídico interno desde la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de su existencia, también, en el escenarios de los estándares convencionales sobre el derecho humano fundamental al acceso a la información pública. (Consejo de Estado, 2017, p. 38)

Por último, el Consejo de Estado resalta que, la norma demandada fue expedida con base en las competencias reguladoras de la Entidad para la formulación de políticas públicas de diseño o gestión de instrumentos de toma de decisión en determinados sectores gubernamentales y específicamente de “difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y

mejores prácticas para las compras y la contratación pública (...)”, como se observa a continuación:

Ejerce una competencia de orientación o coordinación toda vez que tiene a su cargo la formulación de *políticas públicas*, esto es, el diseño o gestión de instrumentos de toma de decisión en determinado sector gubernamental dirigido a abordar y proponer soluciones a asuntos de relevancia pública y, concretamente, se le ha atribuido la competencia de “difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública (...)”, según las voces del numeral 10° del artículo 3° del Decreto 4170 de 2011, potestad reguladora que, en todo caso, debe ejercerse conforme a la Ley y ajustada a la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional. (Consejo de Estado, 2017, p. 39)

En síntesis, tras un análisis del texto examinado, se evidencia que, no se aprecia una consideración detallada por parte de la corporación en la que aborde de manera explícita la cuestión de si la circular demandada pueda ser susceptible de un proceso de nulidad en la jurisdicción Contencioso Administrativa. Sin embargo, a nuestro juicio, el Consejo de Estado no cierra la puerta a la posibilidad de que en una futura sentencia se adopte una posición basada en la tesis de expansión del objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Lo anterior se debe a que, a pesar de reconocer que la circular demandada carece de las características de un acto administrativo, dado que su función se limita exclusivamente a enunciar un deber preexistente en la legislación nacional y no modifica, crea ni extingue relaciones jurídicas, la corporación se pronunció aunque sea de manera preliminar sobre la legalidad de la misma en un proceso de nulidad, lo que genera sin lugar a dudas una gran incertidumbre frente a la posición que asumirá la corporación en el pronunciamiento de fondo

sobre las pretensiones del demandante, específicamente sobre el control de la jurisdicción frente al acto demandado.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera, CP. Nubia Margoth Peña Garzon, 20 de febrero de 2020, Expediente 11001-03-24-000-2010-00317-00.

Por su parte, el 20 de febrero del 2020, La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado se declaró inhibida de pronunciarse sobre la demanda presentada por un ciudadano en contra del “Instructivo de metodología para la depuración y conciliación de las deudas por atención de eventos no incluidos en el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado adeudadas por las entidades territoriales a las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado EPS”.

En lo que respecta e interesa a la presente investigación, el Consejo de Estado hizo un análisis sobre la naturaleza demandable de las instrucciones, y estableció a priori que, “son pasibles de examen de legalidad las instrucciones cuando quiera que ellas contengan aspectos que no se limiten a fijar pautas u orientaciones frente a la aplicación de una determinada normativa” y por ende únicamente pueden ser objeto de control judicial por vía contencioso administrativa dependiente del contenido material, el cual debe ser analizado para cada caso en concreto. Para dilucidar lo anterior, la corporación se cita a sí misma en providencia del 19 de marzo del 2009 de la Sección primera la cual se pronunció sobre el particular en el siguiente sentido:

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 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. (Consejo de Estado, 2020, p. 20)

Adicionalmente, la corporación reconoce la existencia de una nueva postura jurisprudencial desde la expedición del CPACA, denominada el “ensanchamiento del ámbito del control judicial” fundada en la diversidad de la actuación administrativa. Señala adicionalmente que la tesis se encuentra sustentada en que el control de los actos se da por el ejercicio de la actividad del Estado por cuanto la misma constituye per-se función administrativa, para ilustrar lo anterior, trajo a colación la sentencia del 27 de noviembre del 2014 expedida por la Sección Primera del Consejo de estado, la cual estipulo en resumidas cuentas lo siguiente:

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 sólo 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. (Consejo de Estado, 2020, p. 21)

Por último, el Consejo de Estado realiza un análisis frente a la postura que se encuentra vigente al momento de la decisión en la Sección primera del Consejo de Estado y sobre si la

tesis de ensanchamiento estipulada anteriormente había tenido alguna reiteración o detracción, para establecer que la “posición de ensanchamiento del ámbito de control judicial ha tenido pronunciamientos en contrario”, para finalmente concluir lo siguiente:

Esta revisión de los pronunciamientos de la Sección en torno a la posición de la Corporación frente a los actos controlables, permite identificar que el criterio que impera y ante el cual se enfrenta el juzgador al momento de admitir la demanda 29 o al decidir de fondo la misma, es aquel en el que se verifica si se cumplen los criterios que convergen para validar si el “pronunciamiento” demandado constituye o no un acto administrativo, pues no se limita a emitir una mera instrucción sino que debe abordar una situación de contenido jurídico para quienes la aplican o respecto de quienes se dirige. (Consejo de Estado, 2020, p. 24)

Respecto a la tesis restringida señaló que la misma no configura una inmunidad de ciertas manifestaciones de función administrativa toda vez que la misma no se mide por la cantidad de actos que se controle sino con la efectividad y eficiencia de este, como se observa:

No se trata de que se configure la «[...] inmunidad de ciertas manifestaciones de la función administrativa frente al poder jurisdiccional», como lo rótula la sección primera en su providencia, porque la efectividad del control jurisdiccional no se logra o se mide con garantizar que todos tengan control de legalidad, sino que este sea real y efectivo sobre las verdaderas manifestaciones de voluntad unilaterales, capaces de producir efectos jurídicos, porque no toda expresión de la administración es un acto administrativo, pues algunos se limitan a reproducir el contenido de otras normas o las decisiones de otras instancias o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios sin que contengan decisiones susceptibles de control judicial, como de otrora se ha sostenido por esta Sala. (Consejo de Estado, 2020, p. 36)

En el caso en concreto, el Consejo de Estado no considera que el documento acusado contenga o tome alguna decisión toda vez que la misma tuvo como fuentes las normas generales previamente establecidas y se limitó a orientar sobre la “unos formatos de reclamación y su modo de diligenciarlos”, y por ende se inhibe de realizar un control de fondo sobre el mismo, como se evidencia a continuación:

En este caso, el documento acusado contiene una metodología de presentación de las “certificaciones” para el reclamo de recobros por parte de las EPSs, la que se adoptó con fundamento en varias normas que le sirven de sustento. Su remisión o cita a estas disposiciones no la convierte en una manifestación de contenido normativo, en razón a que su objeto mantiene el alcance de instructivo, esto es, el documento tiene implicaciones de ser un acto meramente orientador que adopta unos formatos de reclamación y su modo de diligenciarlos, hecho que en sí mismo impide su control judicial.” (Consejo de Estado, 2020, p. 38)

Consejo de Estado, Sala Especial de decisión No 19, CP. William Hernandez Gómez, 18 de agosto de 2020, Expediente 11001-03-15-000-2020-01618-00(CA).

En sentencia del 18 de agosto de 2020, la sala especial de decisión N.º 19 del Consejo de Estado, realiza el análisis de la acción de nulidad de la directiva transitoria N.º 005 del 8 de abril de 2020 “Por medio de la cual se establecen y adoptan medidas preventivas sanitarias con ocasión al estado de emergencia económica, social y ecológica decretada por el Gobierno Nacional con ocasión a la pandemia Covid-19», expedida por el presidente de la Corporación de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo de la Industria Naval, Marítima y Fluvial (Cotecmar).

Esta sentencia formula como problema jurídico que ¿Las “medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa”, a las que se refieren los artículos 20 de

la Ley 137 de 1994 y 136 del CPACA como objeto del medio de control inmediato de legalidad, sólo comprenden a los actos administrativos, por lo tanto, la directiva no puede ser enjuiciada en este proceso?

Las medidas a las que se refieren los artículos 20 de la ley 137 de 1994 y 136 de la ley 1437 de 2011, establece que el control jurisdiccional no solo es para los actos administrativos, sino para aquellos actos proferidos por la administración como directivas, circulares y demás instrumentos similares, por lo que la directiva transitoria No 005 de 2020, es objeto de control judicial. Lo anterior, de conformidad a la línea jurisprudencial que se adoptó en Sentencia del 27 de septiembre de 2014, en la cual se indica que cualquier circular o documento puede ser objeto de control judicial y en cumplimiento del artículo 103 del CPACA que tiene como finalidad preservar el orden jurídico a través de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En consideración con lo anterior, la ley estatutaria 137 de 1994 en su artículo 20, trata sobre el control inmediato de legalidad frente a las medidas administrativas generales como desarrollo de los decretos legislativos en los estados de excepción. Ahora bien, con relación a las “medidas” se refiere a todos los actos administrativos y a aquellos actos de origen interno de la administración sin distinción de su contenido.

Finalmente, es necesario señalar, que frente al caso materia de estudio, la Sala encontró que a partir de la directiva no se vulneraron principios, reglas o derechos humanos, debido a que las medidas adoptadas son acordes con la constitución y la ley 137 de 1994, y el bloque de constitucionalidad, debido a que la directiva es expedida de manera transitoria para desarrollar el artículo 3 del decreto 491 de 2020, para regular el trabajo en casa y cumplir con la prestación del servicio a cargo de la entidad dentro del marco de la emergencia sanitaria que surge por el

COVID-19. Por lo cual, la directiva N° 005/PCTMAR-VPT/0-2020 del 8 de abril de 2020 supera el juicio inmediato de legalidad y la sala decide declarar ajustadas a derecho las medidas contenidas en este acto.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, CP. William Hernández Gómez, 15 de septiembre de 2022, Expediente 11001-03-25-000-2012-00680-00 (2361-2012).

En ejercicio del control de Nulidad, el ciudadano Julio Cesar López, presentó demanda de nulidad en contra de la circular conjunta No 074 del 21 de octubre de 2009, proferida por la Comisión Nacional de Servicio Civil y la Procuraduría, en relación con la prohibición de suprimir empleos reportados en la OPEC y modificar el manual de funciones y competencias laborales.

En este sentido, la sala realiza un análisis en consideración con los posibles vicios de nulidad por falta de competencia de las entidades que expidieron la circular conjunta No 074 del 21 de octubre de 2009, señalando que la Comisión Nacional del Servicio Civil, expidió este acto en consideración con las facultades otorgadas por el literal h del artículo 11 de la ley 909 de 2005, mientras que la Procuraduría General de la Nación, tiene esta competencia a partir del artículo 277 de la constitución y del artículo 7 del decreto ley 262 de 2000.

Ahora bien, realizando un análisis del contexto jurídico de la facultad para expedir circulares instructivas por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil otorgada a partir del literal h del artículo 11 de la ley 909 de 2004, el Consejo de Estado, realiza un análisis respecto de la definición de circulares y manifiesta lo siguiente:

Por «Circular» puede entenderse una comunicación emitida por una autoridad superior a una inferior respecto de un determinado tema, con el propósito específico de transmitir instrucciones y decisiones a través de las cuales se expone el criterio jurídico o la interpretación de dicha autoridad frente a las normas que le corresponde aplicar en ejercicio de sus funciones. Se trata de instrumentos jurídicos que, sin tener las características propias del reglamento, expresan una manifestación general de la administración con carácter obligatorio para sus destinatarios. (p.15)

De esta forma, los actos con contenido de soft law, es una práctica que se ejerce en las entidades del estado para la expedición de actos que tienen como objeto instruir u orientar de manera técnica como deben interpretar las normas jurídicas en determinados casos, por lo cual son objeto de control judicial, bajo la línea jurisprudencial que se adoptó por parte del Consejo de Estado a partir del 27 de noviembre de 2014, por la sección Primera, en la que se indicó:

Con la premisa de que el CPACA introdujo una modificación en el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en su artículo 103, sobre la finalidad expresa que tiene esta de preservar el orden jurídico (que no estaba señalada claramente en el artículo 82 del CCA52), y además en el artículo 104, que consagró que esta jurisdicción conocerá de las controversias y litigios originados en «actos» sujetos al derecho administrativo (y en este sentido no exclusivamente a «actos administrativos», tal y como lo disponía el artículo 83 del CCA). (Consejo de Estado, 2014, pp. 17-18)

Por lo cual, en la actualidad los documentos de derecho blando como circular, directivas, guías y manuales son objeto de control judicial, debido a que son manifestaciones del poder de

la administración con repercusiones para la entidad como para los particulares. Es así como para el caso en concreto, la CNSC, tiene la facultad de expedir circulares y normas de derecho blando como instrucciones que permiten un mayor entendimiento de la normatividad que regula la carrera administrativa y la Procuraduría General de la Nación actuó en el rango de las competencias constitucionales para la expedición de la Circular Conjunta N° 074 del 21 de octubre de 2009, y por tanto en esta sentencia el Consejo de Estado decide negar las pretensiones de nulidad formuladas por la parte demandante.

Capítulo IV: Análisis de los documentos proferidos por Colombia Compra Eficiente.

De acuerdo a las facultades otorgadas a Colombia Compra Eficiente para emitir normas con contenido de derecho blando o también llamado soft law, se intentará mostrar en este capítulo cómo se ejerce esta potestad por parte de este ente rector en materia de contratación estatal con la finalidad de establecer la necesidad que existe de unos lineamientos que deban tenerse en cuenta para la expedición de estos instrumentos, los cuales han sido considerados por regla general que no obligatorio su cumplimiento. Sin embargo, en la práctica de la contratación estatal son adoptados y más aún cuando surgen por las competencias conferidas por una ley a la CCE.

De esta manera, para el desarrollo de este capítulo se hizo una revisión exhaustiva de las circulares, guías y manuales proferidos por Colombia Compra Eficiente, de los cuales se analizaron tres (3) circulares y tres (3) guías, que fueron elegidas bajo el criterio diferenciador del tema y del contenido de estos, excluyendo aquellos documentos en los que solo remiten a otra norma debido a que no se podía realizar un análisis frente a esta normatividad.

4.1. Circulares

Circular 004-2021 del 21 de septiembre del 2021. Plan Operativo para el proceso de implementación obligatorio de los acuerdos marco de precios de Colombia Compra Eficiente.

La circular 004 de 2021, emitida por la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, está dirigida a las entidades estatales que se rigen por la ley 80 de 1993, en la cual establece el plan operativo para el proceso de implementación obligatorio de los acuerdos marco de precios que estructura Colombia Compra Eficiente en cumplimiento del artículo 3 del decreto 4170 de 2011 y las facultades que le fueron otorgadas a partir del decreto 310 del 25 de marzo de 2021.

De esta forma, el carácter obligatorio de los acuerdos marco de precios surge a partir de la ley 1955 de 2019, decreto 1082 de 2015 y el Plan Nacional de Desarrollo “Pacto por Colombia, Pacto por la equidad”, generando un cambio que implicó que todas las entidades del estado sometidas al estatuto general de contratación pública tuvieran que hacer uso de estos catálogos de la Agencia Nacional de Contratación Pública, en la cual se definen los criterios para la adquisición de bienes o servicios con características técnicas uniformes.

Al respecto, en consideración con el plan operativo para que se implementen los acuerdos marco de precios de forma obligatoria, Colombia Compra Eficiente, estableció cronograma de capacitación para que se permitiera un ingreso gradual y progresivo de la tienda virtual del Estado.

De modo que las entidades públicas, están sujetas al cumplimiento obligatorio de los acuerdos marco de precios establecidos por Colombia Compra Eficiente, aspecto que es de importante análisis para la presente investigación debido a que confirma que los actos emanados por Colombia Compra Eficiente establecen lineamientos que son aplicados en la práctica de la contratación pública y los cuales no son controlados por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Es así como los documentos con contenido de Soft Law que profiere Colombia Compra Eficiente, no tienen unos criterios establecidos para la expedición de estos actos, debido a que no siempre se limitan a reproducir una norma, sino que establecen directrices que deben ser acatadas en los procesos de compras públicas.

En este sentido, la circular 004 de 2021 emitida por Colombia Compra Eficiente, señala que “Los criterios, variables y lineamientos sobre los acuerdos marco de precios, deberán observarse por la entidad estatal en su etapa de planeación contractual, lo cual, deberá materializarse de forma documental y ser divulgado a través de la publicación en el SECOP,

conforme lo establecido por el inciso final del párrafo segundo del artículo 2.2.1.2.1.2.12. del decreto 1082 de 2015.” (Colombia Compra Eficiente, 2021, p. 17)

Por lo anterior, se concluye que aunque la circular materia de estudio surge en cumplimiento de las facultades otorgadas por el decreto 310 de 2021 a Colombia Compra Eficiente, debieran tener unos medios de control en los que se analicen el contenido de estas directrices, debido a que para el caso los acuerdos marco de precios son estructurados por esta unidad administrativa y son de carácter obligatorio para la entidades estatales en materia de compras de bienes o servicios con características uniformes, como se mencionó anteriormente.

Circular 002 del 17 de marzo del 2022, Obligatoriedad en el uso del SECOP II para la vigencia fiscal de 2022.

Colombia Compra Eficiente, surge como un ente rector en materia de contratación pública y dentro de sus competencias se encuentra la de administrar el Sistema Electrónico para la Contratación Pública - SECOP, en consideración con el Decreto Ley 4170 de 2011. Por lo anterior, la circular 002 de 2022, objeto de análisis, establece los lineamientos obligatorios para el uso del SECOP II en el año 2022 e indica lo siguiente:

El Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOP-, fue creado por el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, como punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las entidades estatales y la ciudadanía, contando con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos. En concordancia con lo anterior, respecto de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente-, el numeral 8 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, establece como una de sus funciones la de desarrollar y administrar el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP o el que haga sus veces. (Colombia Compra Eficiente, 2022, pp.1-2)

Así mismo, debido a la importancia que tiene la contratación estatal para la ejecución de los recursos, se busca optimizar recursos y facilitar el acceso a los procesos de contratación de forma virtual para lo cual se ha diseñado la plataforma SECOP II, para lo cual se establece como fecha de entrada en rigor el 18 de julio de 2022, sin que se haga extensivo el plazo por los manuales de contratación internos de la entidad. De modo, que Colombia Compra Eficiente en esta circular deja sentado el carácter obligatorio de las fechas establecidas para la implementación del SECOP II, lo cual implica que los procesos de contratación de las entidades públicas seleccionadas para que empiece a funcionar el SECOP II, deberán aplicar este sistema en todas las modalidades de selección de la Ley 80 de 1993.

Finalmente, se concluye que, aunque esta circular no se convierte en un acto administrativo, si establece una serie de lineamientos obligatorios, los cuales deben ser adoptados por las entidades públicas para la adopción del SECOP II debido a que su inobservancia puede generar responsabilidad disciplinaria para las entidades y sus funcionarios.

Circular Externa 001 del 09 de febrero del 2023. Lineamientos sobre el deber de remitir información a la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente del cumplimiento y resultados de la adopción de las medidas del artículo 33 de la Ley 2069 de 2020.

Dentro de las funciones de Colombia Compra Eficiente, se encuentra el desarrollo de diferentes herramientas para mejorar las prácticas de contratación pública para las entidades del estado y las micro, pequeñas y medianas empresas – MIPYMES, con la finalidad de promover su participación en las compras públicas, de conformidad con la Ley 2069 de 2020.

La precitada normativa contempla que la información relacionada con el acceso de las MIPYMES a la contratación pública debe ser reportada a Colombia Compra Eficiente en los dos primeros meses del año a través del aplicativo web, lo cual sirve para la evaluación anual

del desempeño de estas. Así mismo, a través del SECOP las micro, pequeñas y medianas empresas podrán participar en los procesos de contratación que publican las entidades públicas y tener más posibilidades de contratar con el estado.

A manera de conclusión, en consideración con la circular revisada se puede señalar que, en este caso, aunque se realizan una serie de orientaciones para las MIPYMES, lo hace en cumplimiento de las facultades otorgadas por la ley 2069 de 2020. Sin embargo, el alcance de los lineamientos de remitir la información correspondiente del año anterior a Colombia Compra Eficiente implica una obligación para estas empresas.

4.2. Guías

Guía para la participación de Proveedores Extranjeros en Procesos de Contratación del 28 de julio del 2017.

Entre las guías y manuales que expide Colombia Compra Eficiente en uso de sus funciones, destacamos, para los fines de esta investigación la “Guía para la participación de Proveedores Extranjeros en Procesos de Contratación”. Al analizar su contenido en una primera aproximación, resalta su relevancia jurídica, y se plantea una interrogante crucial sobre la misma ¿En qué medida una guía puede aportar más allá de la normativa vigente en el ordenamiento jurídico colombiano respecto a la participación de extranjeros en los procesos de la Contratación estatal?

La Guía está diseñada con el propósito de proporcionar información a manera de orientaciones y recomendaciones a los proveedores extranjeros interesados en participar en procesos contractuales en Colombia. De acuerdo con lo anterior, al carecer de órdenes u obligatoriedad alguna en su aplicación por parte de las Entidades Estatales, se considera que la

misma encaja perfectamente en la definición de Soft Law, de acuerdo con los parámetros establecidos en capítulos anteriores.

No obstante, dado a su importancia jurídica en los procesos contractuales y al nivel de confianza que puede generar una guía expedida por la entidad rectora de la contratación en Colombia, consideramos que la misma puede orientar el comportamiento de los extranjeros que la usen como guía para acceder a procesos licitatorios y en algunos casos en las entidades que tengan duda frente a tales circunstancias. En tal sentido, el documento se presenta como un ejemplo perfecto de la influencia que puede generar el Soft Law en el comportamiento de las personas y por ende su análisis jurídico es ideal para la presente investigación.

Al realizar un análisis integral de la misma se observa en sus primeros capítulos, el documento se limita a ofrecer información y contextualización de manera simplificada y breve sobre el funcionamiento en la práctica del Sistema de Compra Pública, la plataforma SECOP I, SECOP II y la tienda virtual del Estado Colombiano. En este sentido, la primera parte del documento no se percibe ningún tipo de interpretación, orientación u opinión por parte de la entidad que pueda aportar al objeto de la presente investigación, toda vez que, como se acotó anteriormente, se limita a realizar una descripción breve del sistema y sus herramientas.

Sin embargo, al profundizar en la revisión del documento, se observó que, la misma releva de la obligación de registrarse en el Registro Único de Proponentes a los proveedores extranjeros sin domicilio en Colombia, estableciendo la posibilidad de acreditar directamente la información que debería consignarse en el mismo ante la Entidad Estatal que adelante el proceso como se ilustra a continuación:

En Colombia existe el registro único de proveedores exigido para un gran número de Procesos de Contratación. El propósito del RUP es contar con la información de los posibles interesados en procesos de compra y tener en único registro la información

estándar que los interesados deben presentar en los Procesos de Contratación. Los proveedores extranjeros sin domicilio en Colombia no están obligados a tener RUP por lo cual deben acreditar esta información directamente ante la Entidad Estatal que adelanta el Proceso de Contratación en la forma indicada en los pliegos de condiciones y en el SECOP II cuando el proceso es en línea. (Colombia Compra Eficiente, 2016, p, 8)

En este sentido, lo anterior va en contravía del artículo sexto de la Ley 1150 del 2007, modificado por el Decreto 19 de 2012, en el entendido de que dicha normativa no solo concede esta prerrogativa a los extranjeros sin domicilio en Colombia, sino que también la extiende a las personas jurídicas que carecen de sucursal en el territorio nacional. Esta distinción se considera fundamental para los procesos de contratación toda vez que, la normatividad otorga un beneficio a los extranjeros siempre y cuando acrediten dos circunstancias de hecho totalmente diferente y de la interpretación de la Guía se extrae únicamente una de ellas.

Así mismo, se presenta como la primera imprecisión en la cual incurre la entidad. Teniendo en cuenta que, la guía se encuentra encaminada a facilitar y orientar el proceso de contratación tanto para personas jurídicas como para personas naturales, no brinda información completa y limita el alcance de la normatividad únicamente a las entidades que no tienen domicilio en Colombia.

Lo anterior puede generar, sin lugar a duda dos efectos adversos (i) Que las entidades soliciten el registro RUP a entidades extranjeras que cuenten con sucursal en Colombia y/o (ii) Que los extranjeros que cuenten con sucursal en Colombia, pero sin domicilio, no se registren en el RUP confiando en la guía de la entidad rectora en contratación y sean rechazados de los procesos de contratación por no cumplir con este requisito.

Para contextualizar lo anterior es importante recordar que el domicilio personal es definido por el Código Civil como “El lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio civil o vecindad.” Mientras que, el Código de Comercio define una sucursal como los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad.

De lo anterior, se puede extraer con claridad que el Decreto 092 del 2017 regula dos supuestos de hechos distintos, no tener domicilio y no tener sucursal en Colombia, otorgando a ambas situaciones el mismo beneficio. Por lo tanto, consideramos que la omisión en la que incurre en la guía puede fácilmente confundir a un extranjero en un proceso licitatorio o a las entidades frente a la participación de estos causando una creación de requisitos que no se encuentra estipulada en la normatividad colombiana vigente.

Finalmente, frente a las demás disposiciones incorporadas en el documento, aparte de la remisión directa la Circular Externa No 17 del 11 de febrero del 2015, la cual se analiza de manera aislada en la presente investigación, se evidencio que los demás apartados de la guía únicamente se limitan a informar lo que la ley establece para los proceso de contratación y a brindar orientación a las entidades de manera breve y concisa de la cual no se resalta ningún error o imprecisión que valga la pena analizar.

Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad del 31 de agosto del 2018.

Según el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia, los niveles nacional, departamental, distrital y municipal del gobierno, están facultados para, con recursos de sus respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y que consideren como “de reconocida idoneidad”. Esta colaboración tiene como finalidad impulsar

programas y actividades de interés público en consonancia con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. Adicionalmente, el mencionado artículo dispone que, será el Gobierno Nacional el encargado de reglamentar lo concerniente en esa materia.

En cumplimiento de los postulados constitucionales mencionados, el Gobierno Nacional emitió el Decreto 092 de 2017 “Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política”. Es pertinente resaltar desde ya que, los sus artículos primero y tercero del decreto designan a Colombia Compra Eficiente como entidad encargada de expedir una guía para definir los conceptos mencionados en el decreto y de establecer criterios y pautas para orientar la aplicación de sus postulados.

Es importante destacar de entrada que, el decreto no confiere fuerza vinculante a la guía que Colombia Compra Eficiente expida en cumplimiento del mismo. En lugar de ello, se limita a establecer que la guía debe orientar a las entidades para la correcta aplicación de las disposiciones establecidas, específicamente, la guía debe proporcionar pautas y criterios que determinen las características que las entidades sin ánimo de lucro deberán acreditar en los procesos de contratación, y se espera que las entidades apliquen y tengan en consideración la misma en los procesos de contratación establecidos en el decreto. Sin embargo, es evidente que la guía no cuenta con un carácter vinculante u obligatorio que fuerce su aplicación por parte de entidades estatales y terceros.

De conformidad con lo anterior, aunque las entidades deben tomar en consideración lo que dicha guía establece, no existe un deber legal de aplicar sus preceptos y por ende la misma puede ser considerada a todas luces como una manifestación de soft-law de Colombia Compra Eficiente. En este sentido, se tiene que, mediante sentencia del seis de agosto del dos mil diecinueve, la Sección Tercera del Consejo de Estado decretó la suspensión provisional de los

apartados del Decreto en los cuales se hacía referencia a la guía expedida por Colombia Compra Eficiente.

En la mencionada sentencia el tribunal consideró que el presidente de la república excedió sus facultades al delegar en otra autoridad administrativa el ejercicio de las funciones otorgadas por el artículo 355 constitucional, toda vez que, se consideraba que el Decreto asignaba competencia para determinar el alcance y la interpretación de algunas expresiones del decreto acusado, como se puede evidenciar en el siguiente apartado:

En este orden de ideas, el despacho encuentra que se violó el artículo 115 de la Constitución Política, pues el Gobierno Nacional asignó la competencia para determinar el alcance y la interpretación de algunas expresiones del decreto acusado, así como la definición de las “pautas” y los “criterios” en que se debe llevar a cabo la contratación con las entidades sin ánimo de lucro [inciso segundo del artículo 3 del decreto enjuiciado], a una autoridad que no hace parte del Gobierno Nacional, como lo es la agencia de contratación estatal Colombia Compra Eficiente. Se trata de una labor indelegable por naturaleza, la cual no se puede transferir a otra autoridad administrativa que no haga parte del Gobierno Nacional, pues la Constitución no contempla tal posibilidad cuando dice que esa función compete al gobierno nacional, razón por la cual no puede no puede transferirse. (Consejo De estado, Martin Bermúdez, 2019, p.15)

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que la guía expedida por Colombia Compra eficiente en relación con la materia no cuenta obligatoriedad suficiente para que sus preceptos sean considerados como vinculantes, pero, resulta evidente que cuenta con la fuerza necesaria para determinar la conducta de sus destinatarios debida a la importancia jurídica de su contenido y a la calidad de entidad rectora de la contratación pública en Colombia, que ostenta la entidad quien la expidió.

De esta manera, se considera relevante evaluar en qué medida las pautas y criterios de interpretación establecidos para la aplicación del decreto se alinean con la legislación y Constitución Política Colombiana y los efectos de las disposiciones incorporadas en el mismo. Por lo anterior, es evidente una extralimitación de funciones en las disposiciones que establece la guía para la aplicación e interpretación del Decreto 092 del 2017. En un primer momento, se observa que la guía crea requisitos, criterios de interpretación y parámetros de aplicación de la normatividad adicionales a los establecidos en el mismo decreto, sin que la misma tenga la facultad legal de reglamentar los postulados de este.

En este sentido, se tiene que la guía analizada establece, en qué escenarios o criterios que se deben tener en cuenta presentar para considerar que una ESAL tiene ventajas para alcanzar la eficiencia sin sacrificar el bienestar de la población en el momento de determinar la procedencia de la contratación con estas (cita), como se observa a continuación:

La norma citada reconoce la existencia de condiciones fácticas en las cuales las ESAL tienen ventajas para alcanzar eficiencia y eficacia sin sacrificar el bienestar de la población atendida. Ellas se presentan, cuando (i) es difícil pactar de manera precisa y determinable los resultados del contrato, esta situación se presenta cuando los resultados esperados del contrato tienen apreciaciones sobre la calidad o satisfacción de la población; (ii) los usuarios y la Entidad Estatal tienen dificultades para determinar la calidad del servicio prestado, evento que se presentan en servicios donde el prestador cuenta con un conocimiento especializado que no es fácilmente adquirible por los beneficiarios y (iii) el proveedor privado cuenta con incentivos para reducir costos en detrimento de los ciudadanos. Cuando esas circunstancias se presentan, el Sistema de Compra Pública no es la mejor herramienta para satisfacer la necesidad. (Colombia Compra Eficiente, 2016, p. 12)

Sin embargo, el decreto 092 del 2017 en ningún momento limita la procedencia de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad a algún escenario en particular. La precitada normatividad únicamente establece tres requisitos para que sea procedente la contratación con dichas entidades, entre ellas que dicha contratación represente la optimización de recursos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo de riesgos.

Ahora bien, en línea con lo anterior, se tiene que el acápite de la Guía analizado reduce el campo de acción de contratación regulada a tres escenarios en particular, realizando una interpretación errónea y reducida del decreto más allá de la literalidad de este, lo que conlleva a una limitación de la normatividad. Lo cual, se traduce en una regulación del decreto por parte de Colombia Compra Eficiente sin autorización legal para tal fin y en una clara extralimitación de sus funciones de orientación frente al Decreto creando escenarios que no se encuentran previstos en el mismo.

En la misma línea de lo estipulado anteriormente, se observa que, para la realización del proceso de Contratación en desarrollo del Decreto, la Guía establece nuevamente criterios extraños a los establecidos en el decreto, extralimitando nuevamente sus funciones y realizando una interpretación errónea del mecanismo. La Guía analizada establece que, en la etapa de selección que se realiza para el proceso de contratación y para la determinación de la reconocida idoneidad de la ESAL, las entidades estatales deberán revisar que la ESAL cuente con un “reconocimiento público manifiesto” y la reputación personal de los administradores y miembros de la junta u órgano colegiado, como se observa a continuación:

Reputación: La entidad privada sin ánimo de lucro para ser de reconocida idoneidad debe tener una buena reputación en el Sistema de Compra Pública y en sus grupos de interés. La Constitución Política sólo autoriza a celebrar contratos en desarrollo del artículo 355 de la Constitución Política con entidades privadas sin ánimo de lucro que

cuenten con un reconocimiento público manifiesto. Cuando las Entidades Estatales han decidido emplear recursos en apoyar una entidad sin ánimo de lucro para cumplir sus objetivos del Plan de Desarrollo, deben utilizar su juicio, el sentido común y la sana crítica para evaluar la reputación de la ESAL que va a recibir los recursos públicos.

Etapa de selección: En la etapa de selección, bien sea con competencia o sin ella, la Entidad Estatal debe revisar la reputación personal de los administradores y miembros de junta u órgano colegiado. Debe asegurarse que no están en una situación de conflicto de interés con el cumplimiento de sus funciones y el objeto del contrato y que no están inhabilitados para contratar con el Estado. (Colombia Compra Eficiente, 2016, p. 16)

En el primer apartado citado, se observa con claridad una extralimitación a la función orientadora de Colombia Compra Eficiente y de sus circulares, toda vez que, las disposiciones allí incorporadas regulan directamente los postulados del artículo 355 de la Constitución Política de Colombia. El mencionado artículo en ningún momento establece que las ESAL con las cuales el gobierno podrá celebrar contratos deberán contar con un reconocimiento público manifiesto, únicamente establece que deben ser entidades de reconocida idoneidad.

Así mismo, el Decreto 092, define de manera expresa que se entiende por reconocida idoneidad y en ningún momento establece que para ser reconocida como tal debe contar con un “reconocimiento público manifiesto”. Por lo anterior, se considera que el texto citado se encuentra encaminado a reglamentar directamente el artículo 355 constitucional sin contar con autorización legal y/o competencia para el efecto, por ende, contraria la Constitución Política de Colombia estableciendo criterios y parámetros adicionales a los establecidos en el ordenamiento jurídico.

De la misma manera, se considera que el texto citado de la Guía, correspondiente a la etapa de selección, establece criterios para la selección de las ESAL, en el proceso de contratación

que no se encuentran reglamentados en el Decreto 092 del 2017 y mucho menos en la Constitución Política de Colombia, sin que exista una autorización o competencia en cabeza de la entidad para reglamentar la materia.

La Guía establece la obligación de las Entidades Estatales de revisar la reputación personal de los Administradores y miembros de las juntas directivas de las ESAL, que participen en el proceso de contratación generando que la reputación personal de sus miembros se convierta en un requisito adicional para ser considerado como de reconocida identidad, sin que ello se hubiese estipulado en el Decreto 092 del 2017.

Adicionalmente se considera que, establecer como requisito para contratar la reputación personal de las personas participantes en un proceso de contratación genera una subjetivación del proceso debido a la amplitud del término y contraria directamente el principio de selección objetiva establecido en la Ley 80 de 1993 y la Constitución Política de Colombia.

Guía de Compras Públicas Socialmente Responsables del 11 de septiembre del 2018.

Mediante la creación de la guía de compras públicas socialmente responsables, Colombia Compra Eficiente busca la implementación de principios de las Naciones Unidas frente a la protección de los derechos humanos a la contratación estatal.

Aun cuando, la guía establezca expresamente que, la misma se encuentra encaminada a ofrecer información y realizar recomendaciones a las entidades estatales y los proveedores, de contenido de la misma se puede extraer varias disposiciones encaminadas a condicionar los procesos de compra de la entidades y en varias ocasiones se encuentra la incorporación de disposiciones que las entidades deben acatar, extralimitando las funciones orientadoras de la entidad, por lo cual se considera relevante el análisis de la misma y de sus disposiciones.

El documento analizado efectivamente brinda parámetros y herramientas a las entidades y proveedores que participen en el sistema público de compras para que la contratación estatal se rija por parámetros que respeten, garanticen y defiendan los derechos humanos de todos los involucrados en dicho proceso.

De esa manera, el documento plantea maneras de dar aplicación a los principios rectores internacionales sobre derechos humanos y empresas y establece lo que se consideran como buenas prácticas, incentivos y penalidades para incentivar las compras públicas socialmente responsables en Colombia, sobre las cuales se considera importante realizar ciertas precisiones y observaciones.

Encontramos como primera observación relevante que, el apartado correspondiente a la aplicación de los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos al sistema de Compra Pública impone el deber de aplicar los principios rectores sobre las Empresas y Derechos humanos de la Organización de Naciones Unidas, a las entidades Estatales y proveedores de las mismas, de la siguiente manera: “Las Entidades Estatales y los proveedores nacionales y extranjeros deben aplicar en los procesos de compra pública que adelanten los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas.”²²(Colombia Compra Eficiente, 2018, p. 4).

El apartado anterior no solo interpreta de manera errónea la normatividad interna y del artículo noveno de la constitución política, sino que, nuevamente sin contar con algún tipo de habilitación legal, Colombia Compra Eficiente crea el deber en cabeza de todos los participantes en procesos de contratación estatal de aplicar los Principios Rectores de la ONU, sin tener en cuenta si los mismo han sido aceptados y ratificados internamente o no. En desarrollo del

²² Colombia Compra Eficiente, 2018, *Guía de compras públicas socialmente responsables* Pg. 10: Los proveedores deben cumplir con el deber de debida diligencia en la elaboración de sus propuestas y los riesgos en materia de derechos humanos identificando y evaluando las consecuencias negativas o potenciales que pueda tener su actividad como resultado de la adjudicación de un contrato estatal y las medidas que adoptarán para mitigarlos. Para ello deben:

anterior postulado, se encuentra que, la guía analizada particularmente crea obligaciones generales de los proveedores que no se encuentran sustentadas por ninguna normatividad nacional, como las siguientes:

Evaluar y tratar los principales riesgos para los derechos humanos, prestando especial atención a la violencia de género, a la violencia sexual, el acceso y protección de la tierra y la protección especial a las víctimas del conflicto. Procurar incorporar a su planta de personal o para la ejecución del contrato, población vulnerable, particularmente a víctimas del conflicto armado. (Colombia Compra Eficiente, 2018, p.8).

Adicionalmente, el documento establece que, en caso de resultar adjudicatarios del contrato estatal, los proveedores deben expresar en un documento separado su compromiso claro y expreso de respetar los derechos humanos.

El apartado anterior, traslada la evaluación de riesgos que debe hacer la entidad estatal en el proceso de contratación de bienes y servicios al proveedor, estableciendo que es este quien se encuentra obligado a evaluar los riesgos que puede generar la contratación y/o proyecto a desarrollar para los derechos humanos de la población colombiana.

Así mismo, no se entiende si se está relevando a las entidades colombianas de sus deberes de evaluar los riesgos del proceso de contratación, frente a los derechos humanos que podrían eventualmente ser vulnerados y trasladando únicamente este deber al proveedor interesado en contratar.

Por lo cual, se considera que, la guía no solo brinda recomendaciones a los proveedores, sino que de manera expresa crea “obligaciones generales” que deben ser aplicadas por los

proveedores para garantizar el respeto por los derechos humanos, sin que dichos deberes cuenten con alguna consagración legal que les de algún tipo de sustento.

De acuerdo con lo anterior, en el último apartado la guía establece que, las disposiciones e interpretaciones establecidas en el mismo se encuentran respaldadas en: “Las normas y principios constitucionales y legales que rigen el sistema de compra pública. Particularmente la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, el Decreto 1882 de 2018 y el Decreto 392 de 2018” (Colombia Compra Eficiente, 2018, p. 16).

Sin embargo, al realizar una lectura de la normatividad traída a colación por la guía, no se encuentra en ningún momento la estipulación de deberes como la evaluación del riesgo de vulneración de derechos humanos por parte de los proveedores de las entidades estatales o de suscribir un compromiso claro y expreso de respeto a los derechos humanos en caso de ser adjudicatarios de un contrato estatal.

De conformidad con lo anterior, se puede establecer que, la guía no solo establece como obligatorio la aplicación de principios internacionales aplicados por la ONU sin tener en cuenta si los mismos han sido ratificados en el ordenamiento interno Colombiano o no, contrariando directamente la Constitución Política de Colombia²³ y la soberanía nacional, sino que se extralimita en su contenido al crear obligaciones y deberes adicionales a los exigidos legalmente a los proveedores en el proceso de contratación con entidades públicas.

²³ **Constitución Política de Colombia 1992, Art 09:** Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.

Conclusiones

Las actuaciones y manifestaciones de derecho blando son mecanismos de gran relevancia para el derecho administrativo toda vez que, mediante la aplicación y uso de estos, la administración orienta a los administrados y a sus propias instituciones sobre la interpretación y parámetros de aplicación y seguimiento de la Ley. Aun cuando dichas manifestaciones carecen de obligatoriedad y vinculatoriedad frente a los terceros, debido a la importancia jurídica inmersa en sus postulados y a su capacidad orientadora las mismas no pueden encontrarse desprovistas de control judicial alguno por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Como se observó a lo largo de la presente investigación, los postulados del derecho administrativo, la constitucionalización del mismo y los principios del Estado Social y Democrático de Derecho plasmados no solamente en la Constitución Política sino en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo reclaman que, toda actuación realizada por parte de una autoridad administrativa se encuentre sujeta a un control por parte de un juez y mucho más si las mismas contienen la virtualidad de influenciar la actuación de sus receptores.

Así mismo, en consideración con las facultades otorgadas a Colombia Compra Eficiente, a partir del decreto 4170 de 2011, para el desarrollo e implementación de políticas, normas e instrumentos en materia de contratación estatal, en la que establece las dinámicas para la adquisición de bienes y servicios y promover la libre competencia de los proveedores. Sin embargo, existe la necesidad de ejercer un control jurisdiccional respecto de estos instrumentos de derecho blando, debido a que muchas terminan estableciendo prerrogativas obligatorias en

cumplimiento de derechos ley o leyes que otorgan estas facultades al ente rector para establecer lineamientos que son adoptados por los partícipes de la contratación pública.

De esta manera, en atención a la capacidad del Soft Law de orientar e influir en las actuaciones de las entidades públicas en la contratación estatal, se requiere adoptar un control judicial respecto al contenido de estos documentos y unificar jurisprudencia por parte del Consejo de Estado buscando establecer un criterio unificado toda vez que hasta el momento la corporación ha asumido ambas tesis en diferentes momentos lo que genera inseguridad jurídica y dependiendo de la interpretación o postura jurisprudencial que adopte el servidor jurídico encargado, desprovistas de control judicial a las manifestaciones de Soft Law hechas por Colombia Compra Eficiente.

Del análisis realizado a los diferentes documentos emitidos por Colombia Compra Eficiente se pudo evidenciar que, tanto la entidad como sus pronunciamientos desconocen el alcance que efectivamente tienen tanto las funciones otorgadas a la entidad como los documentos que emiten en cumplimiento de las mismas. De esta manera, en la mayoría de los textos analizados se observa una extralimitación a sus funciones, creando nuevas disposiciones o modificando y reglamentando las disposiciones legales existentes, muchas veces en contravía de las leyes y disposiciones constitucionales que se encuentran establecidas en cada caso, como sucede por ejemplo con la Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad.

Por lo anterior y debido a la influencia que tiene tanto Colombia Compra Eficiente como entidad rectora de la contratación estatal en Colombia como sus disposiciones y documentos, se hace evidente la necesidad imperante de ejercer un control sobre sus postulados en aras de

que los mismos efectivamente sirvan para cumplir las funciones delegadas en la entidad y no se conviertan en una extralimitación y/o desviación de facultades en atención al funcionario que las emiten. En atención a lo anterior, consideramos necesario que exista un criterio unificado por parte del Consejo de Estado en cuanto al control judicial que se realiza a los actos de Soft Law, para que de esta manera pueda abrirse la puerta a un control sobre todos los documentos de derecho blando y en especial aquellos emitidos por Colombia Compra eficiente.

Finalmente, con esta investigación se puso de presente la necesidad que existe de establecer el control judicial de los actos con contenido de soft law y la unificación de criterios por parte del Consejo de Estado, debido a la influencia que ha tenido el derecho blando en el derecho administrativo y especialmente en la contratación estatal a partir de la creación de Colombia Compra Eficiente.

Referencias

Álvarez Patiño, L. A. (2021). La potestad normativa de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el sistema de fuentes de derecho en la contratación estatal. *Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas*, 50(132), 50-79. doi: <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v50n132.a03>

Araujo- Juárez, J. (2020). *Derecho Administrativo Constitucional* (Segunda ed.). Santiago de Chile: Ediciones Olejnik. Recuperado el 22 de mayo de 2023.

Arbeláez, G. R. (1985). *El espíritu del derecho administrativo*. Bogotá D.C: Temis. Recuperado el 16 de junio de 2023.

Becerra, A. H. (2012). El nuevo código y la constitucionalización del derecho administrativo. *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código*.

Boretto, M. M. (5 de marzo de 2012). Soft Law. Nuevos enfoques para el desarrollo progresivo del derecho internacional de la propiedad intelectual. *Ars Boni Et Aequi*, 81-144. Recuperado el 17 de junio de 2023, de <file:///C:/Users/maria/Downloads/Dialnet-SoftLawNuevosEnfoquesParaElDesarrolloProgresivoDel-3975785.pdf>.

Colombia Compra Eficiente. (28 de julio de 2017). *Guía para la participación de Proveedores Extranjeros en Procesos de Contratación*. Obtenido de file:///C:/Users/maria/Downloads/cce_guia_proveedores_extranjeros.pdf

Colombia Compra Eficiente. (11 de septiembre de 2018). *Guía de compras públicas socialmente responsables*. Obtenido de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_cp_socialmente_responsables_0.pdf

Colombia Compra Eficiente. (31 de agosto de 2018). *Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad*. Obtenido de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_esal.pdf

Colombia Compra Eficiente. (17 de marzo de 2022). *Circular 002*. Obtenido de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/circular_externa_002_2022.pdf

Colombia Compra Eficiente. (9 de febrero de 2023). *Circular 001*. Obtenido de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/circular_del_aplicativo_de_la_ley_de_emprendimiento_-_version_final_febrero_09_2023_1.pdf

Colombia Compra Eficiente. (21 de septiembre de 2021). *Circular 004*. Recuperado el 16 de septiembre de 2023, de https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_circulares/vf_circular_externa_004_de_2021_002_2.pdf

Consejo de Estado. (22 de enero de 1988). *Relatoría, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Rad. 0549*. Recuperado el 11 de febrero de 2023, de https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado,_seccion_cuarta_e._no._n0549_de_1988.aspx#/

Consejo de Estado. (19 de marzo de 2009). *Relatoría, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Rad. 2005-0028500*. Recuperado el 11 de mayo de 2023, de <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-25-000-2005-00285-00.pdf>

Consejo de Estado. (10 de mayo de 2012). *Relatoría, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Rad. 11001-03-24-000-2007-00258-00*. Obtenido de

<https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/105/S1/11001-03-24-000-2007-00258-00.pdf>

Consejo de Estado. (20 de marzo de 2013). *Relatoría, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Rad. Expediente 08001-23-31-000-2010-00135-01*. Obtenido de [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/123/S2/08001-23-31-000-2010-00135-01\(1575-12\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/123/S2/08001-23-31-000-2010-00135-01(1575-12).pdf)

Consejo de Estado. (27 de noviembre de 2014). *Relatoría Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Rad. 05001-23-33-000-2012-00533-01*. Recuperado el 14 de febrero de 2023, de <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/05001-23-33-000-2012-00533-01.pdf>

Consejo de Estado. (14 de agosto de 2017). *Relatoría, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente. 11001-03-26-000-2017-00031-00(58820)*. Recuperado el 11 de febrero de 2023.

Consejo de Estado. (20 de febrero de 2020). *Relatoría, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera, Expediente 11001-03-24-000-2010-00317-00*. Recuperado el 11 de febrero de 2023.

Consejo de Estado. (18 de agosto de 2020). *Relatoría, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión No 19, Exp.11001-03-15-000-2020-01618-00(CA)*. Recuperado el 20 de febrero de 2023.

Consejo de Estado. (15 de septiembre de 2022). *Relatoría, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Expediente. 11001-03-25-000-2012-00680-00 (2361-2012)*. Recuperado el 20 de febrero de 2023.

Congreso de la República. (2 de enero de 1984). *Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6543>

Congreso de la República. (18 de enero de 2011). *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011*. Recuperado el 11 de marzo de 2023, de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

Corte Constitucional. (31 de marzo de 2011). *Relatoría Sala Novena*. Recuperado el 2 de mayo de 2023, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-235-11.htm>

Fernández Ruiz, J. (2016). *Grandes Temas Constitucionales*, (I. N. Cultura, Ed.) México, México. Recuperado el 10 de agosto de 2023, de <https://www.inehrm.gob.mx/recursos/Libros/Elderechoadministrativo.pdf>

Jurado, D. M. (2018). El soft law en derecho administrativo y su control judicial en Colombia. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 28-41.

Pastore, B. (4 de marzo de 2014). Soft Law y la teoría de las fuentes del derecho. *Soft Power*, 1, 75-89. Recuperado el 11 de marzo de 2023, de <https://editorial.ucatolica.edu.co/index.php/SoftP/article/view/1772/1616>

Pérez, A. S. (2012). *Las normas de derecho blando: un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial* (Vol. 17). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Recuperado el 11 de febrero de 2023.

Presidente de la República. (15 de marzo de 2023). *Decreto 1082 de 2015 Sector Administrativo de Planeación Nacional*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653>

Presidente de la República. (03 de noviembre de 2011). *Decreto 4170 de 2011*. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=44643>

Quintero, H. S. (2008). *Normas técnicas del derecho en Colombia*. (U. e. Colombia, Ed.) Bogotá D.C, Colombia. doi: 10.4000/books.uec.16

Ramon Parada como se citó en Guido Santorini, 1. (01 de mayo de 2012). *Concepto y fuentes del Derecho Administrativo* (Segunda ed.). Barcelona, España: Marcia Pons.

Romero, M. F. (31 de enero de 2019). El Soft Law como fuente del derecho administrativo colombiano. (Neogranadina, Ed.) *Prolegómenos*, 22(1909-7727), 35-48. doi:: <https://doi.org/10.18359/prole.3432>

Safar Díaz, M. S. (30 de octubre de 2018). La reivindicación de competencias de Colombia Compra Eficiente por el Consejo de Estado: ¿nuevo alcance de la potestad reglamentaria o interpretación extensiva de la ley por la jurisprudencia? *Revista Digital de Derecho Administrativo* (19), 159-179. doi:10.18601/21452946.n19.08

Santofimio Gamboa, J. O. (2017). *Compendio de derecho administrativo* (1 ed.). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Recuperado el 11 de febrero de 2023.

Anexos

Fichas Jurisprudenciales

Consejo de Estado: Sección Primera

Sentencia: 11001032400020070025800

Fecha: 10 de mayo del 2012

Acción: Nulidad Simple

Tema: obtener declaratoria de nulidad de la Circular Externa SSPD 0002 del 13 de marzo de 2007, originaria de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Entidad: Superintendencia de Servicios Domiciliarios

Fuente formal: Constitución Política, artículo 354, Ley 289 de 1996, artículo 4, Ley 289 de 1996, artículo 11, Ley 142 de 1994, artículo 79 numeral 4, Ley 689 de 2001.

Normatividad frente al Soft Law: El Consejo de Estado hace referencia en su fallo a jurisprudencia basada en el código contencioso administrativo.

Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno

Pretensiones:

El ciudadano, Oscar Alberto Castro Villarraga, actuando en nombre propio, y en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación, tendiente a obtener declaratoria de nulidad de la Circular Externa SSPD 0002 del 13 de marzo de 2007, originaria de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Como conclusión se puede decir que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, al expedir la Circular Externa 002 del 13 de marzo de 2007, vulnera abiertamente los artículos 4º y 11 de la Ley 298 de 1996, y la reiterada Jurisprudencia Constitucional, especialmente la contenida en la Sentencia 452-03, porque allí se establece con claridad que el órgano rector en materia de normas, políticas y principios contables para el sector público, es la Contaduría General de la Nación, y que a sus determinaciones se supeditaran las Superintendencias y órganos de Control.

Frente a los actos de soft law:

En primer momento el Consejo de Estado considera necesario diferenciar entre dos tipos de circulares, aquellas que constituyen actos administrativos y aquellas que no constituyen actos administrativos debido a su carácter meramente instructivo.

De acuerdo con la distinción hecha en líneas anteriores el Consejo de Estado ha considerado que, las circulares administrativas son susceptibles de ser impugnadas ante la jurisdicción de lo

contencioso- administrativa, dependiendo de su contenido. Cuando contengan una decisión emanada de una autoridad y sea capaz de producir efectos jurídicos y vinculantes (cuando constituyan actos administrativos propiamente dichos) son susceptibles de ser demandados.

Lo anterior se fundamenta en el artículo 84 del Código Contenciosos Administrativo modificado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989 que prevé la posibilidad de demandar circulares de servicio, en cuanto revistan el carácter de acto administrativo.

Consejo De Estado: Sección Segunda

Sentencia: 08001233100020100013501

Fecha: 20 de marzo de 2013

Acción: Nulidad

Tema: de la Circular No. 0034 de 24 de noviembre de 2008 proferida por la secretaría de Gestión de Talento Humano de la Alcaldía de Barranquilla D.E.I.P.

Entidad: Colpensiones

Normatividad: Código Contencioso Administrativo

Fuente Formal: Código Contencioso Administrativo- Artículo 84 Inciso 3

Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve

Frente a los actos de soft law:

De conformidad con el artículo 84 del C.C.A “también pueden pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro. El Consejo de Estado ha entendido que las instrucciones o circulares administrativas son susceptibles de ser demandadas ante la jurisdicción contenciosa administrativa, si contienen una decisión capaz de producir efectos jurídicos, es decir, si son Actos Administrativos.

El Consejo de Estado cita jurisprudencia del 21 de septiembre de 2001 cuya Consejera Ponente fue la Dra. Olga Inés Navarrete que estableció que: “Las circulares de servicio son susceptibles de ser demandadas cuando las mismas contengan una decisión de la autoridad pública capaz de producir efectos jurídicos” puesto que “El Código Contencioso Administrativo, artículo 84, modificado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, prevé la posibilidad de demandar las circulares de servicio, en cuanto revistan el carácter de acto administrativo, entendido éste como manifestación de voluntad de la Administración, destinada a producir efectos jurídicos, en cuanto crea, suprime o modifica una situación jurídica”

De conformidad con lo anterior, el Juez contencioso administrativo debe distinguir entre una circular de servicio y un verdadero acto administrativo, partiendo de la premisa de que los actos administrativos constituyen expresión unilateral de la voluntad de la administración creando una situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracta.

Lo anterior, en el caso de las circulares de servicio, puede darse el caso de que una circular o carta de instrucción tomen decisiones que constituyan verdaderos actos administrativos y por ende podrían ser demandables ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Consejo de Estado: Sección Segunda

Sentencia: 11001032500020130138300

Fecha: 31 de marzo del 2014

Acción: suspensión provisional

Tema: Suspensión provisional de la Circular Interna 4 de 26 de julio de 2013 de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)

Entidad: COLPENSIONES

Fuente formal: constitución política - artículos 121, 122, 61, 228, ley 1437 de 2011, artículos 148, 229, 230 y 231 / circular interna 4 de 2013, decreto 546 de 1972.

Consejero ponente: Mauricio Eljhach Galofre

Reiteración de jurisprudencia:

En la citada sentencia la Sección Segunda del Consejo de Estado reitera nuevamente “Con base en una línea jurisprudencial definida” que las circulares administrativas no tienen control judicial cuando se limitan a reproducir el contenido de otras normas o las decisiones de otras instancias, es decir, cuando no generan efectos jurídicos. Por otro lado, si son demandables, cuando contengan una decisión capaz de producir efectos jurídicos, por medio de los cuales se expresa la voluntad unilateral de la Administración y vincula a los administrados.

Consejo de Estado: Sección Primera

Sentencia: 05001233300020120053301

Fecha: 27 de noviembre del 2014

Acción: Nulidad Simple

Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala

Tema: Circular 00060 de 3 de febrero del 2012 “Jornada laboral docente, calendario académico, asignación académica y jornada escolar en los establecimientos educativos oficiales de los municipios no certificados del departamento de Antioquia”¹.

Entidad: secretaria de Educación del Departamento de Antioquia.

Fuente formal: Constitución Política, artículos 1, 2, 4, 6, 89, 121, 122, 123, Decreto 01 de 1984, artículos 83, 84, 103, 104, 137.

Pretensiones:

1. Se declarare la nulidad de la resolución (sic) No. 00060 de 3 de Febrero de 2012, por medio de la cual el señor Secretario de Educación del Departamento de Antioquia, modificó la jornada laboral de los docentes y la jornada escolar, al establecer que el tiempo dedicado por las Instituciones Educativas en los descansos de los alumnos, corresponden a una actividad curricular complementaria y que por tanto, no pueden incluirse dentro de las horas diarias efectivas de clase de 60 minutos que deben cumplir los estudiantes

Sentencia recurrida:

Para el a quo “resulta indudable que la Circular 00060 del 3 de febrero de 2012 emitida por el secretario de Educación del Departamento de Antioquia no es un acto administrativo, puesto que el aparte demandado no modificó una situación jurídica, por lo tanto, no es susceptible de control jurisdiccional”¹². Esto, toda vez que, en criterio del Tribunal Administrativo de Antioquia, dado que el Decreto 1850 de 2002 regula tanto lo relativo a la jornada laboral de los docentes (artículo) como al horario de la jornada escolar (artículo 2), el acto demandado “no modificó la jornada laboral docente ni la jornada escolar, puesto que se limitó a reproducir el contenido del referido Decreto 1850 de 2002 en los artículos reseñados”

Frente a los actos de derecho blando:

Debido a las reformas al ordenamiento contencioso administrativo introducidas por la Ley 1437 del 2011 y a las transformaciones de las decisiones y actuaciones de la administración, la Sala estima necesaria un cambio jurisprudencial en cuanto al control judicial a las circulares o actos que “no producen efectos jurídicos”.

El Consejo establece dos posiciones jurisprudenciales frente al tema para desarrollar e ilustrar el cambio de jurisprudencia y argumentar las razones por las cuales encuentran necesario adoptarlo.

Línea Jurisprudencial tradicional: Procedencia restringida sobre el control a las circulares:

Bajo la posición tradicional el consejo de estado condiciona la procedencia del medio de Control de nulidad frente a las circulares cuando las mismas, creen, modifiquen o extingan situaciones jurídicas, o, en otras palabras, cuando las mismas comporten las características específicas de un verdadero acto administrativo, de la siguiente manera:

Si la circular no tiene la virtud de producir esos efectos jurídicos externos, bien porque permanezca en el interior de los cuadros de la Administración como una orientación para el desarrollo de la actividad administrativa, o bien porque se limite a reproducir la decisión de una autoridad diferente, no se considerará entonces un acto administrativo susceptible de control jurisdiccional, porque en dicha hipótesis no se presenta la posibilidad de que los derechos de los administrados sean vulnerados.

Razones para el cambio y sus implicaciones: Un control judicial más amplio y acorde con el espíritu del Estado de Derecho:

Debido al cambio introducido a partir de la entrada en vigor del CPACA y a las transformaciones en los modos de actuación de la administración (Implementación de Soft Law) el Consejo estima conveniente realizar un cambio de postura.

La sala estima que, restringir el control judicial frente a este tipo de actos genera inmunidad jurisdiccional y desconoce el principio bajo el cual todos los enunciados jurídicos deben ser interpretados con miras a que los mismos produzcan efectos útiles toda vez que los mismos son expresión de la función administrativa y, por ende, se estima que toda circular administrativa es susceptible de control judicial sin importar su contenido.

El artículo 103 del CPACA establece un control y una competencia que tiene como objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la Ley y la preservación del orden jurídico”, adicionalmente encuentra que, el artículo 104 amplía de manera significativa el control contencioso frente a aquel estipulado en el artículo 83 del CCA el cual enmarca el mismo a los actos administrativos, mientras que en la nueva reglamentación se dirige a los actos sujetos al derecho administrativo sin que necesariamente tengan que ostentar las características de un típico acto administrativo.

En línea con lo anterior, el Consejo de Estado estableció que:

De modo que al prescindir de la alusión concreta a los actos administrativos para hacer mención del género “actos (...) sujetos al derecho administrativo”, más amplio y omnicompreensivo que la categoría empleada por el legislador anterior es manifiesta la voluntad del legislador de alargar el radio de cobertura del control a cargo de la justicia administrativa más allá de las simples manifestaciones unilaterales de la Administración capaces de producir efectos jurídicos directos.

Con lo anterior, se considera que, sustraer los actos de derecho blando del control jurisdiccional se manifiesta como el reconocimiento de inmunidades jurisdiccionales a cierto

tipo de actos lo cual “resulta incompatible con el ideal de sometimiento pleno de las autoridades al Derecho” lo cual es un pilar general en un Estado de Derecho.

Se resalta el análisis que hace el Consejo de Estado frente a la regla hermenéutica del efecto útil frente al cual se debe preferir la interpretación de los enunciados normativos que otorgue plena efectividad a las disposiciones de la ley. En virtud de lo anterior, condicionar el control judicial de las circulares de servicio a que las mismas creen modifiquen o extingan situaciones jurídicas termina homologando la habilitación sobre los actos administrativos generales y las circulares de servicio lo cual en últimas hace inútil el pronunciamiento expreso del 137 del CPACA frente a las mismas. Como conclusión la sala plantea lo siguiente:

En consecuencia, en aras de una más efectiva garantía del principio de Estado de Derecho y de una mayor materialización del propósito perseguido por el legislador al definir la efectividad de los derechos y la preservación del orden jurídico como objeto de la jurisdicción (artículo 103 CPACA) y a los “actos (...) sujetos al derecho administrativo” como parte del ámbito de sus competencias (artículo 104 CPACA), y en virtud de la interpretación literal y sistemática de lo previsto por el párrafo 3° del artículo 137 CPACA y de las consideraciones antes expuestas sobre la predilección de la hermenéutica que promueva el efecto útil de las disposiciones normativas que controlan el ámbito de actuación del contencioso administrativo, entiende la Sala que toda clase de circulares, con independencia de su objeto, por ser expresión del ejercicio de la función administrativa a cargo de las autoridades que la expiden, se encuentra sujeta al control de los jueces de la Administración.

Por último, es importante tener en cuenta que, la sentencia analizada no reconoce la virtualidad de dichos actos de afectar directamente a los particulares sino que reconoce en ellas la expresión de función administrativa y capacidad de incidencia en decisiones de actuaciones materiales de la administración, las cuales si afectan de manera directa los derechos de los particulares debido a su oponibilidad, y por ende encuentran justificado su sometimiento al control de la jurisdicción Contencioso Administrativa bajo los postulados del CPACA y de la Constitución Política de Colombia.

Consejo de Estado: Sección Tercera

Sentencia: 11001032600020170003100(58820)

Medio de control: Nulidad Simple (Medida Cautelar)

Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Consejo de Estado: Sección Primera

Fecha: 14 de agosto del 2017

Tema: Resolución de medida cautelar de suspensión provisional de apartes de la Circular Externa 01 de 2013 de la Agencia Nacional de Contratación Estatal. Deber convencional y legal de garantizar el derecho de acceso a la información pública, como derecho humano fundamental, fin valioso en sí mismo y presupuesto para el disfrute de los demás derechos. Ejercicio de la potestad reglamentaria; El derecho de acceso a la información; Sujeción de la Administración a los principios y valores constitucionales. Fines constitucionales de la contratación estatal y caso concreto.

Cargo: Falta de competencia de Colombia Compra eficiente

Competencia de la Agencia Nacional de Contratación Estatal:

- Tiene a su cargo la formulación de políticas públicas (Diseño o gestión de instrumentos de toma de decisión indeterminado sector gubernamental)
- Difundir las normas reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública.
- según las voces del numeral 10° del artículo 3° del Decreto 4170 de 2011, potestad reguladora que, en todo caso, debe ejercerse conforme a la Ley y ajustada a la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional.

Fecha: 08 noviembre del 2019

Acción: Nulidad Simple

TEMA: Resoluciones 329 de 26 de mayo de 2005 y 344 de 17 de noviembre de 2005.

ENTIDAD: Nación- Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo, Comisión de Regulación Agua Potable y Saneamiento Básico.

CONSEJERO PONENTE: Hernando Sánchez Sánchez

Pretensiones:

2. La parte demandante solicitó que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

2.1. La Resolución núm. 329 de 26 de mayo de 2005, “[...] Por la cual se presenta el proyecto de resolución, “por la cual se resuelve por vía general que es necesario expedir un reglamento técnico de tuberías de acueducto y alcantarillado y sus accesorios, con el fin de garantizar la calidad del servicio, y se hace una solicitud en tal sentido al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial”, y se inicia el proceso de discusión con los agentes del sector [...]”, expedida por la Presidenta y el Director Ejecutivo de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

2.2. La Resolución núm. 344 de 17 de noviembre de 2005, “[...] Por la cual se resuelve por vía general la necesidad de expedir un reglamento técnico de tuberías de acueducto y alcantarillado y sus accesorios, en los aspectos de composición química de los materiales y de la estandarización de la información mínima sobre los requisitos técnicos exigibles, para ser aplicado por las personas prestadoras de los servicios de acueducto y alcantarillado, con el fin de garantizar la calidad del servicio [...]”, expedida por la Presidenta y el Director Ejecutivo de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

2.3. La Resolución núm. 1166 de 20 de junio de 2006, “[...] Por la cual se expide el Reglamento Técnico que señala los requisitos técnicos que deben cumplir los tubos de acueducto, alcantarillado, los de uso sanitario y los de aguas lluvias y sus accesorios que adquieran las personas prestadoras de los servicios de acueducto y alcantarillado [...]”, expedida por la ministra de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Sobre los actos de soft law:

- **Concepto:** Soft Law es usado para identificar y definir el alcance, valor jurídico y efectos de instrumentos que carecen de carácter vinculante, pero tienen relevancia jurídica.
- **Definición:** Conjunto de disposiciones que no son obligatorias, pero por determinadas vías o medios devienen en principios y normas de carácter vinculante.
- **Características:**
 - No es una fuente formal del derecho internacional.
 - No son obligatorias.
 - No utilizan verbos imperativos dentro de su estructura gramatical.
 - No son normas jurídicas.
- **Obligatoriedad:**
 - Tratados internacionales.
 - Costumbre internacional
 - Actos jurídicos unilaterales
 - Ius Cogens
 - Acuerdos de voluntades.

Normas técnicas como expresión del soft law:

De conformidad con los Decretos 1074 del 2015 y 1595 del 2015 el Instituto Colombiano de Normas Técnicas- Icontec es el organismo nacional de normalización y representante ante el organismo internacional de normalización.

Definición: Normas expedidas por organismos reconocidos, basadas en los resultados conjuntos de la ciencia, tecnología y experiencia, en los que se establecen requisitos, especificaciones y estándares de calidad que se utilizan para asegurar un producto, servicios o proceso.

Soft Law: Disposiciones voluntarias, Establecen recomendaciones o sugerencias. No son fuente formal de derecho.

Nivel jerárquico de las normas técnicas: De conformidad con la naturaleza de estas, no puede hablarse técnicamente de una estructura jerárquica, sin embargo, se establecen como disposiciones facultativas que carecen de una consecuencia*

Obligatoriedad de las normas: Las normas técnicas pueden convertirse obligatorias de conformidad con el artículo 2 del Decreto 2269 1993:

“**Artículo 2.** Para los efectos de la aplicación e interpretación de este Decreto se entiende por:

b) Norma Técnica. Documento establecido por consenso y aprobado por un organismo reconocido, que suministra, para uso común y repetido, reglas, directrices y características para las actividades o sus resultados, encaminados al logro del grado óptimo de orden en un contexto dado. Las normas técnicas se deben basar en los resultados consolidados de la ciencia, la tecnología y la experiencia y sus objetivos deben ser los beneficios óptimos para la comunidad;

c) Norma Técnica Colombiana. Norma Técnica aprobada o adoptada como tal por el organismo nacional de normalización;

d) Norma Técnica Colombiana Oficial Obligatoria. Norma Técnica Colombiana, o parte de ella, cuya aplicación ha sido declarada obligatoria por el organismo nacional competente;

e) Reglamento técnico. Reglamento de carácter obligatorio, expedido por la autoridad competente, con fundamento en la ley, que suministra requisitos técnicos, bien sea directamente o mediante referencia o incorporación del contenido de una norma nacional, regional o internacional, una especificación técnica o un código de buen procedimiento” (Resalta la Sala).
ii) esa norma puede declararse obligatoria por la autoridad administrativa competente, caso en el cual se denomina norma técnica colombiana oficial obligatoria; iii) las autoridades administrativas tienen la potestad de expedir normas técnicas, que se denominan reglamentos técnicos que en todo caso son de carácter obligatorio.”

Fecha: 20 de febrero del 2020

Acción: Acción de nulidad

Tema: “La nulidad parcial 2 del instructivo, expedido por el Ministerio de la Protección Social, que establece la “Metodología para la depuración y conciliación de las deudas por atención de eventos no incluidos en el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado adeudadas por las entidades territoriales a las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado EPS-S.”

Entidad: Nación- Departamento administrativo de la presidencia

Consejero ponente: Nubia Margot Peña

Control judicial de las instrucciones administrativas.

Primera tesis: Cuando no se limiten a jugar pautas u orientaciones frente a la aplicación de una determinada normativa, sino que adopten decisiones frente a los destinatarios de esta. “ Las instrucciones o circulares administrativas son susceptibles de ser demandadas ante la Jurisdicción Contenciosa si contienen una decisión de la Administración capaz de producir efectos jurídicos frente a los administrados, esto es, si son actos administrativos, pues, si se limitan a reproducir el contenido de otras normas, o las decisiones de otras instancias, o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios, sin que contengan decisiones, no serán susceptibles de control judicial”

Segunda tesis: (Ensanchamiento del ámbito del control judicial): ensanchamiento del ámbito del control judicial fundada en la diversidad de la actuación administrativa. Sustenta esta tesis que un acto ya no es controlable por la jurisdicción contenciosa administrativa debido a la capacidad de producir efectos jurídicos sino por el ejercicio de la actividad del Estado, esto es, en cuanto constituye una manifestación de la función administrativa. En dicho pronunciamiento se precisó. “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 contenciosa 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 replantear 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.

¿Cuál es la posición vigente- según la sentencia, para la fecha?

Examinadas las decisiones adoptadas con posterioridad al año 2014, se advierte que esta posición de ensanchamiento del ámbito de control judicial ha tenido pronunciamientos en contrario. A tal conclusión se arriba, del contenido de las siguientes providencias: “Por otra parte, en lo que tiene que ver con la calidad del acto administrativo que se demanda, cabe señalar que los actos administrativos susceptibles de control judicial son aquellos que concluyen la actuación administrativa, en tanto que deciden”

Se hace un pequeño recuento jurisprudencial

Esta revisión de los pronunciamientos de la Sección en torno a la posición de la Corporación frente a los actos controlables, permite identificar que el criterio que impera y ante el cual se enfrenta el juzgador al momento de admitir la demanda o al decidir de fondo la misma, es aquel en el que se verifica si se cumplen los criterios que convergen para validar si el “pronunciamiento” demandado constituye o no un acto administrativo, pues no se limita a emitir una mera instrucción sino que debe abordar una situación de contenido jurídico para quienes la aplican o respecto de quienes se dirige.

Cita importante:

Así las cosas, la Sala entiende que cuando la ley se refiere a circulares de servicio NO alude a toda circular administrativa, cualquiera que sea su contenido como lo plantea la sección primera, bajo el argumento de que el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, frente al artículo 83 del CCA, se refirió a que la jurisdicción contencioso-administrativa ejerce control sobre actos sujetos al derecho administrativo y eliminó la frase «acto administrativo» que traía la norma precedente, toda vez que para efectos del control judicial que tienen como máximo objetivo la preservación del orden jurídico, la antigua acción de nulidad (artículo 84 del CCA), hoy medio de control (artículo 137 del CPACA), clara y expresamente aluden al unísono a ACTOS ADMINISTRATIVOS, luego no se «[...] alarga el radio de cobertura del control a cargo de la justicia administrativa más allá de las simples manifestaciones unilaterales de la Administración capaces de producir efectos jurídicos directos», como reza la sentencia en cita, pues el legislador

mantuvo el rango del control judicial sobre los actos administrativos y no los actos de la administración.

Concluye la Sala que no se trata simplemente de conocer sobre la legalidad de toda clase de actos o manifestaciones de la administración con independencia de su objeto, pues corresponde a cada juez examinar el verdadero alcance del acto de la administración censurado, para establecer su efecto útil y verificar si su contenido produce efectos jurídicos y vinculantes frente a los ciudadanos, de tal manera que sean verdaderos actos administrativos que crean situaciones jurídicas susceptibles de invalidar por las causas generales (expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, sin competencia, en forma irregular, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió), que están expresamente contenidas tanto en el artículo 84 del CCA, como en el artículo 137 del CPACA.

No se trata de que se configure la «[...] inmunidad de ciertas manifestaciones de la función administrativa frente al poder jurisdiccional», como lo rótula la sección primera en su providencia, porque la efectividad del control jurisdiccional no se logra o se mide con garantizar que todos tengan control de legalidad, sino que este sea real y efectivo sobre las verdaderas manifestaciones de voluntad unilaterales, capaces de producir efectos jurídicos, porque no toda expresión de la administración es un acto administrativo, pues algunos se limitan a reproducir el contenido de otras normas o las decisiones de otras instancias o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios sin que contengan decisiones susceptibles de control judicial, como de otrora se ha sostenido por esta Sala.

Consejo de Estado: Sala especial de Decisión No 19

Sentencia: 11001031500020200161800

Fecha: 18 agosto del 2020

Acción: Nulidad simple

Tema: Directiva transitoria no 005/ pct mar vpt/0-2020 delo de abril de 2020.

Fuente formal: CP - artículo 215 / Ley 137 de 1994 - artículo 20 / CPACA - artículo 111 numeral 8 / CPACA - artículo 136 / CPACA - artículo 185.

Consejero Ponente: William Hernández Gómez

Pretensiones: La Sala Especial de Decisión n.º 19 dicta la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso judicial tramitado en virtud del medio de control inmediato de legalidad de que tratan los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), respecto de la Directiva Transitoria n.º 005/PCT MAR-VPT/0-2020 del 8 de abril de 2020 «por medio de la cual se establecen y adoptan medidas preventivas sanitarias con ocasión al estado de

emergencia económica, social y ecológica decretada por el Gobierno Nacional con ocasión a la pandemia Covid-19», expedida por el presidente de la Corporación de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo de la Industria Naval, Marítima y Fluvial (Cotecmar).

Problema jurídico: ¿El Consejo de Estado, como juez del control inmediato de legalidad, tiene competencia para enjuiciar la validez de la Directiva Transitoria No 005/PCT MAR-VPT/0-2020 del 8 de abril de 2020, emitida por el presidente de COTECMAR?

En cuanto al soft law: ¿Las «medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa», a las que se refieren los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 del CPACA como objeto del medio de control inmediato de legalidad, sólo comprenden a los actos administrativos y, por lo tanto, la directiva no puede ser enjuiciada en este proceso?

Artículo 20 Ley Estatutaria 137 de 1994: Control inmediato de legalidad frente a las medidas administrativas generales como desarrollo de los decretos legislativos en los estados de excepción. El término “Medidas” no solo se refiere a los actos administrativos típicamente concebidos, sino que abarca todos aquellos actos internos emanado de la administración, cualquiera sea su contenido.

Esta postura se apoyó en la sentencia del 27 de noviembre de 20147 de la Sección Primera del Consejo de Estado (emitida en un proceso de nulidad), que cambió la línea jurisprudencial que indicaba la procedencia restringida del control judicial sobre circulares y otros instrumentos similares, el cual estaba sujeto a la condición de que la medida demandada revistiera el carácter decisorio de un acto administrativo. Esta tesis es apoyada en la jurisprudencia antes señalada sobre el control judicial sobre circulares y otros «actos de servicio» que requieren un contenido decisorio para ser enjuiciados, e igualmente, en lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 137 de 1994¹⁶ y en el artículo 185 del CPACA, que se refieren a los «actos administrativos» que debe enviar la administración para su control automático por la jurisdicción de lo contencioso administrativo

Tesis restrictiva: (i) Basada en el “De minimis non curat praetor” que significa “hay que evitar congestionar el pretorio con litigios sin importancia” (ii) Reserva de instrucción administrativa, zona informal en materia de organización y relaciones jerárquicas.

Cambio de Jurisprudencia: (i) Necesidad de ampliar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa hacia los actos internos de la administración, así no sean actos administrativos. En este caso se adopta un sentido lato de la palabra “medidas”.

Caso en concreto: (i) Marco de un estado de emergencia que limitó la posibilidad de acceso a la administración de justicia (ii) Excluir el control de la administración permitiría una inmunidad injustificada a ese tipo de actuaciones administrativas. (ii) **No existen criterios específicos para diferenciar un acto interno a una decisión administrativa.**

Efectos: “La presente postura implica analizar la actuación de la administración pública, además de bajo la perspectiva reglada, también a la luz de los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución. En todo caso, respetando el equilibrio entre las ramas del poder público con la salvaguarda de la reserva de instrucción jerárquica al interior de las entidades, no desde la ausencia de control, sino a partir de la constatación, en un proceso judicial, de su adecuación a las competencias definidas en el ordenamiento jurídico y los demás límites materiales y formales de su ejercicio.”

Consejo de estado: Sección Primera

Sentencia: 11001032500020120068000 (2361-2012)

Fecha: 15 septiembre del 2022

Acción: Nulidad Simple

Tema: Circular Conjunta 074 del 21 de octubre del 2009.

Entidad: Procurador General de la Nación y CNSC.

Fuente formal: Se analiza el cambio legislativo entre el CCA Y el CPACA.

Consejero Ponente: William Hernández

Pretensiones: La sentencia analiza la nulidad parcial de la Circular Conjunta No. 074 del 21 de octubre de 2009, proferida por el procurador general de la Nación y la presidenta de la CNSC, relacionada con el deber de los representantes legales de las entidades públicas de reportar la Oferta Pública de Empleos de Carrera a la Comisión.

Frente a las circulares emitidas por la CNSC:

La Comisión Nacional del Servicio Civil tiene dentro de sus funciones la de expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa de todas las entidades públicas sometidas al régimen general y a los regímenes específicos o de creación legal (Ley 909 del 2004 literal h).

El consejo de Estado define las Circulares como “comunicaciones emitidas por una autoridad superior a una inferior respecto de un determinado tema, con el propósito específico de transmitir instrucciones y decisiones a través de las cuales se expone el criterio jurídico o la interpretación de dicha autoridad frente a las normas que le corresponde aplicar en el ejercicio

de sus funciones” y las enmarca como instrumentos jurídicos que expresan una manifestación de la administración general de la administración con carácter obligatorio para sus destinatarios.

Frente al control judicial de los actos de actos de Soft Law:

Frente a los actos de derecho blando o soft law, el Consejo de Estado establece que, la mayoría de la doctrina coincide en señalar que son actos de la administración que reflejan el poder jerárquico frente a sus empleados o incluso frente a otras entidades bajo su mando, manifestando las facultades de instrucción de la administración a través de expedición de dichos actos. De conformidad con lo anterior, la sala estima que, aunque las disposiciones establecidas en el Soft Law están llamadas a generar efectos ad intra, las mismas unifican un criterio respecto del alcance que ha de otorgarle al derecho positivo al interior de la entidad o en el conjunto de entidades que integran la estructura de subordinación al interior de la entidad.

De acuerdo con lo anterior, y dadas las características de los actos de derecho blando las mismas carecen de virtualidad para comprometer los derechos de las personas y por ende se sostuvo durante un gran periodo de tiempo que su control judicial resultaba innecesario. Sin embargo, mediante sentencia del 27 de noviembre del 2014, se cambió la línea jurisprudencial vigente teniendo en cuenta las modificaciones introducidas en el artículo 103 y 82 del CPACA.

De conformidad con la línea jurisprudencial establecida anteriormente, la presente sentencia establece que, eximir de control a los actos de derecho blando contraría los postulados del Estado Social de Derecho y, por ende, hoy en día no se puede cuestionar la procedencia del control judicial respecto de “memorandos, circulares, directivas y otros instrumentos de derecho blando, que aparezcan como una manifestación del poder jerárquico de la administración”.