



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA  
SUBSECCIÓN C**

**Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil quince (2015)

**Radicación: 11001-03-26-000-2015-00103-00 (54549)**

**Actor: EVARISTO RAFAEL RODRÍGUEZ FELIZZOLA**

**Demandado: AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN ESTATAL – COLOMBIA  
COMPRA EFICIENTE**

**Medio de control: NULIDAD SIMPLE**

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la solicitud de medidas cautelares deprecada por el accionante en escrito separado respecto del numeral VII. “Criterios de evaluación” del pliego de condiciones de la Licitación Pública LP-AMP-048-2015 de que trata la Resolución No. 747 de 19 de junio de 2015 dictada por la demandada.

**ANTECEDENTES**

1.- En escrito del 23 de junio de 2015 el ciudadano Evaristo Rafael Rodríguez Felizzola solicitó, en ejercicio del medio de control de nulidad simple, se declarara la nulidad de del numeral VII “Criterios de evaluación” del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública LP-AMP-048-2015, de que trata la Resolución No. 747 de 19 de junio de 2015 “por la cual se ordena la apertura de la licitación pública”.

En escrito separado de la misma fecha solicitó se decretara la suspensión de efectos jurídicos del aparte demandado.

2.- Mediante auto de 23 de julio de 2015 (fls 162-165, c1) el Despacho admitió la demanda ordenando su notificación personal a la demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado concediendo el término establecido por la Ley para su contestación.



3.- Mediante proveído de la misma fecha se corrió traslado a la parte demandada por el término de cinco (5) días de la solicitud de medida cautelar elevada por la parte accionante (fl 13, cdno cautelares).

Dentro de la oportunidad la Agencia Nacional de Contratación Pública manifestó su oposición a la cautela deprecada (fl 14-18, cdno cautelares).

4.- Mediante auto de 26 de agosto de 2015 (fl 28, cdno cautelares), se fijó el 31 de agosto las 2.30 p.m como fecha y hora para celebrar la audiencia preliminar en donde se escucharán las alegaciones de las partes sobre la medida cautelar peticionada.

5.- En el curso de dicha actuación se hicieron presentes, además de las partes<sup>1</sup>, los ciudadanos José Saavedra Barraza y Hernán González Pardo, quienes solicitaron se les reconociera la calidad de coadyuvantes en el *sub judice*, calidad que fue reconocida por el Magistrado Ponente en la misma audiencia. Surtida dicha actuación se continuó la diligencia con la exposición oral de los argumentos de las partes y terceros sobre la medida cautelar solicitada.

## CONSIDERACIONES

### 1.- Competencia

1.1.- Es competente esta Corporación para conocer del presente asunto comoquiera que se enmarca dentro del supuesto normativo del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su numeral primero, al prescribir que el Consejo de Estado conocerá “por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales (...) 1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional o por personas de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden”.

De esta manera, al verificarse que la acción contenciosa adelantada corresponde a una petición de nulidad de un aparte de un Acto Administrativo carente de cuantía y dictado

---

<sup>1</sup> Mediante oficio de 28 de agosto de 2015 (fl 29, cdno cautelares) el señor Agente del Ministerio Público Francisco Manuel Salazar Gómez manifestó la imposibilidad de asistir a la presente diligencia dado que para la misma fecha se encontraría atendiendo diligencia de práctica de pruebas dentro del expediente 2014-00026 (50032) a realizarse en el Distrito T.C.H de Santa Marta.



por una entidad del orden nacional – Agencia Nacional de Contratación Estatal Colombia Compra Eficiente –, se concluye que la competencia para tramitar y decidir el *sub lite* corresponde a esta Corporación.

1.2.- Igualmente, es competente este Despacho para proferir la decisión sobre la medida cautelar solicitada en atención a que el presente asunto es un juicio contencioso adelantado en única instancia ante el Consejo de Estado, razón por la cual se hace aplicable la excepción establecida en el artículo 125 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

“Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 125. Será competencia del juez o magistrado ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite, sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la Sala, excepto en los procesos de única instancia. (...)”.

## **2.- La audiencia preliminar convocada.**

2.1.- Mediante los autos de 23 de julio de 2015 este Despacho admitió la demanda y ordenó correr traslado a las demandadas de la solicitud de medida cautelar. En estas mismas providencias (especialmente en el auto admisorio) se hizo referencia a la convocatoria a las partes a una audiencia preliminar en la cual el Magistrado Ponente, con asistencia de las partes del proceso, escuchó los argumentos jurídicos de cada uno de ellos.

2.2.- Sobre esto, el Despacho encuentra suficientemente justificado y acorde al ordenamiento jurídico la convocatoria a esta audiencia preliminar. El acto de escuchar a las partes en audiencia se ajusta el principio de tutela judicial efectiva<sup>2</sup>, ya que

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia C-318 de 30 de junio de 1998: “[...] El derecho a una tutela judicial efectiva, apareja, entre otras cosas, la posibilidad de acceder en condiciones de igualdad y sin obstáculos o barreras desproporcionadas, a un juez o tribunal independiente e imparcial, frente al cual se pueda acometer, libremente, la plena defensa los derechos o intereses propios a fin de obtener, dentro de un plazo razonable, la debida protección del Estado. Es un derecho de naturaleza prestacional, pues exige la puesta en obra del aparato estatal con miras a su realización. En este sentido, debe afirmarse que se trata de un derecho de configuración legal y, en consecuencia, depende, para su plena realización, de que el legislador defina los cauces que permitan su ejercicio”. Corte Constitucional, sentencia C-426 de 2002: “[...] [e]l artículo 229 de la Constitución Política consagra expresamente el derecho de acceso a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, el cual se traduce en la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales



constituye una oportunidad para que el Juez comprenda las posiciones jurídicas de cada una de las partes; la intermediación garantiza el ejercicio imparcial<sup>3</sup> de la administración de justicia y el principio de igualdad sustancial y procesal de las partes, dado que los involucrados en el litigio tendrán oportunidad de exponer oralmente, pero de manera directa ante el Juez, las razones de derecho y fácticas que sirven de sustento a sus posiciones jurídicas frente a la medida cautelar, y les impone el ejercicio de las cargas de la argumentación a cada uno de ellos; y, por último, la convocatoria a esta audiencia preliminar deviene en útil, también, por el hecho que a través de esta se permite a todos los intervinientes en el proceso contencioso dilucidar cuestiones técnicas o jurídicas especializadas. Se trata, pues, de cumplir con los mandatos constitucionales consagrados en los artículos 1, 2, 29 y 229, así como aquellos

---

previstas en las leyes. Por su intermedio, se le otorga a los individuos una garantía real y efectiva, previa al proceso, que busca asegurar la realización material de éste, previniendo en todo caso que pueda existir algún grado de *indefensión* frente a la inminente necesidad de resolver las diferencias o controversias que surjan entre los particulares -como consecuencia de sus relaciones interpersonales-, o entre éstos y la propia organización estatal” [puede verse también, sentencia C-207 de 2003]. Corte Constitucional, sentencia T-247 de 10 de abril de 2007: “[...] El derecho a la tutela judicial efectiva comprende no solo la posibilidad que se reconoce a las personas, naturales o jurídicas, de demandar justicia ante las autoridades judiciales del Estado, sino, también, la obligación correlativa de éstas, de promover e impulsar las condiciones para que el acceso de los particulares a dicho servicio público sea real y efectivo. Así, ha dicho la Corte que “[n]o existe duda que cuando el artículo 229 Superior ordena ‘garantiza[r] el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia’, está adoptando, como imperativo constitucional del citado derecho su efectividad, el cual comporta el compromiso estatal de lograr, en forma real y no meramente nominal, que a través de las actuaciones judiciales se restablezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se estiman violadas.” De este modo, el derecho de Acceso a la Administración de Justicia permite alentar a las personas la expectativa de que el proceso culmine con una decisión que resuelva de fondo las pretensiones. Para ello es necesario que el juez adopte las medidas de saneamiento que sean necesarias para subsanar los vicios que puedan impedir una decisión de fondo”.

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia C-361 de 2001: “[...]”Dentro de los principios que rigen la actividad jurisdiccional, los de independencia e imparcialidad de los jueces son determinantes para el logro de los objetivos de realización del orden justo que es fundamento del Estado. .... Sobre la imparcialidad, ha señalado que ésta “se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (Art. 13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial.” Los principios de independencia e imparcialidad judicial, garantizan a los ciudadanos que el juez tendrá un juicio libre, no sometido a presiones de ninguna índole, con lo cual se asegura la primacía del orden social justo. Por ello, quien juzga no puede estar afectado por ningún tipo de interés personal, ni sujeto a presiones de ninguna clase. Tal es el fundamento de la institución de los impedimentos y recusaciones dentro de los procesos judiciales”. Corte Constitucional, auto 091 de 2003: “[...] La garantía de imparcialidad, que constituye un elemento definitorio de la actividad judicial, impone que la autoridad competente para resolver un asunto se encuentre ajena a toda circunstancia que pueda llegar a viciar su decisión, que desmejore el grado de objetividad que su función le exige, o que revele la verosimilitud de involucrar elementos subjetivos, extraños al recto cumplimiento de sus obligaciones institucionales”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 22 de noviembre de 2005, caso Palamara Iribarne vs. Chile: “[...]146. La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia”. Informe No. 17/94, Guillermo Maqueda, Argentina, OEA/Ser. L/V/II.85, Doc. 29, 9 de febrero de 1994, párr. 28: “[...] supone que el Tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso sub judice”



convencionales establecidos en los artículos 8.1<sup>4</sup> y 25<sup>5</sup> de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 14<sup>6</sup> del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2.3.- Resta entonces, recordar lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-713 de 2008, cuando afirmó que: “que la oralidad en la administración de justicia se concibe como una norma que tiene la estructura de principio.”, mientras que la sentencia C-124 de 2011 precisó que la *“audiencia oral está precedida de garantías que, si bien tienen raigambre procesal, son parte integrante de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Estas garantías refieren a la inmediación, la concentración y la publicidad.”* Así, las mencionadas finalidades que se persiguen con la realización de la audiencia preliminar convocada por el Despacho<sup>7</sup> cumplen con las garantías constitucionales y convencionales señaladas.

2.4.- Dicho lo anterior, pasa el Despacho a abordar la solicitud de suspensión provisional solicitada.

### **3.- Las medidas cautelares en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.**

3.1.- Los artículos 229 y siguientes del CPAyCA instituyen un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo que son aplicables en aquellos casos en que se consideren “necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”,

<sup>4</sup> Artículo 8.1. “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

<sup>5</sup> “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”

<sup>6</sup> “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con todas las garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

<sup>7</sup> A esta argumentación se debe adicionar lo establecido en el inciso segundo del artículo 4º de la Ley 270 de 1996 que establece: “Las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos.”



conforme a las notas del mismo artículo, de donde se infiere que la institución cautelar es una manifestación legislativa concreta de la garantía de efectividad del derecho al acceso a la administración de justicia<sup>8-9</sup>; comoquiera que se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien que acude a la jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda “la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón”<sup>10</sup>.

3.2.- El anterior aserto se sustenta en que a través de la tutela cautelar se protege de manera provisional e inmediata una posición jurídica en concreto (bien sea particular o general) que es objeto de litigio ante la jurisdicción contenciosa administrativa y que encuentra en entredicho su ejercicio a plenitud en razón a la amenaza que supone, en general, la acción de la administración pública, bien sea a partir de una decisión administrativa, una acción u omisión, etc.; por citar algunas manifestaciones particulares del accionar de la administración.

3.3.- Avanzando en la tipología desarrollada por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se diferencia entre medidas cautelares *preventivas*, tendientes a operar como una suerte de acción impeditiva para que no se pueda consolidar una afectación a un derecho; *conservativas* que buscan

<sup>8</sup> Al respecto la jurisprudencia ha sostenido que: 5.2. La Corte Constitucional ha señalado en repetidas oportunidades que las medidas cautelares tienen amplio sustento en el texto de la Constitución Política, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia y contribuyen a la igualdad procesal (CP arts. 13, 228 y 229). Han sido previstas como aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, un derecho que está siendo controvertido dentro de ese mismo proceso, teniendo en cuenta el inevitable tiempo de duración de los procesos judiciales.” Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 2009. En el mismo sentido C-490 de 2000.

<sup>9</sup> “4. (...) el propósito de las medidas provisionales, en los sistemas jurídicos nacionales (derecho procesal interno) en general, es preservar los derechos de las partes en controversia, asegurando que la ejecución de la sentencia de fondo no se vea obstaculizada o impedida por las acciones de aquéllas, *pendente lite*.”

5. (...) en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no sólo cautelar, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas. Siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo<sup>9</sup>.” Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de 22 de septiembre de 2006. Solicitud de medidas cautelares por parte de la Comisión IDH respecto de la República de Colombia a favor de Mery Naranjo y otros. En el mismo sentido véase: Caso Del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel De Yare). Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 Marzo de 2006, considerando cuarto; Caso Del Internado Judicial De Monagas (“La Pica”). Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de enero de 2006, considerando cuarto.

<sup>10</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile, Edit. Jovene, 1960, vol. 1. P. 147.



mantener o salvaguardar un *statu quo ante*; *anticipativas*, en donde se pretende satisfacer por adelantado la pretensión perseguida por el demandante, mediante una decisión que propiamente correspondería al fallo que ponga fin al proceso y que se justifica en tanto que de no adoptarse se incurriría en un perjuicio irremediable para el actor, y de *suspensión* que corresponde a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.

3.4.- Es preciso resaltar que el Código no establece un *numerus clausus* de medidas cautelares, por el contrario, se trata de un sistema innominado de medidas con el que se persigue adoptar unas decisiones inmediatas de cualquier tipo con el fin de responder a las necesidades que demande una situación específica; lo que se corrobora con una revisión al artículo 230 que establece que se puede: “ordenar que se mantenga la situación...”, “suspender un procedimiento o actuación administrativa...”, “suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo”; hasta llegar a aquellas en las cuales se permite “ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos” y, por último, “impartir ordenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”.

3.5.- Por último, el Despacho pone de presente el carácter decididamente autónomo de la tutela cautelar a través de las denominadas “medidas cautelares de urgencia”, establecidas en el artículo 234 del Código y con las que se procura la adopción de una medida provisional de manera inmediata, en donde – dada la situación de inminente riesgo de afectación de los derechos del interesado – se prescinde del trámite de notificación a la contraparte y puede ordenarse la misma, inclusive, de manera previa a la notificación del auto admisorio de la demanda (conforme al artículo 229 del Código).

3.6.- Esta disposición constituye una protección reforzada al derecho convencional de toda persona de contar con un recurso judicial efectivo en caso de graves violaciones de derechos humanos<sup>11</sup>, dejando la medida de ser accesorio y subordinada al proceso

<sup>11</sup> Ha dicho sobre este punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva sobre las Garantías Judiciales en Estados de Emergencia: “la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se



contencioso administrativo principal y adquiriendo unas características y particularidades diferenciadas, pues en sí misma constituye, a la luz del procedimiento contencioso, un recurso judicial *sui generis* de urgencia para la protección de los derechos de los asociados. Es en estos términos, como una medida autónoma garante de los Derechos Humanos, que se debe interpretar y aplicar, por parte de los Jueces Administrativos, la tutela cautelar de urgencia.

3.7.- Esta interpretación ha sido acogida favorablemente por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que en reciente providencia fijó este alcance avanzado de las medidas cautelares, específicamente, de las denominadas de urgencia, señalando que este tipo de medidas pueden ser solicitadas con anterioridad a la presentación del escrito de demanda y de solicitud de conciliación prejudicial, cuando se exija tal requisito. La Sala Plena manifestó lo anterior en los siguientes términos:

“Huelga manifestar que casos como el presente, el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto con la medida cautelar. En ese orden, no escapa el hecho de que una cosa es que la conciliación extrajudicial constituye requisito de procedibilidad de la demanda, mas no de la solicitud de la medida cautelar. De suerte que, estamos en presencia de dos figuras diferentes y que se pueden estructurar en momentos distintos, sin que esto implique su incompatibilidad procesal. Tal precisión conduce a que efectivamente es posible solicitar el decreto y práctica de la medida cautelar, aun sin haber agotado previamente el requisito de procedibilidad. De ahí que, esta alternativa materializa la prevalencia del derecho sustancial frente al formal, toda vez que implica la adecuación e interpretación de la norma procesal con miras a la efectividad de los derechos sustanciales de los ciudadanos”<sup>12</sup>.

3.8.- Con base en la anterior jurisprudencia, cabe comprender y reconocer a la institución cautelar como un procedimiento autónomo al proceso contencioso administrativo, de ahí, entonces, que se conciba como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia. Conforme a ello, para la procedencia de las medidas cautelares debe tenerse en cuenta presupuestos constitucionales,

---

requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 24.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de marzo de 2014, exp. 2013-06871.





convencionales y legales, lo que lleva a decir que al Juez Administrativo le corresponde remover los obstáculos eminentemente formales que llegaren a impedir la adopción de estas medidas en los casos en que exista una seria y verdadera amenaza de vulneración de derechos, bienes o intereses jurídicos. Este argumento encuentra mayor peso, aún, en el caso de las denominadas medidas cautelares de urgencia, las cuales, conforme a la lectura dada por la Sala Plena, así como por la finalidad que están llamadas a satisfacer, implica que se concreten como verdaderas medidas preliminares cautelares de eficacia inmediata para la protección de los derechos<sup>13</sup>.

**3.9.- Criterio de aplicación.** Por otro lado, en cuanto a los criterios que debe seguir el juez contencioso administrativo para determinar la procedencia de una medida cautelar, es preciso reconocer que éste cuenta con un espacio de discrecionalidad para adoptarla así como para modular sus efectos en el caso concreto. En este contexto, debe el Juez tener en cuenta el principio de proporcionalidad como, de hecho, se desprende, además de las exigencias constitucionales y convencionales, de la normativa sobre las medidas cautelares al establecer como uno de los requisitos para el

<sup>13</sup> Al respecto es valioso resaltar el hecho de que otras jurisdicciones han experimentado la adopción de este tipo de medidas preliminares, autónomas y de eficacia inmediata para la protección de los derechos de las personas, tal como se refleja en el sistema jurídico brasilero en donde se ha establecido la llamada “medida liminar” comentada por Berizonce en los siguientes términos “La medida liminar se dispone inaudita parte en el proveimiento inicial, salvo en el mandato colectivo donde solo puede otorgarse después de la audiencia de la persona jurídica de derecho público (art. 22 § 2º). El poder del juez no está limitado a la suspensión del acto impugnado; puede dictar medidas activas, de anticipación de la tutela, siempre que resulte indispensable para la efectividad del derecho que se invoca. Como se ha señalado, lo que autoriza el art. 7º, III, es un proveimiento de amplio espectro, que tanto puede configurar una medida cautelar, como también una satisfactiva, capaz de agotar incluso el objeto de la pretensión, como p.e. excepcionalmente la orden de provisión de medicamentos.”. BERIZONCE, Roberto Omar. Tutela de urgencia y debido proceso. Hacia la reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia. En: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. No. 37. Disponible en el enlace web: <http://www.icdp.co/revista/articulos/37/RobertoOmarBerizonce.pdf> [sin numeración en el documento digital]. En similar sentido, el ordenamiento jurídico francés, desde el año 2000 (Ley No. 2000-597 de 30 de junio) ha conocido la formulación de los denominados réferé que corresponde a un conjunto de medidas de urgencias que pueden ser adoptadas por el “juge des référés” y consistente en i) un réferé de suspensión, mediante el cual se puede ordenar la suspensión de la ejecución de cierta decisión, y de ciertos efectos siempre que la urgencia así lo justifique (artículo 5º), ii) un réferé de libertad, mediante el cual el Juez puede ordenar las medidas que se consideren necesarias para dejar a salvo una libertad fundamental que está siendo afectada por una persona de derecho público o particular encargado de la gestión de un servicio público, siempre que sea un atentado grave y manifiestamente ilegal (artículo 6º) y iii) el réferé conservativo, dirigido a adoptar las “medidas útiles” en un procedimiento administrativo en donde aún no se ha adoptado una decisión por parte de la autoridad (artículo 7º). Para un comentario de tales medidas véase la intervención realizada por el señor Consejero de Estado francés Marc Durand-Viel a la ponencia de la Dra. Ruth Stella Correa Palacio sobre medidas cautelares en el marco del seminario franco-colombiano de reforma a la jurisdicción contenciosa administrativa. La memoria de dicho encuentro (págs. 157-159, c1) se encuentra disponible en el enlace web: <http://www.consejodeestado.gov.co/memorias/medidas%20cautelares.pdf> [Consultado el 6 de marzo de 2014] El texto de la Ley puede verse en el siguiente enlace web: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000204851&categorieLien=id> [Consultado el 6 de marzo de 2014].



decreto de la cautela que “el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, **mediante un juicio de ponderación de intereses**, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla” (artículo 231 CPAyCA) (Resaltado propio).

3.10.- Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleja la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que en el escenario de las medidas cautelares, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*<sup>14</sup>, debe proceder a un estudio de ponderación y sus subprincipios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad<sup>15</sup>. Sobre la aplicación de la proporcionalidad en escenarios de discrecionalidad, se ha sostenido en anteriores ocasiones:

“1.- La discrecionalidad, en cuanto fenómeno con trascendencia jurídica, se concibe como un margen permitido de acción a las autoridades de cualquiera de los poderes públicos, en los eventos en que debiendo adoptar una decisión, el marco de sujeción a su actuación establecido por el ordenamiento jurídico resulta a todas luces indeterminado, correspondiéndole construir la decisión y, por lo tanto, las consecuencias jurídicas de la misma, bajo consideraciones objetivas de acatamiento y respeto al orden jurídico y a sus principios estructurantes.

Conforme a este entendimiento de la discrecionalidad, sobra advertir, entonces, que en cualquier ordenamiento jurídico sustentado en la cláusula del Estado social y democrático de derecho<sup>16</sup>, se debe partir de un concepto de discrecionalidad

<sup>14</sup> Como ya se ha sostenido, estos principios del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* significan que “siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio.”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de 27 de febrero de 2013, exp. 45316 (entre otras decisiones similares).

<sup>15</sup> En cualquier clase de decisiones jurídicas debe considerarse la razonabilidad de esta, que no solo se agota con la simple aplicación lógico-formal de la norma, sino que supone velar porque la decisión en el caso concreto consulte criterios de justicia material y no devenga en irrazonable, desproporcionada o, en suma, contraria a la constitución; se trata, entonces, de adoptar una decisión que satisfaga el criterio de aceptabilidad; y para lograr ello en buena medida contribuye la valoración de los principios constitucionales.

<sup>16</sup> MELKEVIK, Bjarne. Rawls o Habermas. Un debate de filosofía del derecho. 1a ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006, p.141: En el otro extremo, y que cabe comprender también dentro del discurso de la modulación de la discrecionalidad se encuentra la tesis de Habermas acerca del estado de derecho



sustentado en la idea de una simple “*habilitación*” normativa a la autoridad para la concreción del derecho bajo escenarios de indeterminación, sustrayendo, por lo tanto, cualquier explicación del fenómeno de la artificial y peligrosa argumentación de estar vinculada su existencia a un ámbito de “*libertad de selección*”, arbitraria, subjetiva o pasional del servidor público.

(...)

6.- Se trata, entonces, de una concepción realmente material, sustancial y positiva de la discrecionalidad en cuanto norma habilitante del juez administrativo para adoptar decisiones acordes con los preceptos del Estado social y democrático de derecho<sup>17</sup>, en contra de posturas estrictamente formales o negativas, desconocedoras de parámetros de racionalidad y justificación para la decisión discrecional, fundadas por fuera de la racionalidad<sup>18</sup>.

7.- El asunto resulta elemental: allí donde el juez administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización<sup>19</sup>, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial<sup>20</sup>. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad.”<sup>21</sup>

---

democrático: “El Estado de derecho democrático no es simplemente un Estado de dominación, de amenaza, como lo había preconizado MAX WEBER. HABERMAS llega incontestablemente a una conclusión opuesta. En efecto, WEBER concibe el derecho como una dominación y sostiene así una concepción positivista del derecho ajena a toda cuestión de legitimidad. Por el contrario, HABERMAS, como lo habíamos mencionado, fusiona las nociones de legitimidad y de legalidad, lo cual es símbolo del paradigma democrático de la autolegislación que se efectúa por intermedio del proceso democrático que debe situarse dentro del corazón mismo del Estado moderno. Se desprende de lo anterior que el Estado no puede ser legítimo o legal sino en la medida en que respete al proceso democrático. Dicho de otra manera, el Estado democrático no puede ser sino el destinatario de la legitimidad y de la legalidad que le otorga el mencionado proceso. El respeto a los derechos, a las normas y a las instituciones seleccionadas, así como la institucionalización de la seguridad y de la estabilidad jurídicas reposan, en consecuencia, exclusivamente sobre los procesos democráticos. Esta es la razón por la cual el Estado de derecho democrático no puede en adelante estructurarse a partir del poder y de la dominación. No tiene otra fuente de legitimidad y de legalidad que aquella que le otorgan esos procesos democráticos”.

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial. Madrid, 2004, pp.79 a 86.

<sup>18</sup> ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. 2a ed. 1a reimp. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008, pp.208 y 209.

<sup>19</sup> ALEXY, Robert, “Deber ideal”, en BEADE, Gustavo A.; CLÉRICO, Laura (eds). Desafíos a la ponderación. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2011, p.14.

<sup>20</sup> STONE SWEET, Alec; MATTHEWS, Jud. Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global. 1a ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2013, pp.174 a 177 (Colección Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No.64).

<sup>21</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El principio de proporcionalidad: Instrumento para la reconducción objetiva de la actividad judicial en escenarios de discrecionalidad. (próximo a ser publicado). El presente trabajo constituye un desarrollo de la línea de investigación en materia de aplicación del principio de proporcionalidad que se inició con los estudios que sobre la materia incorporé en mi tesis doctoral titulada “El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos”, dirigida por el Catedrático de Derecho Administrativo D. Luciano Parejo Alfonso, presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España) el 25 de febrero de 2010, la cual obtuvo la máxima calificación sobresaliente cum laude otorgada por el Tribunal respectivo. El artículo aborda de manera resumida el modelo metodológico que hemos adoptado para resolver los conflictos a que tiene que enfrentarse



3.11.- En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica **i)** que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); **ii)** que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario **iii)** llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación<sup>22</sup>, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos<sup>23</sup> (pasos a y b) y, luego de ello, se procede a c) que ordena analizar si se encuentra *justificado* que la satisfacción de uno de los principios afecte al otro; aplicando las consideraciones vertidas en iii) en la materia que se está tratando, hay que decir que ello implica valorar si está justificada la adopción de

---

cualquier autoridad (administrativa, judicial o legislativa), en los casos en los que deba adoptar decisiones en escenarios de discrecionalidad. Este planteamiento teórico que utilicé para resolver los problemas jurídicos de mi tesis doctoral, lo he venido empleando en diferentes trabajos e investigaciones académicas publicados en los últimos tres años y relacionados en la siguiente forma: El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Tesis Doctoral presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España), 25 de febrero de 2010, dirigida por el Catedrático Luciano Parejo Alfonso, pp. 20,22, 29, 58, 67, 74, 78, 81, 240, 366, 369, 416 a 452, 454 a 476, 483, 490 a 498, 503 a 509, 515, 516, 519, 569, 591, 595 a 599, 606, 610, 612 y 615; Procedimientos administrativos y tecnología. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp.270; “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”, en BREWER-CARIAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp.178, 180, 185, 187, 191, 207, 226, 256, 257, 261, 271, 279, 280 a 292, 324 y 330; “Aproximaciones a los procedimientos administrativos en la Ley 1480 de 2011. El Estatuto del Consumidor y sus relaciones con la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo”, en VALDERRAMA ROJAS, Carmen Ligia (Dir). Perspectivas del derecho del consumo. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013; “Reflexiones en torno a la potestad administrativa sancionadora. El principio de proporcionalidad y su vincularidad a esta actividad administrativa”, Ponencia presentada en el XII Foro de Derecho Administrativo Latinoamericano, Arequipa (Perú) celebrado entre el 28 de octubre y el 1 de noviembre de 2013 (próximo a publicarse en Lima, Perú, y como libro en Bogotá por el Departamento de Derecho Minero y Energético de la Universidad Externado de Colombia en 2014); “El Contrato de Concesión de Servicios Públicos: Reglas para su debida estructuración”, en MATILLA CORREA, Andry; CAVALCANTI, Bruno (Coords). Estudios Latinoamericanos sobre concesiones y PPP. Ratio Legis, Madrid, 2013, pp.63 a 150 (próximo a publica en México como libro).

<sup>22</sup> La ley de ponderación, siguiendo a Alexy, quiere decir que “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales (Epílogo). 2ª edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [Trad. Carlos Bernal Pulido] 2008, p. 529.

<sup>23</sup> A través de una escala tríadica de leve, medio o intenso.



la medida cautelar para la protección de un derecho en circunstancias de amenaza, en desmedro de la administración. El propio artículo 231 del CPACA da lugar a estar consideración imperativa en el numeral 4 literales a) y b) cuando prescribe como exigencia

“Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones:

- a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
- b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.”

3.12.- Es en los anteriores términos que se impone analizar el contenido y alcance, en general, de las medidas cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

#### **4.- La suspensión provisional de los actos administrativos, como medida cautelar en el proceso contencioso administrativo.**

4.1.- En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el nuevo procedimiento contencioso administrativo se encuentra la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Nacional y desarrollada por los artículos 231 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. La suspensión provisional constituye un importante instrumento de naturaleza cautelar, temporal y accesorio, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso donde se hubiere decretado la medida, como producto de una solicitud fundamentada que en consideración del juzgador sea procedente en razón de la claridad de la infracción. En consecuencia, es presupuesto básico de la medida que el acto esté produciendo sus efectos jurídicos<sup>24</sup>. En este sentido, su finalidad no puede ser otra que la de evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un

---

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 18 de julio de 2002, exp. 22477, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez: “La jurisprudencia ha precisado que, por tratarse de una medida cautelar, su procedencia quedará obstaculizada cuando el acto se ha cumplido y sus efectos –y por consiguiente el perjuicio– se han consumado”.



juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho<sup>25</sup>.

4.2.- De acuerdo con los anteriores argumentos, cabe afirmar que la suspensión provisional como medida cautelar diseñada para el procedimiento contencioso administrativo procede, a petición de parte, “cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de pruebas allegadas con la solicitud”, figura que ha sido ampliamente definida en cuanto a su contenido y procedencia por la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación<sup>26</sup>, precedente vigente para entender el alcance de la Ley 1437 de 2011 en esta materia, en los siguientes términos:

“... En efecto, la figura de la suspensión provisional es una medida cautelar de raigambre constitucional, de estricto carácter provisional, objetivo y accesorio, inherente a las funciones de control preventivo de la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos, atribuida a la jurisdicción de lo contencioso administrativa que impide, previa decisión motivada de la autoridad judicial competente, que los actos de esta naturaleza que sean manifiestamente contrarios al orden jurídico continúen produciendo efectos mientras se decide de fondo en el proceso correspondiente sobre su constitucionalidad o legalidad, previniendo de esta manera el peligro que tal situación implica para el interés general de las instituciones y en particular para los asociados,<sup>27</sup> por lo tanto, instrumento vital de carácter material consolidador de los presupuestos de la cláusula constitucional del Estado social de derecho...”

Es provisional porque su existencia es precaria toda vez que el pronunciamiento de la decisión final normalmente la extingue, sin olvidar que puede ser modificada o levantada en presencia de las circunstancias previstas por la ley; objetiva porque la decisión que la adopte debe fundarse en estrictas consideraciones de clara y evidente contradicción entre el acto administrativo y el ordenamiento jurídico superior, y no en consideraciones personales o subjetivas del juzgador; accesorio porque no constituye el centro del debate procesal y está sujeta a lo que disponga el fallo que ponga fin al proceso; y, finalmente, motivada porque siendo una decisión judicial, la garantía del debido proceso y el deber del sometimiento del juez al imperio de la ley, exigen una adecuada y suficiente exposición,<sup>28</sup> argumentación y reflexión de las razones en que se fundamenta<sup>29</sup> la manifiesta y ostensible infracción del ordenamiento jurídico por el acto administrativo impugnado.

En consecuencia, tal como lo ha sostenido esta Corporación,<sup>30</sup> el hecho de exigirse una violación manifiesta para la procedencia de la suspensión provisional, no excluye

<sup>25</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de derecho administrativo. Contencioso Administrativo, T.III, 3ª reimp., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.482.

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 22 de marzo de 2011, CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 38.924.

<sup>27</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-977 de 1992.

<sup>28</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-064 de 2010.

<sup>29</sup> Artículo 303 del C. P. C. que desarrolla los artículos 29, 228 y 230 de la Constitución, aplicable por remisión del artículo 267 del C. C. A.

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 27 de Mayo de 2009, (Expediente 36.476).



en manera alguna la interpretación de la ley ni la debida y suficiente motivación por parte del juez de lo contencioso administrativo.

Ahora, la realización de esta actividad garantística de motivación no implica romper las fronteras de una medida cautelar para incursionar en la decisión de fondo.

De otro lado, esa manifiesta infracción debe establecerse a partir de la aplicación de alguna, o de ambas, de las metodologías indicadas en el inciso 2 del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, esto es, de la confrontación directa del acto administrativo impugnado con el ordenamiento jurídico superior invocado como infringido, o también, mediante la confrontación del acto administrativo impugnado con el texto de los documentos aducidos con la solicitud que por sus características o contenidos normativos permitan establecer lo manifiesto de la infracción al ordenamiento jurídico.

En síntesis, para la procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo resulta imprescindible que la vulneración del ordenamiento jurídico sea evidente, ostensible o notoria, vulneración que se pone en evidencia por medio de cualquiera de las dos metodologías antes mencionadas, esto es, el juez debe llegar a esa conclusión realizando un cotejo directo entre el acto administrativo demandado y las normas que se invocan como transgredidas o mediante el análisis de los documentos presentados con la solicitud.

Finalmente, entre la norma que se dice vulnerada y el acto administrativo acusado debe existir una situación de subordinación jurídica, pues de no existir, la medida cautelar se tornaría improcedente ya que no se configuraría la manifiesta infracción a la que se refiere expresamente el artículo 152.2 el C. C. A.”

4.3.- En relación con este aspecto de la necesaria motivación de toda providencia que resuelva la solicitud de suspensión provisional debidamente solicitada dentro de un proceso contencioso administrativo en esta misma providencia se hace énfasis en lo siguiente:

“La Sala considera que la interpretación y la argumentación son imprescindibles e inescindibles en la actividad judicial.

En efecto, los jueces están conminados de manera permanente y continúa a interpretar las normas, incluso cuando se considera que una determinada disposición jurídica es clara y unívoca, pues en estos eventos el Juez, previamente, ha desarrollado un ejercicio hermenéutico para arribar a tal conclusión.

Afortunadamente, ya hace mucho tiempo que se superaron las concepciones formalistas y deductivistas de la interpretación, según las cuales la actividad judicial se limitaba a la simple verificación del derecho y a su aplicación automática a unos determinados hechos y, en consecuencia, el Juez sería simplemente “la boca que pronuncia las palabras de la ley; unos seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza, ni el rigor de aquella.”<sup>31</sup>

Pretender que el Juez no desarrolle ningún ejercicio hermenéutico ni argumentativo ante una expresión legal (Como por ejemplo la incluida en el artículo 152 del C. C. A: “manifiesta infracción de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma”), sino que aplique sin consideración alguna la disposición, es desconocer abiertamente la necesaria relación entre interpretación, argumentación, actividad judicial y el deber

<sup>31</sup> Montesquieu, Charles Louis de Secondat. Del Espíritu de las leyes. Primera Parte, Libro XI, Capítulo 6.



de los jueces de motivar sus decisiones, postulado propio de toda sociedad enmarcada en los preceptos del Estado social y democrático de derecho.”<sup>32</sup>

4.4.- Su procedencia está determinada por la violación al ordenamiento jurídico mediante la subsunción de un acto administrativo con el universo normativo de principios y valores al cual está sujeto, y la necesidad de proteger provisionalmente la legalidad en sentido amplio mientras se profiere la decisión definitiva respecto del acto administrativo demandado.

4.5.- Esto significa que la suspensión provisional, como toda medida cautelar, debe estar siempre debidamente sustentada en los dos pilares fundamentales sobre los cuales se edifica todo sistema cautelar, a saber: los principios del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, en virtud de los cuales siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio.

4.6.- Ahora bien, para arribar a la conclusión de que la norma demandada atenta contra el orden jurídico debe el juez necesariamente hacer un proceso de interpretación del derecho y materializarlo en una debida y suficiente motivación, sin romper las fronteras que implica la medida cautelar para incursionar en la decisión de fondo.

4.7.- También debe el juez establecer que entre la norma que se dice vulnerada y el acto administrativo acusado exista una situación de subordinación jurídica, pues de no existir la medida cautelar se tornaría improcedente, ya que no se configuraría la subsunción que se exige para configurar la infracción que demanda la medida de suspensión provisional.

#### **4.8.- Requisitos de la solicitud de suspensión provisional.**

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos, en los siguientes términos:

---

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 22 de marzo de 2011, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 38924.





“Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 231. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos. (...)”

4.9.- De la normativa en cita, se deducen como requisitos para la procedencia de dicha medida cautelar que i) sea solicitada por el demandante, ii) procede cuando existe una violación que surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y, iii) si se trata de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho debe acreditarse, de manera sumaria los perjuicios que se alegan como causados por los actores.

4.10.- Ahora bien, bajo los supuestos legales referidos y para determinar sobre la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional del aparte acusado se procederá a efectuar el respectivo análisis de cada uno de los cargos invocados por el actor, para así determinar si en el presente asunto se vislumbra una infracción evidente u ostensible de las normas superiores cuya transgresión se alega.

## **5.- Los cargos esgrimidos por el actor.**

Consideró que el aparte demandado contraviene lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007<sup>33</sup>, que versa sobre la selección objetiva y el precio como único factor de evaluación en aquellas contrataciones sobre adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización.

<sup>33</sup> **Artículo 5o. De la Selección Objetiva.** Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:  
(...)

3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.



Afirmó que siendo así el tenor literal de la disposición en mención, el numeral VII “Criterios de evaluación” del pliego de condiciones de la Licitación Pública LP-AMP-048-2015 infringe dicho precepto por cuanto “incluye otros factores de evaluación distintos al menor precio ofrecido.”, esto es, el factor técnico y el factor de apoyo a la industria nacional. Recuerda que el puntaje del pliego de condiciones de marras está dispuesto como sigue (se transcribe el gráfico incorporado por el actor en el escrito de suspensión provisional, fl 8, cdno cautelares):

Tabla 9. Criterios de Evaluación

No.	Criterios de evaluación	Puntaje
1	Factor económico	80
2	Factor técnico	10
3	Apoyo a la Industria Nacional	10
Total puntos		100

Fuente: Colombia Compra Eficiente

Finalmente, reforzó su argumentación poniendo de presente que en un asunto similar<sup>34</sup>, mediante auto de 28 de octubre de 2014 del Despacho de la Consejera Dra. Stella Conto Díaz del Castillo se había ordenado la suspensión provisional de los apartes de “Criterios evaluación” y “adjudicación” de un pliego de condiciones de Colombia Compra Eficiente dentro de un procedimiento tendiente a la suscripción de un Acuerdo Marco de Precios, en razón la a violación del numeral 3° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007.

## 6.- Coadyuvantes

Como se advirtió en los antecedentes de esta providencia, en el curso de la audiencia preliminar de 31 de agosto de 2015 se hicieron parte los ciudadanos José Saavedra

<sup>34</sup> Se trata del proceso radicado con el número 11001-03-26-000-2014-00147-00 (52444). Demandante: Arnulfo Rojas Pascuas. Demandado: Agencia Nacional de Contratación Pública. Acción de nulidad.

Se solicitó la suspensión de la “actuación administrativa de carácter contractual iniciada formalmente mediante la resolución Número 511 de 2014 de fecha 21 de agosto de 2014, por medio de la cual se dio apertura al proceso de selección licitación pública Número LP-AMP-020-2014, conforme lo indica el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011”. Copia simple del proveído de 28 de octubre de 2014 dictado por la Consejera de Estado Dra. Stella Conto Díaz del Castillo decretando la suspensión provisional obra a folios 63-71 del cuaderno principal.

En uno de los apartes de dicha providencia se lee lo siguiente: “De la confrontación de los actos demandados con las normas invocadas resulta manifiesta la violación en que el actor apoya la medida cautelar, toda vez que las disposiciones del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 sujetan ñas contrataciones para la adquisición do suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes al menor precio ofrecido, como único criterio de selección objetiva de las ofertas, mientras que el pliego de condiciones impugnado, en sus numerales VI y IX, incluye factores económicos, técnicos y de incentivo a la industria como criterios de selección, esto es, desconoce abiertamente la exigencia legal de incluir el menor precio como único factor de selección objetiva.

Siendo así, resulta palmario que los numerales VI y IX del pliego de condiciones de la licitación pública de que trata la resolución No. 511 de 2014, expedida por la Agencia Nacional de Contratación Estatal, violan las disposiciones del artículo 5° de la Ley 1150 de 207 (sic), por lo que está acreditado el requisito para disponer la suspensión provisional de sus efectos”.



Barraza y Hernán González Pardo, quienes solicitaron se les reconociera la calidad de coadyuvantes, la cual les fue reconocida por el Magistrado de conformidad con el artículo 223 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>35</sup>.

En su intervención el ciudadano José Saavedra recordó que en el gremio de vigilancia y seguridad privada las tarifas de precios se encuentran reguladas por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y, por otra parte, cuestionó si tales servicios podían ser considerados como de características técnicas uniformes. Así lo refirió el coadyuvante:

“nos dice que nosotros somos de características técnicas uniformes de común utilización, la Superintendencia de Control y Vigilancia tiene aprobadas en nuestras escuelas 25 especializaciones su Señoría, hospitalaria, bancaria, de oleoductos, residenciales, grandes superficies, usted nos vera a nosotros en los aeropuertos, conjuntos residenciales, en toda parte. Si nosotros fuéramos de características uniformes ¿Será lo mismo un guarda cuidando un lote, que cuidando un oleoducto o cuidando un jardín infantil? No existirían esas especializaciones en nuestras escuelas, pero más allá hoy día, la mayoría de las licitaciones se define por la experiencia específica de cada compañía en los diferentes ramos como también en la experiencia específica y en la capacitación de los hombres que van a dirigir ese contrato” (Intervención oral en la audiencia preliminar).

A su turno el ciudadano coadyuvante Hernán González Pardo manifestó en su intervención que con la licitación pública referida se atentaba contra la libertad de empresa, la libre competencia dado que se pretendía la conformación de un oligopolio entre 5 o 7 empresas de vigilancia y seguridad privada. Afirmó que Colombia Compra Eficiente viola la Ley 1150 de 2007.

<sup>35</sup> Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 223. *Coadyuvancia en los procesos de simple nulidad*. En los procesos que se tramiten con ocasión de pretensiones de simple nulidad, desde la admisión de la demanda y hasta en la audiencia inicial, cualquier persona podrá pedir que se la tenga como coadyuvante del demandante o del demandado.

El coadyuvante podrá independientemente efectuar todos los actos procesales permitidos a la parte a la que ayuda, en cuanto no esté en oposición con los de esta.

Antes del vencimiento del término para aclarar, reformar o modificar la demanda, cualquier persona podrá intervenir para formular nuevos cargos o para solicitar que la anulación se extienda a otras disposiciones del mismo acto, caso en el cual se surtirán los mismos traslados ordenados para la reforma de la demanda principal.



## **7.- El escrito de oposición a la prosperidad de la medida cautelar.**

La Agencia Nacional de Contratación Estatal Colombia Compra Eficiente, en escrito de 31 de julio de 2015 (fls 14-18, c1) solicitó se denegara la medida cautelar.

Luego de una breve mención a los Acuerdos Marco de Precios consideró que el demandante incurrió en un error conceptual al considerar el Acuerdo Marco de Precios como un contrato para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes. Recordó que el Acuerdo Marco de Precios define “el “marco” del negocio, el cual se efectiviza a través de las órdenes de compra en la que cada Entidad Estatal, (...) adquiere los bienes o servicios”.

Por consiguiente, precisó que no es posible dar aplicación al numeral tercero del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 por cuanto el proceso de contratación LP-AMP-048-2015 no tiene por objeto la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes. Dicho esto, y recordando que es la licitación la vía para llegar a la suscripción de un Acuerdo Marco de Precios, afirmó que Colombia Compra Eficiente violaría la Ley si fijara como único criterio de valoración en un procedimiento licitatorio la variable precio.

Remató concluyendo que el contenido del aparte demandado no pugna con el numeral 3° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007.

## **8.- Problema jurídico**

8.1.- Planteados como quedaron los términos del asunto a decidir, el problema jurídico que debe ser resuelto en esta oportunidad se contrae a si en sede cautelar resulta procedente suspender los efectos del numeral VII “Criterios de evaluación” del Pliego de condiciones de la Licitación Pública No. LP-AMP-048-2015, de que trata la Resolución No. 747 de 19 de junio de 2015 expedida por Colombia Compra Eficiente, en cuanto que dicho apartado es aparentemente contrario al ordenamiento jurídico, para el caso, al numeral 3° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007.

8.2.- Para resolver lo pertinente el Despacho, retomando la problemática jurídica propuesta por el actor, la parte accionada y los terceros que obran en calidad de



coadyuvantes, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión: (1) libertad de empresa y libre competencia, (2) sujeción de la Administración a los principios y valores constitucionales. Fines constitucionales de la contratación, (3) convencionalidad. Fundamento y su repercusión en la interpretación de las normas jurídicas, (4) contratación con arreglo a acuerdos marco de precios. Aspectos liminares; expuesto el anterior marco teórico, se abordará (5) caso en concreto. Consideraciones que fundamentan la *ratio decidendi* del caso.

## 9.- Libertad de empresa y libre competencia.

9.1.- El Constituyente de 1991 eligió un sistema de economía social de mercado, según el cual, la dirección de la misma corresponde al Estado, a quien le compete intervenir a fin de evitar o corregir las denominadas fallas del mercado, garantizar el pleno empleo de las fuerzas económicas, preservar la libre competencia de quienes concurren al mercado, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, etc, de acuerdo a los postulados vertidos en los artículos 333<sup>36</sup> y 334<sup>37</sup> de la Constitución Política, tal como ha sido advertido por la jurisprudencia constitucional:

“La conjunción de los interés privados a través de la adopción de un modelo de libertad económica, fundado en la libre iniciativa, libertad de empresa, libertad de establecimiento y libre competencia económica (C.P. art. 333), junto al reconocimiento de la potestad de intervención del Estado en la economía, con el propósito de dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular

<sup>36</sup> Constitución Política de Colombia. Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

<sup>37</sup> Constitución Política de Colombia. Artículo 334. -Artículo modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 3 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:- La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.



las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos para el desarrollo normal de una vida digna; ha permitido a esta Corporación, entender que nuestra economía con sujeción a las disposiciones de la Carta Fundamental, se regula bajo las premisas de la denominada “*economía social de mercado*”, según la cual las reglas de la oferta y la demanda deben estar al servicio del progreso y desarrollo económico de la Nación.”<sup>38</sup>

9.2.- En este contexto, debe decirse que el referente constitucional del artículo 333, dirigido a garantizar la libertad de empresa e iniciativa económica, vinculado estrechamente con la protección y garantía del derecho a la propiedad y el libre desarrollo de la personalidad, supone, para los particulares, la libertad de emprender cualquier tipo de actividad comercial y/o empresarial, de manera libre y autónoma; advirtiendo que este derecho, como todos los demás de raigambre constitucional y legal, puede ser limitado por el Estado<sup>39</sup>, en ejercicio de la cláusula competencial habilitante del mismo artículo, al señalar que “la ley determinará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”.

9.3.- Por lo tanto, la intervención del Estado en la economía reviste un carácter restrictivo, razón por la cual, la regla general, como se explicó, consiste en la garantía de la libertad de empresa e iniciativa privada<sup>40</sup>, cuestión que se entiende claramente cuando se verifica el inciso primero del artículo 333, ya mencionado, que dispone: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos precios ni requisitos, sin autorización de la ley.”

<sup>38</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-865 de 2004.

<sup>39</sup> Puntualmente sobre esta cuestión la Corte Constitucional ha considerado lo siguiente: “No obstante, en los términos del artículo 333, **las libertades económicas no son absolutas**. Esta disposición señala que la empresa tiene una función social que implica obligaciones, prevé que la libre competencia supone responsabilidades, e indica que la ley delimitará el alcance de la libertad económica “cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Con base en esta disposición de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha concluido que las libertades económicas **son reconocidas a los particulares por motivos de interés público**.”<sup>39</sup> Por esta razón, en reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha aclarado que las libertades económicas no son en sí mismas derechos fundamentales.”. Sentencia T-197 de 2012.

<sup>40</sup> Sobre la libertad de empresa anota Rodolfo Arango: “Ella está garantizada como un derecho constitucional y puede entenderse como una concreción del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Es claro que con la garantía de la libertad de empresa queda excluido el marco constitucional un sistema económico que prescindiera de dicha libertad, bien sea porque la proscriba o porque en la práctica la anula al adoptar una economía centralmente dirigida.”. ARANGO, Rodolfo. Derechos, constitucionalismo y democracia. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2004. págs. 166-167.



9.4.- Es por tal razón que la economía social de mercado, establecida en la Constitución de 1991, supone, para el particular un derecho general de libertad<sup>41</sup>, entendido como “una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio”<sup>42</sup>, mientras que para el Estado, como es característico en el marco del Estado de Derecho, opera una suerte de limitante jurídica en su actuación, por vía del concepto jurídico de competencia<sup>43</sup>, razón por la cual sólo podrá intervenir en el decurso de un actividad económica, cuando así lo disponga una ley para tal efecto, cuestión que quiere decir, adicionalmente, que se trata de un asunto revestido con reserva de ley. Dicho en otras palabras, el derecho de libertad de empresa implica la asunción de una posición jurídica concreta susceptible de modulaciones por cuenta del Estado pero, a su vez, revestida de un amparo administrativo y judicial a fin de defenderlo de intromisiones injustificadas (en tanto que no exista disposiciones legislativa que avale ello) o desproporcionadas (atentatorias del núcleo esencial del derecho de libertad):

“El modelo constitucional de libertad económica, sustenta y soporta el reconocimiento de un claro e inequívoco derecho de carácter subjetivo, que no obstante caracterizarse por poseer un núcleo esencial aparentemente intangible, surte efectos plenos en cabeza de sus titulares, quienes pueden reclamar en todo momento y hora, mediante los procedimientos judiciales o administrativos correspondientes, que se les garantice el mismo y que además les proteja de las agresiones o desconocimientos por parte de cualquier actor dentro del tráfico jurídico<sup>44</sup>”

<sup>41</sup> Una formulación del derecho general de libertad se encuentra en Robert Alexy cuando dice que éste se explica de la siguiente manera: (2) Si x es una acción (hacer u omisión) y no está prohibida por una norma jurídica formal y materialmente constitucional, entonces está permitida la realización de x”. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. 1ª edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p, 337.

<sup>42</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-425 de 1992. No obstante, es preciso advertir que la jurisprudencia constitucional ha precisado que del artículo 333 constitucional se desprenden dos clases de libertades, una consistente en la libertad de empresa (en donde a su vez se encuentra la libertad contractual y de iniciativa privada) mientras que por otro lado se encuentra la libertad de competencia (de donde se desprenden derechos a concurrir y hacerse parte en el mercado, la libertad de ofrecer sus productos y/o servicios y de contratar con cualquier consumidor. Véase en general: Sentencias C-524 de 1995, C-616 y C- 815 de 2001, C-389 de 2002, C-992 de 2006, C-197 de 2012, entre otras.

<sup>43</sup> “El atributo de la competencia, en general, debe ser entendida como la posibilidad que tiene una determinada persona, esto es, un órgano público o un particular de proferir o realizar un acto productor de determinados cambios normativos, que repercutirán en quien lo produce o un tercero, reconocido por el ordenamiento jurídico superior, siempre que se sigan los pasos establecidos para tal fin, o lo que es lo mismo, mientras se dé el estado de cosas dispuesto en la norma jurídica que establece la competencia”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Pleno de Sección Tercera. Auto de 17 de octubre de 2013, exp. 45679.

<sup>44</sup> PAREJO ALFONSO. Estudio preliminar al libro Libertad de empresa en el Estado social de derecho, cit., p. 25.



El modelo constitucional de la libertad económica y el consecuente reconocimiento de los derechos subjetivos que hemos destacado, no son absolutos. La libertad en mención no es incompatible con el ejercicio de los poderes públicos interventores no solo policivos, sino también regulatorios en procura de su adecuación a los causes del interés público y general, hipótesis que se funda incluso en los mismos trabajos conceptuales de sus predicadores supremos dentro de las construcciones teóricas neoliberales<sup>45</sup>, debiéndose respetar en todo caso, su núcleo esencial, que si bien es cierto lo hemos entendido como aparentemente intangible, de todas maneras concentra la idea rectora del la subsistencia de la libertad, luego por vía de la intervención no se puede llegar a suprimirla, o materialmente desaparecerla<sup>46</sup>.

(...)

La libertad económica en cuanto elemento que coadyuva a la sustentación del sistema Constitucional es parte integrante del mismo, y de ninguna manera una rueda suelta o sin puerto seguro dentro del mismo. Hace parte del contexto constitucional y así debe ser siempre entendida, produciendo unos efectos sustanciales que correspondan a su naturaleza y propósito. Bajo este entendido debe articularse con los demás postulados también básicos de nuestro sistema Constitucional, como lo puede ser en primer lugar el del Estado social y democrático de derecho. Relación supeditada al equilibrio y la ponderación, en relación con cada caso concreto, de manera que sin desconocer la esencia de cada uno de estos postulados básicos del sistema se puedan modular de manera coherente y permanente.<sup>47</sup>

9.5.- Por otro tanto, la libre competencia encuentra expresa protección constitucional en los preceptos constitucionales del 333 y 336 superior conforme a los cuales *“El Estado (...) impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”* y disponiendo que *“Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley”*, respectivamente.

9.6.- Así y entendiendo por competencia en un mercado “cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de un actividad económica lícita”<sup>48</sup>, se tiene que **la Constitución protege los elementos esenciales de la libre competencia, tales como es el derecho que se tiene para ingresar y salir libremente del mercado, participar o competir**

<sup>45</sup> HAYEK. Camino de servidumbre, cit., p. 37.

<sup>46</sup> PAREJO ALFONSO. Estudio preliminar al libro Libertad de empresa en el Estado social de derecho, cit., p. 28.

<sup>47</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III Madrid, España. Febrero de 2010, p. 311-313.

<sup>48</sup> Corte Constitucional, sentencia C-228 de 2010.





por él conforme a las condiciones y ventajas comerciales que cada participante encuentre pertinentes y la posibilidad de que sus bienes o servicios puedan llegar a sus consumidores.

9.7.- En efecto, en virtud de tales disposiciones se comprende que la libre competencia opera en el marco del derecho general de libertad, que supone, sin ser absoluto, la posibilidad de los interesados de tomar parte y ejercerlo libremente conforme a sus pareceres, intereses o preferencias, pero, además, dado el contexto en que surge el ejercicio de este derecho, tal libertad sería meramente ilusoria si no se predicara, a cargo del Estado, la exigencia de ciertas acciones positivas para materializar tal precepto jurídico.

9.8.- Se trata, entonces, de los deberes del Estado de instrumentalizar – en sede de creación de regulación normativa así como en aplicación de los mismos – medidas destinadas a eliminar las barreras, que impiden o dificultan, el acceso al mercado por parte de los competidores así como censurar las prácticas que se consideran como restrictivas de la libre competencia, tales como ciertos tipos de acuerdos o actos, situaciones de abuso de posición dominante o creación de monopolios.

#### **10.- Sujeción de la Administración a los principios y valores constitucionales. Fines constitucionales de la contratación estatal.**

10.1.- Por otra parte, por averiguado se tiene que la Administración está sujeta al cumplimiento de los preceptos constitucionales establecidos en el preámbulo de la Constitución Política y los principios fundamentales del artículo 1°, esto es, que *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República (...) fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”* y el artículo 2° a cuyo tenor se lee que *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...) y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”*.



10.2.- Pero además, existe una cláusula de competencia especial para la Administración que deriva de las funciones que le asignó el constituyente en el artículo 209 constitucional<sup>49</sup>, siendo estas: i) Estar al servicio de los intereses generales, por oposición a los partidistas, gremiales u otros que no representen el bien común; ii) Ceñirse a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y, por último, iii) Ejercer estas funciones mediante los instrumentos de la descentralización, la delegación y la desconcentración de ellas. Así, de la lectura de dichos principios es claro que se derivan en el ordenamiento jurídico – en materia de contratación pública – otros tales como el de planeación del negocio, legalidad, economía de mercado, llamados a gobernar la acción de la Administración.

10.3.- Resulta claro, entonces, que en el orden jurídico colombiano existe una especificidad constitucional a favor de la administración pública, comoquiera que, además de encontrarse sujeta a los principios y valores del preámbulo y los artículos 1º, 2º y 3º, el artículo 209 le asigna un especial rol funcional, como lo es el de estar al servicio de los intereses generales, observando unos particulares principios de acción<sup>50</sup>.

10.4.- Por lo anterior, se tiene que a partir de una juiciosa lectura de tales principios y valores es que se encuentra que las actuaciones de la Administración no constituyen un rito ciego a la forma por la forma, la magnificación de lo adjetivo sobre lo material o de mero ejecutor formal de la Ley; contrario a ello, resulta que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho los procedimientos que ésta tiene a su cargo tienen un derrotero específico, cual es concretar la “profunda vocación protectora y garantizadora de los derechos e intereses tanto individuales como colectivos en relación con la actividad de la Administración, predeterminando para ella senderos forzosos de actuación, y marcos sustanciales de contención a la arbitrariedad.”<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Constitución Política. Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

<sup>50</sup> Se trata de lo que Schmidt-Assman llama como la legitimación institucional y funcional de la Administración “con la que se designa la posición directa que la Constitución le ha otorgado al Ejecutivo, para subrayar su propia autonomía e identidad ante el poder legislativo y judicial.” SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. En: Barnés, Javier, Innovación y reforma en el Derecho Administrativo. 2º edición, Sevilla, Global Law Press, 2012, p. 66.

<sup>51</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Procedimientos administrativos y tecnología. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2011, p. 137.



10.5.- Y justamente la contratación estatal es uno de aquellos instrumentos con que cuenta la Administración para el cumplimiento de los fines constitucionales del Estado<sup>52</sup>, razón por la cual durante las etapas de estructuración, proyección o planeación<sup>53</sup> de los contratos del Estado, la precontractual propiamente dicha y, luego de ello, a lo largo de la existencia del contrato estatal se impone a la Administración hacer uso de las herramientas jurídicas de dirección y manejo del contrato conforme a los principios constitucionales y con miras a satisfacer el interés general<sup>54</sup>.

10.6.- Precisamente es el interés general lo que viene a erigirse como elemento central en las relaciones contractuales del Estado y a fungir como criterio que le vincula con la realización de los propósitos del Estado social de derecho, por cuanto “No puede entenderse ni admitirse como válido un procedimiento contractual, un contrato o cualquier operación relacionada con éste, que no se inspire o tenga como propósito el cumplimiento o la satisfacción de los intereses generales. (...) En este sentido, el principio del interés general pone de relieve para el contrato estatal su irremediable vinculación al contexto del Estado social de derecho, con el propósito de satisfacer las necesidades de la comunidad y de proteger lo que a todos nos pertenece; de aquí su carácter teleológico y finalístico”<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> “Bajo esta perspectiva, a la par de los procedimientos y actuaciones administrativas que sustentan el acto administrativo unilateral – el cual, dicho sea de paso, se ha constituido en el instrumento ordinario dentro del Estado de derecho para el cumplimiento de sus propósitos –, se hace imprescindible que todos los servidores públicos entiendan que existe, igualmente, la figura del contrato como mecanismo fundamental para la realización efectiva de los cometidos a cargo del Estado”. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El concepto de contrato estatal. Complejidades para su estructuración unívoca. En: Temas relevantes sobre los contratos, servicios y bienes públicos. VI Congreso de Derecho Administrativo. Margarita, 2014, Editorial Jurídica Venezolana y Centro de Adiestramiento Jurídico, p. 301-302.

<sup>53</sup> Particularmente sobre la planeación esta Sala ha apuntado, entre otras, las siguientes consideraciones: “La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales.”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 1º de febrero de 2012, exp. 22464.

<sup>54</sup> “Así las cosas, un concepto operativo de contrato estatal, realmente material, debe necesariamente tener como punto de partida la interrelación de los contextos doctrinales y jurídicos que la normatividad contractual del Estado artículo (...) es decir, que cualquier aproximación al diseño de unas bases consistentes de la idea central del negocio público implica reconocer (...) la caracterización privatista de la institución pero dispuesta de manera directa al cumplimiento de los propósitos y finalidades del interés público y general en los términos del artículo 2 constitucional”. SANTOFIMIO GAMBOA, El concepto de contrato estatal. Complejidades para su estructuración unívoca. Op. Cit, p. 339.

<sup>55</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. En: Revista Digital de Derecho Administrativo. No. 1, 2009 enero-junio, p. 23-24.



10.7.- No otra cosa puede decirse en este punto cuando se advierte (además de lo dicho *supra*) la existencia de una disposición como la del artículo 23 de la Ley 80 de 1993 a cuyo tenor se lee que *“las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función pública”*.

10.8.- Esta Subsección ha hecho eco de tal marco normativo en materia contractual en los siguientes términos:

“Pues bien, de todo este conjunto normativo se deduce sin esfuerzo alguno que la contratación estatal persigue la prestación de los servicios públicos, que por consiguiente con ella se pretende fundamentalmente la satisfacción de intereses de carácter general y que debe ceñirse a los principios de la función administrativa, entre otros, a los de transparencia y economía.

La eficacia de todos los principios que rigen la actividad contractual del Estado, en especial los dos últimamente mencionados es decir el de la transparencia y el de la economía, depende en buena medida de que en ella se cumpla con los deberes de planeación y de selección objetiva.

Por supuesto que el cumplimiento de los demás deberes que la Constitución y la ley imponen en esa materia también aseguran la eficacia de todos los principios que la rigen y por ende la efectiva satisfacción del interés general que es lo que persigue la prestación de los servicios públicos mediante la actividad contractual del Estado.”<sup>56</sup>

## **11.- Convencionalidad. Fundamento y su repercusión en la interpretación de las normas.**<sup>57-58</sup>

<sup>56</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 24 de abril de 2013, exp. 27315.

<sup>57</sup> Este punto recoge las consideraciones efectuadas, entre otras, en las siguientes providencias: sentencia de 25 de mayo de 2011 (exp. 15838), sentencia de 25 de mayo de 2011 (exp. 18747), sentencia de 8 de junio de 2011 (exp. 19772), sentencia de 31 de agosto de 2011 (exp. 19195), sentencia de 1° de febrero de 2012 (exp. 21274), sentencia de 18 de julio de 2012 (19345), sentencia de 22 de octubre de 2012 (exp. 24070), sentencia de 19 de noviembre de 2012 (exp. 25506), sentencia de 27 de febrero de 2013 (exp. 24734), sentencia de 20 de junio de 2013 (exp. 23603), sentencia de 24 de octubre de 2013 (exp. 25981), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 40802), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 26013), sentencia de 12 de febrero de 2014 (exp. 25813), sentencia de 3 de marzo de 2014 (exp. 47868), sentencia de 26 de marzo de 2014 (exp. 29129), sentencia de 8 de abril de 2014 (exp. 28330), sentencia de 8 de abril de 2014 (exp. 28318), sentencia de 14 de mayo de 2014 (28618), sentencia de 9 de julio de 2014 (exp. 30823), sentencia de 9 de julio de 2014 (exp. 28318), sentencia de 12 de julio de 2014 (exp. 28433), sentencia de 28 de agosto de 2014 (exp. 26251), sentencia de 20 de octubre de 2014 (exp. 31250), sentencia de 12 de noviembre de 2014 (exp. 28505), sentencia de 3 de diciembre de 2014 (exp. 35413), sentencia de 3 de diciembre de 2014 (exp. 26737), sentencia de 3 de diciembre de 2014 (exp. 45433), sentencia de 26 de febrero de 2015 (exp. 30924). Auto de 24 de septiembre de 2012 (exp. 44050), Auto de Sala Plena de Sección Tercera de 6 de diciembre de 2012 (exp. 45679), Auto de 17 de septiembre de 2013 (exp. 45092), Auto de Sala Plena de Sección de 17 de octubre de 2013 (exp. 45679), Auto de 26 de septiembre de 2013 (exp. 42402), Auto de 1° de diciembre de 2014, entre otras providencias.



11.1.- En el presente asunto, de la contratación estatal, la convencionalidad tiene obligatoria presencia. Es preciso destacar que además de la obligatoria observancia de las disposiciones constitucionales y legales pertinentes (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Decreto-Ley 4170 de 2011, entre otras normas), la Administración Pública debe considerar de manera relevante las normas sobre la materia en derecho internacional, bien sea estas incorporadas mediante tratados o convenios internacionales, o por vía del *soft law*<sup>59</sup>.

11.2.- Lo anterior por cuanto, respecto de tratados internacionales bilaterales o multilaterales debidamente incorporados al derecho interno, se predica el deber del Estado – como un todo – de cumplir de buena fe las obligaciones pactadas allí. Se sigue de ello que el operador jurídico debe integrar el ordenamiento jurídico interno conforme al derecho internacional de acuerdo a lo establecido en el artículo 27 de la Convención de Viena, a cuyo tenor se lee: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

11.3.- En efecto, siendo las normas de derecho internacional en materia de integración comercial reglas que pretenden solucionar problemas de coordinación de lenguaje jurídico entre partícipes que interactúan en diversas jurisdicciones en aras de promover la seguridad jurídica y el desarrollo económico es claro que se impone seguir las definiciones y/o conceptualizaciones estipuladas en aquellos pactos de derecho internacional a fin de desentrañar el alcance o significado de cierta noción, terminología, concepto o cláusula. Vale citar, a manera demostrativa, las definiciones incluidas – entre otras – en las Decisiones 291 (régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías), 416 (normas especiales para la calificación y certificación del origen de las mercancías), 578 (reglas para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal) dictadas por la Comunidad Andina de

---

<sup>58</sup> Cfr. Sentencia de la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 20 de abril de 2015, exp. 50219.

<sup>59</sup> Se advierte que sobre el *soft law* aún no existe un criterio jurídico unificado al interior de esta Corporación.



Naciones y parte integrante del Derecho Comunitario de aplicación directa a nivel local<sup>60</sup>.

11.4.- En este punto, destaca la Sala el criterio del Pleno de la Sección Tercera en el fallo de 9 de agosto de 2012 conforme al cual, dado el carácter supranacional<sup>61</sup> y directo del derecho comunitario, se impone el deber de aplicar sus aspectos sustantivos como procedimentales. En palabras del fallo citado:

“El Derecho Comunitario Andino como ordenamiento jurídico al que está sujeto todo Estado miembro, entre ellos Colombia, es producto del sistema de integración económica en un escenario de ampliación democrática<sup>62</sup>, que extiende sus raíces a ámbitos de regulación normativa en los que los principios de supranacionalidad<sup>63</sup>,

<sup>60</sup> Otros ejemplos de ello se encuentran en el Tratado de Libre Comercio suscrito por la República de Colombia con El Salvador, Guatemala y Honduras (Ley 1241 de 2008) o el Acuerdo de Promoción Comercial entre Estados Unidos y Colombia (Ley 1166 de 2007), donde se incluyen definiciones sobre diversas materias.

<sup>61</sup> Sin embargo, el Ponente de esta providencia es del criterio conforme al cual tales estructuras normativas internacionales deben ser leídas como una integración única junto al ordenamiento jurídico interno. Es decir, no corresponde a una dualidad de conjuntos normativos sino de uno solo que se encuentra plenamente integrado. Todo ello deriva del adecuado entendimiento del concepto de convencionalidad: “1.- El de convencionalidad es un concepto amplio, omnicomprensivo y complejo en el ámbito del derecho, que involucra, dada su configuración, un claro e inobjetable elemento amplificador del ordenamiento jurídico vigente en cada Estado, no solo por el hecho de la pertenencia de estos a la comunidad internacional<sup>61</sup>, y adicionalmente, por estar ligados a ella, a través de instrumentos jurídicos vinculantes como pueden ser, entre otros, los tratados y convenciones internacionales de todo orden<sup>61</sup>.” SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Convencionalidad y Derecho Administrativo. Esquema desarrollado del proyecto de tesis posdoctoral. Universidad Carlos III de Madrid.

<sup>62</sup> “La ampliación de la democracia en los procesos de internacionalización económica, responde a la exigencia común de encontrar patrones similares que permitan comprometer la voluntad de los Estados, en el desenvolvimiento de reglas claras y previsibles acordes con la ideología política de la organización Estatal. En efecto, el ideario de la democracia internacional, supone la existencia de dos obligaciones. Una de contenido tácito o implícito, que se encuentra en el pacto mutuo de no agresión, y otra de contenido positivo, la cual se resume en la voluntad de los contrayentes de las obligaciones internacionales de establecer reglas de solución pacífica a los conflictos venideros. Esos compromisos resultan acordes a una ideología con marcada preponderancia de la democracia, en cuanto entienden que la prohibición de la fuerza, permite la protección de las libertades y derechos inalienables de los individuos y, a su vez, facilita las prácticas para el desarrollo del comercio exterior, a contrario sensu, de lo que sucede con las ideologías de los gobiernos autocráticos o aquellos cuya presunta legitimidad resulta del uso de la coacción. En la actualidad, existe la tendencia a consolidar dichos procesos de integración sobre la base común de la existencia formal y material de un régimen político conexo, principalmente a través del ideario universal de la democracia internacional. Pero la exigibilidad de la democracia como presupuesto esencial para avanzar hacia la intensificación de los procesos de integración económica, no puede conducir a la imposición de un modelo de régimen político que contradiga la voluntad soberana del pueblo manifestada en una Constitución y, en especial, los derechos a la libre autodeterminación e independencia política del poder soberano. Por ello, es trascendente que los tratados internacionales que se dirijan a la obtención del citado fin, delimiten con suma atención y precisión las materias atinentes a la integración económica y a las sanciones derivadas por su incumplimiento, sin incluir disposiciones que conduzcan o se orienten a exigir una transformación política del Estado soberano, no asumida directamente por el poder constituyente originario”. Corte Constitucional, sentencia C-644 de 2004.

<sup>63</sup> “Como es sabido, el concepto de supranacionalidad -dentro del que se inscribe el Acuerdo de Cartagena implica que los países miembros de una organización de esta índole se desprendan de determinadas atribuciones que, a través de un tratado internacional, son asumidas por el organismo supranacional que adquiere la competencia de regular de manera uniforme para todos los países miembros sobre las precisas materias que le han sido transferidas, con miras a lograr procesos de integración económica de carácter subregional. Las normas supranacionales despliegan efectos especiales y directos sobre los ordenamientos internos de los países miembros del tratado de integración, que no se derivan del común de las



subsidiariedad, efecto directo, uniformidad, armonización e integración normativa<sup>64</sup> constituyen el fundamento tanto para los operadores jurídicos, como también el sustento para la interacción entre los órdenes jurisdiccionales comunitarios andinos y nacionales, sin que en caso alguno representen la renuncia a la soberanía, a la Constitución de cada país o a las mínimas garantías de todos los ciudadanos (Convención Americana de Derechos Humanos).

Así mismo, cabe reconocer que el derecho comunitario andino, como se afirma del derecho comunitario europeo, tiene los siguientes rasgos: a.) se trata de un derecho internacional regional<sup>65</sup>, o propio a una sub-región como la andina; b.) es un derecho cuya producción normativa deriva del seno de una organización internacional (Comunidad Andina); c.) la razón de ser de las normas comunitarias andinas se encuentran en los Tratados constitutivos y en los procedimientos de elaboración normativa; y, d.) el derecho comunitario andino es una rama, o submateria del derecho internacional público<sup>66, 67</sup>.

11.5.- Por otra parte, es innegable que la práctica jurídica internacional conoce desarrollos normativos que trascienden a la forma de los Tratados Internacionales. Aunque *stricto sensu* no se trata de cuerpos normativos vinculantes es indiscutible que

---

normas de derecho internacional. Por una parte, esta legislación tiene un efecto directo sobre los derechos nacionales, lo cual permite a las personas solicitar directamente a sus jueces nacionales la aplicación de la norma supranacional cuando ésta regule algún asunto sometido a su conocimiento. En segundo lugar, la legislación expedida por el organismo supranacional goza de un efecto de prevalencia sobre las normas nacionales que regulan la misma materia y, por lo tanto, en caso de conflicto, la norma supranacional desplaza (que no deroga) -dentro del efecto conocido como *preemption*- a la norma nacional". Corte Constitucional, sentencia C-137 de 1996. Puede verse: Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 6 de septiembre de 1979.

<sup>64</sup> "La integración comunitaria que comporta el Acuerdo de Cartagena y los demás instrumentos que lo han desarrollado, y especialmente las competencias normativas que se reconocen a los órganos comunitarios, encuentran un fundamento de validez en las normas de la Constitución de 1991. La integración comunitaria responde y se afianza sobre la concepción moderna de la soberanía relativa, que ya no la reconoce como un poder supremo absoluto e ilimitado del Estado, sino como algo limitado y restringido por la interacción de los demás Estados dentro de la comunidad internacional, lo cual obviamente implica la resignación de específicas competencias de los Estados en organismos comunitarios con el fin de hacer viable los procesos de integración económica". Corte Constitucional, sentencia C-228 de 1995.

Acerca de la misma temática puede verse también la sentencia C-231 de 1997, de la Corte constitucional, en la cual se precisó: "El derecho comunitario se distingue por ser un derecho que apunta hacia la integración y no solamente hacia la cooperación. Igualmente, es un derecho que no se desarrolla únicamente a partir de tratados, protocolos o convenciones, puesto que los órganos comunitarios están dotados de la atribución de generar normas jurídicas vinculantes. Por eso, en el caso del derecho comunitario se habla de la existencia de un derecho primario y un derecho secundario, siendo el primero aquél que está contenido en los tratados internacionales, y, el segundo, el que es creado por los órganos comunitarios investidos de competencia para el efecto. Una característica fundamental del ordenamiento comunitario andino se relaciona con la aplicación directa de las decisiones que crean derecho secundario, las cuales son obligatorias desde el momento mismo de su promulgación, salvo que expresamente se consagre que la norma concreta deba ser incorporada al derecho interno de cada país. Asimismo, debe destacarse que las normas comunitarias prevalecen sobre las normas locales". Corte Constitucional, sentencia C-231 de 1997.

<sup>65</sup> Puede verse: DIEZ DE VELASCO, Manuel. Instituciones de derecho internacional público. Madrid, Tecnos, 2003, p.81.

<sup>66</sup> ACOSTA ESTEVEZ, José. "El derecho internacional, el derecho comunitario europeo y el proyecto de constitución europea", en [The Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series is produced by the Jean Monnet Chair of the University of Miami, in cooperation with the Miami European Union Center. Vol.4, No.3, 2004; <http://aei.pitt.edu/8117/1/acostafinal.pdf>].

<sup>67</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Pleno de sección Tercera. Sentencia de 9 de agosto de 2012, exp. 43281.



el desenvolvimiento de relaciones comerciales culturales, políticas y de toda índole entre los Estados y entre estos y actores privados transnacionales ha llevado a impulsar estipulaciones conceptuales cuyo valor jurídico pende del reconocimiento que, en cada caso, otorgue las partes interesadas.

11.6.- Como ya se ha dicho por esta Sala en reciente oportunidad, en el ámbito del comercio internacional se asiste a una nueva suerte de *lex mercatoria* internacional, cuestión ésta que no puede ser desconocida por partícipes de la práctica jurídica. Sobre este punto se anotó:

“Dada la creciente expansión del comercio internacional se ha intentado establecer fórmulas de regulación jurídica sobre las vicisitudes que pueden originarse en dichos intercambios económicos. Luego de una incipiente presencia de algunos tratados internacionales con repercusiones casi globales o regionales, actualmente se ha asistido a una verdadera explosión de regulaciones jurídicas informales sobre el comercio internacional.

Se trata de un resurgimiento de la llamada *lex mercatoria* o, lo que es lo mismo, un conjunto de prácticas o hábitos con relevancia jurídica aceptados en el ámbito mercantil internacional sin que medie allí regulación del Estado<sup>68-69</sup>. Ejemplo de ello, entre otros, son los Incoterms establecidos por la Cámara de Comercio Internacional<sup>70</sup>, los principios y trabajos particulares de Unidroit<sup>71</sup>, Uncitral<sup>72</sup> (Cnudmi, en español) o por

<sup>68</sup> “El derecho comercial transnacional” se concibe como un derecho que no es particular o el producto de un sistema jurídico, sino representa una convergencia de las normas procedentes de varios sistemas jurídicos o incluso (...) un conjunto de reglas que son enteramente anacionales y que tienen su fuerza en virtud de la costumbre internacional y de su observancia por la comunidad mercantil. En otras palabras, son reglas, no sólo las acciones o eventos, que cruzan las fronteras nacionales.” GOODE, Roy. Usage and its Reception in Transnational Commercial Law, En: The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 46, No. 1 (enero de 1997), p. 1-36.

<sup>69</sup> “Se pueden distinguir tres etapas. La primera etapa se refiere a una antigua *lex mercatoria* en la Edad Media, un conjunto transnacional de normas y principios procesales establecidos por y para el comercio en la (relativa) autonomía de los Estados. La segunda etapa describe el renacimiento de la idea como una “nueva *lex mercatoria*” en el siglo 20, una red informal y flexible de reglas y árbitros que establecen un derecho comercial internacional privado. Por último, una tercera etapa se ha descrito como una “nueva nueva *lex mercatoria*”, que se mueve de un derecho blando amorfo y flexible a un sistema establecido de derecho con normas legales codificadas (en primer lugar los Principios de Unidroit sobre Derecho Mercantil Internacional) y un fuerte órgano judicial institucionalizado como el arbitraje internacional.” MICHAELS, Ralf. The true *lex mercatoria*: Law beyond the State. Indiana Journal of Global Legal Studies. Vo. 14, No. 2, 2007 (summer), p. 448.

<sup>70</sup> Se trata de términos internacionales de comercio que determinan el alcance de algunas cláusulas de contratos internacionales de compraventa. Han tenido constante actualización desde 1936. Estos términos se expresan tres letras cada uno. Algunos ejemplos son: FOB (free on board), CFR (Cost and freight), CIF (Cost, insurance and freight), entre muchos otros.

<sup>71</sup> Cfr. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Unidroit. Principios Unidroit. Roma. Sobre los contratos comerciales internacionales. 2º edición, 2004. Versión revisada el 13 de abril de 2015 en el siguiente enlace web: <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>

<sup>72</sup> Esta comisión, que hace parte del Sistema de Naciones Unidas cumple su labor principalmente con la elaboración de proyectos de regulación jurídica sobre la materia, las cuales se denominan “Ley Modelo”. La Comisión ha dictado leyes modelo en los siguientes temas: Sobre arbitraje internacional, conciliación comercial internacional, comercio electrónico, insolvencia transfronteriza y contratación pública.





parte de otras organizaciones académicas que han llevado a elaborar trabajos como el conjunto de principios europeos de los contratos.

Las anteriores referencias, entre otras, sirven como un punto de apoyo para evidenciar cómo la regulación jurídica comercial no depende de la voluntad soberana de los Estados, pues aún existiendo un derecho interno que regule una situación o un tratado internacional sobre la materia, las dinámicas y necesidades cambiantes del comercio transnacional han impulsado, con fuerza jurídica aceptada, prácticas, normas, estándares o parámetros de conducta mercantil y, de hecho, la labor de diversas agencias internacional (públicas o particulares) ha sido la de trabajar sobre esta realidad, recopilando, codificando o postulando algunos de los estándares normativos de *lex mercatoria* aceptados en el comercio<sup>73</sup>.

Una vez se tiene conciencia de este punto se puede afirmar que la convencionalidad en materia económica implica la aceptación de regímenes jurídicos paralelos al derecho estatal que, bajo ciertas circunstancias, tienen eficacia jurídica reconocida por los estados.<sup>74</sup>

11.7.- Para el caso que llama la atención de la Sala, no puede pasarse por alto que los artículos 2º, 32 y 58 a 63 de la Ley Modelo de Contratación Pública, de la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Comercio Internacional CNUDMI – UNCITRAL regulan lo que se denomina ‘Contratación con arreglo a un acuerdo marco’, donde se define dicho concepto, en tanto modalidad de contratación que se desarrolla en dos momentos o etapas, y se especifican reglas para su operatividad. Es decir, se trata de la existencia de conceptos sobre la materia en el derecho internacional, de modo tal que la normativa colombiana sobre contratación pública debería ser leída e interpretada conforme a dichos derroteros.

11.8.- Lo anterior cobra relevancia persuasiva para la Administración Pública en los procedimientos de contratación por cuanto, por una parte, se trata de definiciones adoptadas por un órgano internacional cuya misión fundamental gravita alrededor de la unificación de regulaciones jurídicas que promuevan el comercio internacional y, por

<sup>73</sup> Herdegen trae a cuento un laudo dictado por la Cámara de Comercio Internacional de 1987 en donde se resalta la existencia de algunos de los principios de la llamada *lex mercatoria*, en los siguientes términos:

“The arbitral tribunal decides that the applicable rules of the *lex mercatoria* should comprise principles such as the one that contracts must *prima facie* be executed in conformity with stipulations contained therein (*pacta sunt servanda*), the one that contracts must be executed in good faith, the one that in case that unforeseen difficulties arise after the conclusion of the contract the parties must negotiate in good faith to overcome them... the one that contracts must be interpreted according to the principle of *ut res magis valeat quam pereat* (*favor validitatis*) and the one that a party’s omission to respond to a letter which has been addressed to it by the other party may be considered as an indication for the acceptance of the terms contained therein.”. HERDEGEN, Matthias. *Derecho Económico Internacional*. Bogotá, Universidad del Rosario, 2012, [Traducción al castellano de la 9ª edición], p. 26.

<sup>74</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 13 de abril de 2015, exp. 52556.



otro tanto, en razón a que algunas disposiciones de la Ley 1150 de 2007 han sido adoptadas con fundamento en la Ley Modelo citada<sup>75</sup>.

11.9.- Los anteriores casos, ponen de presente cómo se requiere de una comprensión amplia e integral del ordenamiento jurídico positivo enriquecido por la vía de los tratados de derecho internacional debidamente incorporados o, en otros casos, del *soft law*<sup>76</sup> donde lo que se advierten estipulaciones sobre conceptos o definiciones con relevancia en la actividad contractual del Estado. Con otras palabras, en el ejercicio de atribución de significado a los términos tiene lugar una labor de convencionalidad, de modo tal que se impone al intérprete de la norma (o de los términos en particular) seguir lo dispuesto en el ordenamiento jurídico convencional.

11.10.- Finalmente, dentro de este mismo ámbito contractual debe la Sala recordar que el control de convencionalidad hace presencia desde la perspectiva de la Convención Americana de Derechos Humanos, por cuanto, inclusive, en las relaciones contractuales se impone el respeto y primacía de los derechos y garantías allí reconocidos. Esta Subsección, recientemente, siguió esta línea de pensamiento cuando juzgó contrario al derecho a la libertad de expresión (artículos 13 de la Convención y 20 de la Constitución Política) una resolución mediante la cual se sancionaba a un medio de comunicación al no transmitir una alocución presidencial acusando compromisos comerciales previamente adquiridos<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> El texto de la Ley Modelo de la CNUDMI de contratación pública se encuentra en el siguiente enlace web: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/ml-procurement/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-s.pdf> [Consultado el 20 de abril de 2015]. El glosario de términos puede ser revisado en la siguiente dirección: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/procurem/ml-procurement/Glossary-s.pdf> [Consultado el 20 de abril de 2015]

<sup>76</sup> Se reitera que sobre este punto no existen pronunciamientos unificados por parte de esta Corporación.

<sup>77</sup> En resumen, la orden de transmitir en cadena nacional la alocución del señor Presidente de la República carece de fundamentación jurídica, no solo porque el acto administrativo citado no señala alguna motivación al respecto, sino también porque a lo largo de este proceso contencioso administrativo la demandada no acreditó la motivación echada de menos.

Pero además no existe un mínimo fundamento jurídico que permita afirmar que la decisión administrativa se amparó en alguno de los criterios establecidos bien por la Corte Constitucional –conforme a la sentencia de constitucionalidad C-1172 de 2001- o por la Convención Americana y su Corte, respecto de las restricciones jurídicamente admisibles al derecho a la libertad de expresión.

Súmese a lo anterior que para las 21.30 horas del 7 de octubre de 1999, **CARACOL TELEVISIÓN S. A.** se encontraba cumpliendo un compromiso comercial como lo era la transmisión de un encuentro deportivo, específicamente un partido de fútbol, situación que involucra la negociación de derechos de contenido económico, tales como la teledifusión del encuentro futbolístico y la correspondiente explotación de los espacios publicitarios.

Si se tienen en cuenta estas circunstancias, se advierte de inmediato que la realización de este tipo de actividades constituyen, por excelencia, la fuente del sustento económico de los medios de comunicación privados, como lo es **CARACOL TELEVISIÓN S. A.**, de manera que afectarlas, por vía de disposiciones



11.11.- Así, la convencionalidad en el derecho, y específicamente en lo relacionado con la contratación estatal, impone el respeto y el sometimiento para la Administración Pública de aquellas estipulaciones establecidas en Tratados Internacionales sobre definiciones con relevancia en el derecho contractual del Estado. Igualmente, el *soft law*<sup>78</sup> constituye un valioso referente persuasivo que debe ser considerado de manera ponderada por la Administración ya que es reflejo de desarrollos consuetudinarios del comercio internacional que, por lo mismo, aportan seguridad jurídica y certidumbre respecto de los términos empleados en las relaciones contractuales. Finalmente, la convencionalidad se muestra en un tercer escenario desde el enfoque de los Derechos Humanos, donde se predica el respeto que debe la Administración hacia los derechos y garantías allí reconocidos, lo cual repercute directamente en la interpretación de términos y cláusulas contractuales que, dado el caso, puedan contravenir el derecho convencional.

## 12.- Contratación con arreglo a Acuerdos Marco de Precios. Aspectos liminares.

12.1.- Siendo que el presente asunto versa sobre la suspensión provisional de efectos jurídicos de un aparte del pliego de condiciones para la suscripción de un Acuerdo Marco de Precios, se hace preciso hacer algunas referencias de esta figura en el marco jurídico nacional y de derecho comparado a fin de comprender algunas de sus características sobresalientes.

---

jurídicas contrarias a los postulados convencionales o constitucionales o de facto, se constituye en un acto arbitrario que atenta no sólo contra la libertad económica, sino también contra el núcleo esencial del derecho a la libertad de expresión, por cuanto altera profundamente la autonomía e independencia de los medios de comunicación.

En este orden de ideas, amparado en razones de índole convencional<sup>77</sup> y constitucional, se impone inaplicar la decisión de la Secretaría de Prensa de la Presidencia de la República de 7 de octubre de 1999, mediante el cual se solicitó conceder un espacio televisivo a las 21.30 horas para transmitir la alocución del señor Presidente de la República.

Por consiguiente, como la mencionada decisión se inaplica por vulnerar el ordenamiento jurídico superior, resulta claro que la multa impuesta con las Resoluciones No. 0083 de 15 de febrero de 2000 y No. 0376 de 12 de mayo de 2000, proferidas por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, están viciadas de nulidad por carecer ellas de sustento.

Así que entonces, acreditada la vulneración del artículo 20 constitucional y el 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, alegada por el actor en su demanda, la Sala decretará la nulidad de las decisiones referidas, advirtiendo que aun cuando ello no hubiere sido alegado se imponía su estudio oficioso dado el deber, en cabeza de todo funcionario judicial, de salvaguardar los derechos fundamentales que resultaren vulnerados en el curso de una actuación administrativa, por razones constitucionales<sup>77</sup> y convencionales<sup>77</sup>." Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 12 de noviembre de 2014, exp. 28505.

<sup>78</sup> Se reitera que no existe criterio unificado al respecto.



12.2.- Así, conforme a las definiciones legales<sup>79</sup> se tiene que un acuerdo marco de precios es un contrato, suscrito entre la Agencia Nacional de Contratación Estatal Colombia Compra Eficiente y unos proveedores de bienes y/o servicios, en cuya virtud se pactan la forma, plazo y condiciones bajo las cuales se llevará a cabo la provisión de ciertos bienes o servicios a las Entidades Estatales; estipulaciones estas que tendrán vigencia durante un periodo fijado.

12.3.- Se trata de una forma de contratación que se desarrolla en dos etapas o momentos. Una primera, en donde un organismo centralizado encargado de compras públicas celebra, junto a los proveedores, la fijación de condiciones contractuales uniformes respecto de ciertos bienes y/o servicios para ser proveídos a las entidades públicas que así lo requieran durante un tiempo determinado. Seguidamente y luego de haberse suscrito tal convenio o acuerdo marco, adviene el segundo momento en este procedimiento, consistiendo en la concreción del número y/o cantidad de bienes o servicios que cada entidad requiere para la satisfacción de sus necesidades, ciñéndose a las condiciones contractuales ya pactadas entre el organismo centralizado y los proveedores; esto ocurre mediante una orden de compra.

12.4.- Es claro que los Acuerdos Marco exceden a una mera fijación de precios, como pareciere sugerirlo su denominación legal, pues por medio de este instrumento jurídico se prefijan varias de las cláusulas llamadas a gobernar los futuros negocios jurídicos de las Entidades públicas, bastándole a estas concretar dicho Acuerdo en una orden de adquisición de los bienes o servicios.

12.5.- Con todo, la contratación pública basada en la suscripción de acuerdos marco de precios rompe con un modelo tradicional de contratación que era pensado de manera individual o aislada, pues por esta vía se centraliza el poder de negociación y compra de las Entidades del Estado, se identifican aquellas necesidades comunes y recurrentes

---

<sup>79</sup> Ley 1150 de 2007. Artículo 2º. Parágrafo 5o. Los acuerdos marco de precios a que se refiere el inciso 2o del literal a) del numeral 2o del presente artículo, permitirán fijar las condiciones de oferta para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a las entidades estatales durante un período de tiempo determinado, en la forma, plazo y condiciones de entrega, calidad y garantía establecidas en el acuerdo.

Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.1.3.1 Definiciones (...) Contrato celebrado entre uno o más proveedores y Colombia Compra Eficiente, o quien haga sus veces, para la provisión a las Entidades Estatales de Bienes y Servicios de Características técnicas Uniformes, en la forma, plazo y condiciones establecidas en este.



y se pretende la agregación de demanda<sup>80</sup> traduciendo todo ello en la fijación de un conjunto de condiciones uniformes, de modo que cada una de las Entidades Públicas llamadas a obedecer lo pactado en dicho Acuerdo gozará de las mismas condiciones, precios, calidades y términos del bien o servicio contratado.

12.6.- Siendo así las cosas, es claro que los acuerdos marco de precios (como el regulado en la Ley 1150 de 2007 y sus normas reglamentarias) suponen una **agrupación de una bolsa cerrada de proveedores para suministrar bienes y servicios a las entidades del Estados, lo que implica, por consiguiente, un cierre temporal de un segmento del mercado público para los competidores que no devinieron adjudicatarios dentro del acuerdo marco de precios.**

12.7.- De esta manera, la pretensión del legislador con la introducción de los Acuerdos Marco de Precios no es otra que la de potenciar los principios de celeridad y economía en el ejercicio de la función pública<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> Por agregación de demanda o demanda agregada se entiende una forma a partir de la cual diversas empresas (o para el caso Entidades Públicas) suman y centralizan sus demandas (necesidades) en aras de obtener un mayor volumen de compra del que obtendría cada uno por separado logrando beneficios tales como el mayor poder de negociación y compra y obtención de mejores precios y condiciones en los bienes y servicios demandados.

<sup>81</sup> Así se puede verificar, por ejemplo, en la exposición de motivos presentada por el Gobierno Nacional con el proyecto de ley No. 20 de 2005 (que a la postre dio lugar a la Ley 1150 de 2007), donde se lee:

"En ese panorama y no obstante el tamaño e impacto del gasto que se ejecuta por medio de contratos, se aprecia la ausencia de instrumentos legales que permitan la optimización y el uso **eficiente** de los recursos públicos involucrados en la contratación. De esta forma, el proyecto que se presenta busca orientar a las entidades hacia el fortalecimiento de los procesos de planeación permitiendo la estimación anticipada de las contingencias que puedan producirse en su ejecución, el diseño de procesos adecuados a la naturaleza de los diferentes objetos contractuales, la utilización de mecanismos de contratación que permitan el aprovechamiento de economías de escala, la incorporación de probados mecanismos para "extraer valor" el proceso contractual (subastas, compra por catálogo, uso de bolsas de productos) y el establecimiento de indicadores para evaluar la utilización eficiente de los recursos (administrativos y presupuestales) involucrados en la ejecución contractual.

(...)

A ese respecto es claro que las experiencias exitosas a nivel internacional demuestran que el criterio de distinción que debe gobernar un esquema contractual eficiente, es el de modular las modalidades de selección **en razón a las características del objeto**. En ese sentido, el proyecto introduce muy significativas modificaciones, las que podrían resumirse de la siguiente manera:

(...)

- Se crea la llamada "selección abreviada", para permitir la existencia de procedimientos de selección que, basados estrictamente en los principios cardinales de la contratación pública, permitan de manera ágil la adopción de decisiones de selección. En el sentido antedicho, las innovaciones del proceso de selección abreviada empiezan por una medida trascendental, para llevar a sólo horas los contratos referidos a la adquisición bienes de "características técnicas uniformes y de común utilización", que según cálculos del Departamento Nacional de Planeación, corresponden a más del 80% en número de contratos. De esta forma, en la medida en la cual se trate de adquirir un objeto cuyas características técnicas puedan reducirse a unas comunes a su funcionalidad y calidad, tal proceso debe realizarse únicamente en función del precio del bien, una vez se han verificado las condiciones de capacidad de los proponentes para cumplir con el contrato ("pasa, no pasa"). Allá en donde tal aproximación conceptual se ha llevado a la práctica en otras legislaciones, la



12.8.- Celeridad, en razón a que luego de que Colombia Compra Eficiente suscriba un Acuerdo Marco de Precios le bastará a cada Entidad Pública i) conforme al principio de planeación, identificar la necesidad y la forma o medio de la que requiere para su satisfacción, ii) acceder al catálogo virtual de productos y/o servicios respecto de los cuales Colombia Compra Eficiente ya tiene suscritos Acuerdos Marco de Precios, iii) ejecutar la operación secundaria consistente en seleccionar entre los varios proveedores que hacen parte del Acuerdo Marco y concretar una orden de compra. Todo ello ocurre dentro de la modalidad de selección abreviada de que trata el numeral segundo del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007. De esta manera, se simplifica el lapso que va entre la necesidad que se pretende solventar y la entrega o prestación del bien o servicio requerido, redundando ello en un mejor desempeño de las funciones de la Administración Pública.

12.9.- Economía, por cuanto se reducen los costos de transacción que implica para las Entidades Públicas adelantar procedimientos contractuales para hacerse a bienes y servicios con características técnicas uniformes y de común utilización además de garantizarse la existencia de proveedores para las Entidades durante el periodo que dure el Acuerdo Marco de Precios.

---

contratación pública ha concentrado su estrategia de aprovisionamiento en la elaboración de catálogos a cargo del gobierno, en donde tales bienes son descritos de manera neutra, permitiendo la simplificación y extraordinaria brevedad de la contratación de una gran cantidad de objetos contractuales de aprovisionamiento.". Proyecto de Ley No. 20 de 2005 Senado. Gaceta del Congreso No. 458 de 1º de agosto de 2005.

Del mismo modo, en la Ponencia para 2º debate en la Cámara de Representantes al proyecto de ley No. 057 de 2006 Cámara, 020 de 2005 Senado, se lee lo siguiente en cuanto a los Acuerdos Marco de Precios:

"En cuanto a la adquisición de estos bienes muebles con características uniformes, se introducen nuevos mecanismos para su adquisición como las subastas, la construcción de catálogos y la utilización de los denominados ACUERDOS MARCO DE PRECIOS, traído de otras Legislaciones y que se utiliza para la contratación directa de bienes y servicios de características uniformes, a través de un catálogo en el que previamente a la realización de un proceso de selección del proveedor, se establecen condiciones, calidades y precios durante un periodo de tiempo determinado, dando la posibilidad de que las entidades estatales que requieran tales servicios lo hagan mediante ordenes de compra directa.

Tales acuerdos se utilizarán únicamente para la adquisición de bienes de características uniformes (sillas, papelería y, en general, suministros) con lo cual se garantiza la UNIFICACION DE PRECIOS de tales bienes para todas las Entidades y la facilidad de entregas parciales mediante el suministro periódico sin incrementos de precios, además de agilizar los procedimientos.

Mediante este sistema el PROVEEDOR o PROVEEDORES se seleccionarán a través de un proceso de selección, fijando las condiciones de calidad, plazo y precio de los bienes y servicios. Y una vez realizada esta selección las entidades podrán adquirir con dicho proveedor los bienes mediante compra directa y sin necesidad de procedimiento especial alguno.". Ponencia para 2º debate. Gaceta del Congreso No. 96 de 27 de marzo de 2007.



12.10.- Tales beneficios de la contratación con arreglo a un Acuerdo Marco han sido identificados por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI - UNCITRAL), como sigue:

“El principal beneficio potencial de la utilización de acuerdos marco radica en la eficiencia administrativa de esos acuerdos, ya que con ello se reagrupan efectivamente varios procedimientos de contratación. **En un procedimiento de un acuerdo marco se adoptan una sola vez muchas medidas del proceso de contratación pública que, de no ser así, habrían de adoptarse varias veces en el marco de varios procedimientos de contratación (por ejemplo, la publicidad, la evaluación de las calificaciones de los proveedores y el examen y evaluación de las licitaciones u otras ofertas).** Al haberse fijado los requisitos y condiciones antes de hacer un pedido, las adquisiciones pueden efectuarse con gastos inferiores en las operaciones pertinentes y los plazos de entrega o prestación son más breves de lo que serían si cada adquisición debiera contratarse por separado.”<sup>82</sup> (Resaltado propio).

12.11.- Y es que no se trata de una figura exótica del derecho colombiano, pues es claro que la misma – en líneas generales – ha sido estudiada y promovida por la Comisión de Naciones Unidas, la Comisión Europea y adoptada en los regímenes de contratación pública de otras jurisdicciones.

12.12.- Los trabajos de la CNUDMI en el marco de la Ley Modelo sobre Contratación Pública han estado perfilados hacia la proyección de normas jurídicas dirigidas a la unificación del comercio internacional y la contratación estatal. Así, la Ley Modelo entiende por contratación con arreglo a un acuerdo marco “todo proceso que se programe en dos etapas: la primera para seleccionar a uno o más proveedores o contratistas que vayan a ser parte de un acuerdo marco concertado con una entidad adjudicadora, y la segunda para adjudicar algún contrato, con arreglo a ese acuerdo marco, a un proveedor o contratista que sea parte en el acuerdo”<sup>83</sup>. Se distingue, a su vez, entre acuerdos marco abiertos y cerrados dependiendo ello de la posibilidad (o no)

<sup>82</sup> COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Anuario de la CNUDMI 2009, vol. X, pág. 206.

<sup>83</sup> CNUDMI. Ley Modelo sobre la Contratación Pública. Artículo 2°. Definiciones. Literal e). e) Por “contratación con arreglo a un acuerdo marco” se entenderá todo proceso que se programe en dos etapas: la primera para seleccionar a uno o más proveedores o contratistas que vayan a ser partes en un acuerdo marco concertado con una entidad adjudicadora, y la segunda para adjudicar algún contrato, con arreglo a ese acuerdo marco, a un proveedor o contratista que sea parte en el acuerdo: i) Por “acuerdo marco” se entenderá todo acuerdo que se concierte, al concluirse con éxito la primera etapa del método de contratación con arreglo a un acuerdo marco, entre la entidad adjudicadora y uno o más proveedores o contratistas seleccionados; ii) Por “acuerdo marco cerrado” se entenderá todo acuerdo marco en el que no pueda entrar a ser parte ningún proveedor o contratista que no sea inicialmente parte en dicho acuerdo; iii) Por “acuerdo marco abierto” se entenderá todo acuerdo marco en el que puedan subsiguientemente entrar a ser partes uno o más proveedores o contratistas que no lo fueran inicialmente;



de admitirse nuevos proveedores que no hicieron parte de la etapa inicial o primera del acuerdo primigenio<sup>84</sup>.

12.13.- Igualmente, en el ámbito Europeo, se cuenta con la Directiva 2014/24/UE<sup>85</sup> expedida por el Parlamento Europeo y el Consejo y que trata sobre la contratación pública. Dicha normativa comprende por “acuerdo marco” un acuerdo “entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuya finalidad es establecer los términos que han de regir los contratos que se vayan a adjudicar durante un periodo determinado, en particular por lo que respecta a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas”.

12.14.- Y de la misma manera, se conocen referencias de acuerdos o convenios marco en la contratación pública en jurisdicciones tales como Chile<sup>86</sup>, Costa Rica<sup>87</sup>, Ecuador<sup>88</sup>, España<sup>89</sup>, México<sup>90</sup>, Panamá<sup>91</sup>, Perú<sup>92</sup>, Uruguay<sup>93</sup>, entre otros países.

<sup>84</sup> *Ibíd.*

<sup>85</sup> Esta reciente directiva revoca una anterior (la Directiva 2004/18/CE de 31 de marzo de 2004) en cuyo artículo 1º (5) se define lo que se entiende por Acuerdo Marco.

<sup>86</sup> Decreto 250 de 9 de marzo de 2004 Reglamentario de la Ley 19886 de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Artículo 2º, Numeral 10ª. Convenio Marco. Procedimiento de contratación realizado por la Dirección de Compras, para procurar el suministro directo de bienes y/o servicios a las entidades, en la forma, plazo y demás condiciones establecidas en dicho acuerdo.

<sup>87</sup> Reglamento a la Ley de contratación administrativa. No. 33411-H. Artículo 115. Convenios Marco. Los órganos o entes que compartan una misma proveeduría o sistema de adquisiciones físico o electrónico, podrán celebrar entre ellos acuerdos, con el fin de tramitar convenios marco para la contratación de determinados bienes o servicios, por un plazo de hasta cuatro años. Por su cuantía inestimable, el convenio marco solo podrá ser tramitado mediante licitación pública, por una sola entidad y cubrirá tantas compras como necesidades específicas surjan de los integrantes. Una vez acordada la adjudicación, por quien resulte competente, los participantes del acuerdo podrán hacer las órdenes de compra o pedido, sin necesidad de llevar a cabo procedimientos adicionales. El adjudicatario está obligado a mantener las condiciones y calidad inicialmente ofrecidas durante todo el plazo del convenio, salvo reajuste o revisiones de precio. Los integrantes de un convenio marco, están obligados a consultarlo, antes de tramitar otro procedimiento para la adquisición de bienes y servicios cubiertos por el convenio y obligados a utilizarlo, salvo que demuestren mediante resolución motivada, poder obtener condiciones más beneficiosas con otro procedimiento, tales como, precio, condiciones de las garantías, plazo de entrega, calidad de los bienes y servicios, mejor relación costo beneficio del bien. Para todas aquellas instituciones de la Administración Central, la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa, o quien ésta designe, llevará a cabo los procedimientos de contratación para celebrar convenios marco, para la adquisición de bienes y servicios que requieran dichas Instituciones, siguiendo la reglamentación que se emita al efecto.

<sup>88</sup> Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 43. Art. 43.- Convenios Marco.- El Instituto Nacional de Contratación Pública efectuará periódicamente procesos de selección de proveedores con quienes se celebrará Convenios Marco en virtud de los cuales se ofertarán en el catálogo electrónico bienes y servicios normalizados a fin de que éstos sean adquiridos o contratados de manera directa por las Entidades Contratantes, sobre la base de parámetros objetivos establecidos en la normativa que para el efecto dicte el Instituto Nacional de Contratación Pública.

<sup>89</sup> Ley 30 de 2007 de Contratos del Sector Público. Artículo 180. Funcionalidad y límites.

1. Los órganos de contratación del sector público podrán concluir acuerdos marco con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.





12.15.- En lo que respecta al caso colombiano, es preciso destacar algunas de las siguientes características de los Acuerdos Marco de Precios: i) son un contrato, en tanto negocio jurídico que constituye, regula o extingue relaciones jurídico patrimoniales<sup>94</sup>, ii) son promovidos y suscritos por la Agencia Nacional de Contratación Estatal Colombia Compra Eficiente<sup>95</sup>, iii) tales acuerdos recaen sobre precios, términos y condiciones contractuales respecto de bienes y servicios de características técnicas uniformes<sup>96-97</sup>, iv) por Ministerio de la Ley son de obligatoria observancia para las Entidades públicas

2. Cuando el acuerdo marco se concluya con varios empresarios, el número de éstos deberá ser, al menos, de tres, siempre que exista un número suficiente de interesados que se ajusten a los criterios de selección o de ofertas admisibles que respondan a los criterios de adjudicación.

3. La duración de un acuerdo marco no podrá exceder de cuatro años, salvo en casos excepcionales, debidamente justificados.

<sup>90</sup> Reglamento de la Ley de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de julio de 2010. Artículo 14. Los contratos marco a que se refiere el segundo párrafo del artículo 17 de la Ley, son los acuerdos de voluntades que celebran una dependencia o entidad con uno o más posibles proveedores, mediante los cuales se establecen de manera general las especificaciones técnicas y de calidad, alcances, precios y condiciones que regularán la adquisición o arrendamiento de bienes o la prestación de servicios que, posteriormente, mediante contratos específicos, en su caso, formalicen las dependencias o entidades, con fundamento en la fracción XX del artículo 41 de la Ley.

<sup>91</sup> Decreto Ejecutivo No. 366 de 28 de diciembre de 2006 expedido por el Ministerio de Economía y Finanzas. Artículo 102. La licitación para convenio marco es el procedimiento de selección de contratista, en el que se seleccionará uno o más proponentes, con los cuales se firmará un contrato de productos o servicios de uso masivo y cotidiano, llamado convenio marco, y en el que se establecerán precios y condiciones determinados durante un periodo de tiempo definido.

<sup>92</sup> Decreto Supremo No. 184-2008 EF. Artículo 97. El Convenio Marco es la modalidad por la cual se selecciona a aquellos proveedores con los que las Entidades deberán contratar los bienes y servicios que requieran y que son ofertados a través del Catálogo Electrónico de Convenios Marco.

<sup>93</sup> Decreto Reglamentario 42 015 de 27 de enero de 2015. [Reglamentario de la Ley 18834 de 4 de noviembre de 2011] Artículo 1°. El Convenio Marco (...) es un procedimiento de contratación de proveedores de bienes, obras y servicios de uso generalizado en las Administraciones Públicas Estatales, por el que se establecen las condiciones técnicas y comerciales en que los productos serán ofertados a cualquier Administración Pública Estatal a través de una tienda virtual, durante un periodo determinado. A los efectos del presente Decreto se utiliza el término producto para referir en forma indistinta bienes, servicios u obras.

<sup>94</sup> Código de Comercio. Artículo 864. El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.

<sup>95</sup> Decreto Ley 4170 de 2011. Artículo 3. Funciones. La Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente ejercerá las siguientes funciones: (...) 7. Diseñar, organizar y celebrar los acuerdos marco de precios y demás mecanismos de agregación de demanda de que trata el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con los procedimientos que se establezcan para el efecto.

<sup>96</sup> Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.1.3.1. Definiciones (...) Bienes y servicios de características técnicas uniformes. Bienes y servicios de común utilización con especificaciones técnicas y patrones de desempeño y calidad iguales o similares, que en consecuencia pueden ser agrupados como bienes y servicios homogéneos para su adquisición y a los que se refiere el literal (a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

<sup>97</sup> Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.2.1.2.8 Identificación de bienes y servicios objeto de un Acuerdo Marco de Precios. Colombia compra Eficiente, o quien haga sus veces, periódicamente debe efectuar procesos de contratación para suscribir Acuerdos Marco de Precios, teniendo en cuenta los Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes contenidos en los Planes Anuales de Adquisiciones de las Entidades Estatales y la información disponible del sistema de compras y contratación pública.

Las entidades estatales pueden solicitar a Colombia Compra Eficiente un Acuerdo Marco de Precios para un bien o servicio determinado. Colombia Compra Eficiente debe estudiar la solicitud, revisar su pertinente y definir la oportunidad para iniciar el proceso de Contratación para el Acuerdo Marco de Precios solicitado.



del poder ejecutivo del orden nacional<sup>98</sup>, aun cuando tales Entidades no suscribieron el Acuerdo, v) las demás entidades estatal, órganos autónomos, entidades territoriales, poderes legislativo y judicial podrán adherirse a los Acuerdos Marco<sup>99</sup>, vi) el Acuerdo Marco de Precios da lugar a la suscripción de un contrato estatal el cual es de cuantía indeterminada por cuanto se desconoce el monto y precio total de bienes y/o servicios que serán transados por las Entidades públicas y los proveedores en vigencia del Convenio, vii) el trámite para la suscripción de un Acuerdo Marco de Precios se hace por vía de licitación pública<sup>100</sup>, viii) no implica ningún compromiso de gasto por parte de Colombia Compra Eficiente, pues mediante la suscripción del Acuerdo Marco de Precios esa entidad no se está comprometiendo a adquirir bienes o servicios para sí; ix) luego de suscrito las Entidades públicas obligadas en virtud del Acuerdo Marco concretan la operación secundaria por medio de una orden de compra en el ámbito de la selección abreviada de que trata el numeral segundo del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, x) da lugar a la creación de un catálogo virtual de productos y servicios a los cuales pueden acceder las Entidades públicas para concretar la operación secundaria de la contratación con arreglo a un acuerdo marco de precios<sup>101</sup>.

12.16.- Dicho lo anterior, si bien el modelo de contratación basado en Acuerdos Marco puede contribuir a los principios de eficiencia y economía para la Administración Pública, dada sus características y peculiaridades, es preciso señalar que **esta figura negocial debe corresponderse con los principios constitucionales y legales de función**

<sup>98</sup> Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.2.1.2.7 Procedencia del Acuerdo Marco de Precios. Las Entidades Estatales de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, obligadas a aplicar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, o las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, están obligadas a adquirir Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes de los Acuerdos Marco de Precios vigentes.

<sup>99</sup> Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.2.1.2.7. Procedencia del Acuerdo Marco de Precios (...) Las Entidades territoriales, los organismos autónomos y los pertenecientes a la Rama Legislativa y Judicial no están obligados a adquirir Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes a través de los Acuerdos Marco de Precios, pero están facultados para hacerlo.

<sup>100</sup> Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.2.1.2.10 Proceso de contratación para un Acuerdo Marco de Precios. Colombia Compra Eficiente debe diseñar y organizar el Proceso de contratación para los Acuerdos Marco de Precios por licitación pública y celebrar los Acuerdos Marco de Precios.

<sup>101</sup> Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.2.1.2.9. Utilización del Acuerdo Marco de Precios. Colombia Compra Eficiente debe publicar el Catálogo para Acuerdos Marco de Precios, y la Entidad Estatal en la etapa de planeación del Proceso de Contratación está obligada a verificar si existe un Acuerdo Marco de Precios vigente con el cual la Entidad Estatal pueda satisfacer la necesidad identificada.

Si el Catálogo para Acuerdos Marco de Precios contiene el bien o servicio requerido, la Entidad Estatal de que trata el inciso 1 del artículo 2.2.1.2.1.2.7 del presente decreto está obligada a suscribir el Acuerdo Marco de Precios, en la forma que Colombia Compra Eficiente disponga, y luego puede colocar la orden de compra correspondiente en los términos establecidos en el Acuerdo Marco de Precios.



administrativa (particularmente del artículo 209 superior), la libre iniciativa privada, la libre competencia y los principios y valores de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

12.17.- Siendo una consecuencia de los Acuerdos Marco de Precios concentrar la demanda de las entidades públicas en ciertos proveedores, dado el empoderamiento del Estado como un potencial gran comprador, es claro que a Colombia Compra Eficiente, en la estructuración y planeación de los Acuerdos Marco le corresponde el deber de garantizar en la medida de las posibilidades fácticas y jurídicas la mayor participación de potenciales oferentes, adoptando, por ejemplo, criterios de calificación no susceptibles de manipulación por ciertos grupos de participantes, creando condiciones reales para que grandes, medianos y pequeños proveedores tengan cabida, evitando dar lugar a prácticas contrarias a la libre competencia en el ámbito de la economía de mercado, como es la creación, de hecho, de monopolios u oligopolios. Con otras palabras, es predicable en este escenario la vigencia y aplicación directa de los mandatos jurídicos que emanan del artículo 333 y los que dan sentido a la llamada *Constitución Económica*.

12.18.- De hecho, y para concluir este apartado, los riesgos de restringir la libre competencia y atentar contra las finalidades de la contratación estatal han sido puestos de presente por la CNUDMI en sus informes respecto de la operatividad de los Acuerdos Marco en la Ley Modelo de Contratación Pública. Todo ello lleva a reiterar, entonces, la necesaria planeación y ponderación por parte de Colombia Compra Eficiente al momento de la elaboración de los estudios previos del mercado, la estructuración de los pliegos de condiciones, las exigencias planteadas a quienes desean tomar parte en los Acuerdos Marco y los criterios de calificación. Sobre el particular la CNUDMI se refirió en los siguientes términos al asunto aquí tratado:

“6. Los Estados promulgantes deben ser conscientes de las preocupaciones que suscita el procedimiento del acuerdo marco, algunas de las cuales son inherentes a ese método y otras se derivan de su utilización inapropiada. **En primer lugar, la eficiencia administrativa que entraña la utilización de ese método puede poner en peligro otros objetivos de la contratación, como la rentabilidad económica, si las entidades adjudicadoras recurren al acuerdo marco cuando no constituye el procedimiento más apropiado para una contratación determinada, simplemente por obtener esa eficiencia administrativa. El resultado puede ser, simplemente, que no se satisfagan las verdaderas necesidades de la entidad adjudicadora o, al menos, no con la calidad apropiada o con el precio adecuado.** En segundo lugar, se conocen casos en que la utilización en la práctica de los acuerdos marco ha



supuesto la reducción de la competencia y la transparencia y ha llevado a la colusión y la adjudicación de contratos basada en la relación ente las entidades adjudicadoras y los proveedores o contratistas, y no en los procedimientos competitivos que se establecen en la Ley Modelo, con lo que se reduce la rentabilidad económica de la transacción. En tercer lugar, y especialmente cuando se trata de operaciones a largo plazo, la escala de los acuerdos marco puede reducir la participación y la competencia a nivel global a medida que los proveedores que no son partes en el acuerdo marco van abandonando el mercado. Los proveedores o contratistas que son partes en el acuerdo marco conocen la identidad de los demás, por lo que velar por la competencia una vez concertado el acuerdo puede ser difícil en la práctica. Como los proveedores o contratistas que no son partes en el acuerdo no pueden participar en la adjudicación de los contratos, lo que tiene lugar en realidad es una restricción de la competencia en la segunda etapa del procedimiento del acuerdo marco. **Las consecuencias perjudiciales de la restricción de la competencia se verán acentuadas cuando el efecto del acuerdo marco sea la creación de un mercado monopolístico u oligopolístico. Es necesario evaluar esas cuestiones antes de adoptar una decisión acerca de la utilización del procedimiento del acuerdo marco, puesto que es poco probable que abordarlas una vez el acuerdo esté en funcionamiento tenga eficacia alguna.**<sup>102</sup> (Resaltado propio).

### 13.- Caso concreto.

13.1.- En el presente caso la parte demandante pretende se declare la nulidad del aparte VII “Criterios de evaluación” del pliego de condiciones de la Licitación Pública LP-AMP-048-2015 para “Seleccionar a los proveedores para un Acuerdo Marco de Precios para los Servicios de Vigilancia y Seguridad Privada”. Igualmente, el actor solicitó se declarara la suspensión provisional de los efectos jurídicos del mismo aparte demandado.

13.2.- Lo demandado consiste en los criterios de evaluación para la adjudicación del Acuerdo Marco de Precios para los servicios de vigilancia y seguridad privada. Se trata de tres (3) criterios de calificación discriminados de la siguiente manera:

Tabla 9. Criterios de Evaluación

No.	Criterios de evaluación	Puntaje
1	Factor económico	80
2	Factor técnico	10
3	Apoyo a la Industria Nacional	10
Total puntos		100

Fuente: Colombia Compra Eficiente

<sup>102</sup> COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Grupo de Trabajo I (Contratación pública) Revisión de la Guía para la incorporación al derecho interno que acompañará a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. Distribución limitada. A/CN.9/WG.I/WP.79/Add.15. Distribución limitada 10 de febrero de 2012, p. 6.



13.3.- Alegó el actor, en apoyo a su petición cautelar, que los criterios de evaluación contravienen lo dispuesto en el párrafo quinto del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, por cuanto –en su entender- el único criterio que debió tomar en consideración Colombia Compra Eficiente debió ser el menor precio ofrecido y no otros tales como el factor técnico o el apoyo a la industria nacional.

13.4.- A su turno, los ciudadanos coadyuvantes manifestaron que Colombia Compra Eficiente desconoce la Ley 1150 de 2007, pretende limitar la competencia creando monopolios y afirman que el servicio de vigilancia y seguridad privada no es susceptible de ser comprendido como de características técnicas uniformes, máxime cuando se trata de un mercado con tarifas mínimas reguladas por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.

13.5.- Finalmente la Agencia Nacional de Contratación Estatal Colombia Compra Eficiente manifestó su oposición a la medida de suspensión provisional por cuanto consideró que lo demandado no contraviene, por el contrario se ajusta, a la Ley 1150 de 2007.

13.6.- Por otra parte se advierte que obra en el expediente oficio No. 875 de 21 de julio de 2015 mediante el cual el Juzgado Tercero Civil Municipal de El Espinal remitió con destino a este Despacho copia del fallo de 17 de julio de 2015 dictado dentro de una acción de tutela promovida por Sergio Ricardo Monsalve Meneses contra la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente, por violación a los derechos al trabajo y el debido proceso administrativo por adelantarse por parte de la Entidad el proceso licitatorio LP-AMP-048-2015 para seleccionar a los proveedores para un Acuerdo Marco de Precios para los servicios de Vigilancia y Seguridad Privada. En su parte considerativa se lee, entre otras, las siguientes consideraciones:

“Ahora bien, examinando la respuesta de la entidad accionada, no se encuentra una manifestación concreta frente a la violación al debido proceso administrativo por la inobservancia de la ley 1150 de 2007, en su art. 5, por lo que se limitan únicamente a la argumentación de la improcedencia de la acción de tutela frente a actos de carácter general.

De conformidad a la competencia de la acción de tutela frente al caso concreto, el juez de tutela amparado en el decreto 2591 de 1991, art. 37, manifiesta textualmente “son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales



con jurisdicción en el lugar donde ocurriera la violación o la amenaza que motivaron la presentación de la solicitud” y en su escrito el secretario general José Camilo Guzmán Santos alega la falta de competencia por considerar que el hecho generador se presenta en Bogotá, en el proceso de licitación LP-AMP-048-2015, sin observar que los derechos fundamentales presuntamente violados del señor MONSALVE MENESES, se encuentran protegidos en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario.

Considera la entidad accionada, que la tutela no cumple con la (sic) reglas de reparto, estipuladas en el decreto 1382 de 2000, considerando, la presente acción constitucional le corresponde en razón de la competencia a los jueces civiles del circuito –reparto-, por ser una entidad de orden nacional, sin embargo en su oficio 795 del 13 de julio de 2015, respuesta a la presente acción de tutela no reposa prueba sumaria que demuestre que dicha entidad tiene tal carácter.

En consecuencia el juzgado, no encuentra que la entidad accionada desvirtúe los hechos de la tutela, la violación al debido proceso en la licitación LP-AMP-048-2015, de conformidad a lo reglamentado en la ley 1150 de 2007, por lo que es menester de este despacho ante la falta de prueba en la respuesta a la presente acción de tutela, por parte de la entidad accionada, salvaguardar los derechos fundamentales del señor Monsalve Meneses, hasta que el H. Consejo de Estado dicte sentencia en el proceso de acción de nulidad simple contra la licitación en referencia.” (fls 172-173, c1).

13.7.- En armonía con estas consideraciones el fallo resolvió amparar la protección de derechos fundamentales del demandante y, consecuentemente, en su numeral segundo dispuso: *“Ordenar a la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente, de manera inmediata, la suspensión del proceso de licitación pública LP-AMP-048-2015, hasta cuando se decida (sic) acción jurídica de nulidad simple que cursa actualmente en el Consejo de Estado”* (fl 173, c1).

13.8.- Dicho lo anterior, conforme al marco jurídico enunciado y de acuerdo con los argumentos presentados por las partes e intervinientes en este asunto, este Despacho encuentra que en el *sub judice* existe una variada cantidad de elementos de juicio que deben ser revisados de manera ponderada y detenida por el Juez de lo Contencioso Administrativo, juez ordinario de la causa, en orden a verificar la alegada violación del aparte VII “Criterios de evaluación” del pliego de condiciones LP-AMP-048-2015.

13.9.- Sin embargo, advierte el Despacho que existe una medida cautelar de suspensión provisional del proceso licitatorio LP-AMP-048-2015 decretada por un juez constitucional en el marco de una acción de tutela para la protección de derechos fundamentales, *“hasta cuando se decida”* el presente medio de control, precisando que la medida cautelar peticionada en el *sub judice* persigue la misma finalidad: el decreto



de la suspensión provisional de efectos jurídicos de los criterios de evaluación de la licitación pública ya referida.

13.10.- Por consiguiente, en estricto acatamiento de la autonomía e independencia judicial y de la competencia que gozan los jueces constitucionales de tutela para dictar medidas enderezadas a amparar, provisionalmente derechos fundamentales, cuando estos se alegan como amenazados o violados y dada la identidad que existe entre la medida allá decretada y la acá solicitada, este Despacho no puede entrar a pronunciarse sobre la suspensión requerida por el actor, razón por la cual dispondrá, en su parte resolutive, obedecer y acatar la decisión del juez constitucional.

En mérito de lo expuesto,

#### **RESUELVE**

**OBEDECER Y ACATAR**, en cumplimiento de la orden del Juez Tercero Civil del Circuito de El Espinal, la medida de suspensión provisional del proceso de licitación pública LP-AMP-048-2015 adelantado por la Agencia Colombia Compra Eficiente hasta tanto se adopte un fallo por parte de esta Corporación en el proceso de la referencia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**