



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN "A"**

CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil quince (2015)

Radicación: 110010326000201500124-00 (54.800)

Demandante: Intel Tecnología de Colombia S.A.

Demandado: Nación - Ministerio de Tecnologías de la Comunicación –Computadores para Educar.

Medio de Control: Acción de nulidad –suspensión provisional-

De conformidad con el artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede el Despacho a resolver la solicitud de suspensión provisional (medida cautelar de urgencia) formulada por la demandante contra los actos administrativos contenidos en la Resolución 038 de 2015 -acto de apertura del proceso de selección- y en el pliego de condiciones definitivo adoptado para el proceso de selección abreviada 04 de 2015, adelantado por Computadores para Educar (C.P.E).

I.- ANTECEDENTES

La demandante solicitó que, conforme al artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, se dispongan las siguientes medidas (se transcribe como aparece en el texto original):

“Primera: Que se decrete la medida cautelar de urgencia consistente en ordenar a CPE el aplazamiento de cualquier actuación que CPE pretenda adelantar dentro del Proceso de Selección. En particular, que se ordene el aplazamiento de la celebración de la audiencia de subasta inversa electrónica programada para el próximo 24 de julio de 2015, hasta tanto sea decidida la solicitud de suspensión provisional que en este escrito de solicita.

“Segunda: Que se ordene a CPE la suspensión provisional de la Resolución 038 del 17 de junio de 2015 'por la cual se ordena la apertura del proceso de Selección

Abreviada, bajo la modalidad de Subasta Electrónica No. 004 de 2015' y del Pliego de Condiciones definitivo, el Anexo No. 1: Ficha Técnica y sus Adendas correspondientes al proceso de Selección Abreviada, bajo la modalidad de Subasta Electrónica No. 004 de 2015.

"Tercera: Que se ordene la suspensión provisional de los efectos de la Resolución 038 del 17 de junio de 2015 'por la cual se ordena la apertura del proceso de Selección Abreviada, bajo la modalidad de Subasta Electrónica No. 004 de 2015' y del Pliego de Condiciones definitivo, el Anexo No. 1: Ficha Técnica y sus Adendas correspondientes al proceso de Selección Abreviada, bajo la modalidad de Subasta Electrónica No. 004 de 2015.

"Cuarta: Que se ordene a CPE que se abstenga de reproducir los actos administrativos cuya suspensión provisional se solicita.

"Quinta: Que se ordene a CPE declarar la terminación anormal del Proceso de Selección Abreviada No. 004 de 2015.

"Sexta: Que se ordene a CPE la apertura de un nuevo Proceso de Selección, modificando para dicho efecto, el numeral 5.5.1. 'Propuesta Técnica' del Pliego de Condiciones definitivo, de manera que no exista restricción de marcas para la utilización de procesadores.

"Séptima: Que se ordene a CPE la apertura de un nuevo Proceso de Selección, modificando para dicho efecto, el numeral 5.1.11.1.4. 'Benchmarks', introduciendo como medición de desempeño un Benchmark que se ajuste a las necesidades reales del servicio.

"Octava: Que se ordene a CPE que en futuros procesos de contratación, no introduzca como medidas de comparación criterios subjetivos sustentados en 'marcas'.

"Novena: Que se ordene a CPE que en futuros procesos de contratación para la adquisición de equipos de cómputo, examine el tipo de 'Benchmark' que utilizará, y los parámetros de comparación de los bienes ofertados de tal manera que se garantice que los parámetros de comparación se ajusten a las condiciones reales de los bienes objeto de la contratación.

2.- FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

En síntesis, se cuestionan el numeral 5.5.1. "propuesta técnica", el numeral 2.3. "régimen jurídico" y el numeral 5.5.11.1.4. "Benchmarks" del pliego de condiciones definitivo, en donde se dice lo siguiente (se transcribe como aparece en el original):

"2.3. Régimen Jurídico

"Tanto el proceso contractual de Selección Abreviada a través de la modalidad de Subasta como el futuro Contrato que se suscriba como consecuencia del mismo, se regirá en lo pertinente por la Constitución Política, las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios en particular el Decreto 1082 de 2015, las normas civiles, comerciales y tributarias pertinentes, y en general por las disposiciones que regulen la materia contractual, así como lo establecido en este Pliego de Condiciones.

"En consideración a que los bienes a adquirir son de condiciones técnicas uniformes y de común utilización, la modalidad de selección a través de la cual se debe adelantar el proceso será el de Selección Abreviada definido en el literal a) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, reglamentado por los artículos del 2.2.1.2.1.2.2 al 2.2.1.2.1.2.6 del Decreto 1082 de 2015.

“La modalidad de Subasta que se empleará para seleccionar los Proponentes Ganadores será la electrónica, la cual está prevista en el artículo 2.2.1.2.1.2.2 al 2.2.1.2.1.2.6 del Decreto 1082 de 2015.

“...

“5.5.1. Propuesta técnica.

“...

“El Proponente debe diligenciar completamente el Formulario N°. 7 del presente pliego de condiciones y para el mismo debe tener en cuenta, cada una de las características técnicas que se están exigiendo del bien a adquirir. Con respecto al procesador, teniendo en cuenta que el resultado del benchmark no puede ser inferior a 2.800, el equipo que oferte, deberá contener un procesador igual o superior al de las familias AMD A8 o Intel Core i3, lo cual es acorde con el estudio de 2916659-v1\BOGDMS 6 mercado efectuado en su oportunidad. Igualmente, debe allegar el datasheet del fabricante o dueño de la marca y presentar la muestra.

“...

“5.5.11.1.4. Benchmarks

“Todos los equipos que se reciban como parte del proceso de selección deberán pasar las pruebas del siguiente Benchmark: PCMark 8 Professional v2.4.304 Work Accelerated. El puntaje mínimo de ‘score’ que deberán superar los portátiles es de 2.800. Se debe anexar una copia física del reporte que genera en formato Pdf el Benchmark. Este documento junto a la prueba técnica constituye un solo requisito, significa ello que tanto el resultado arrojado por el software Benchmark durante la prueba, como el resultado allegado con la propuesta debe ser superior al puntaje mínimo solicitado (2.800)”.

En la solicitud de suspensión provisional se han señalado varias razones que sirven de fundamento al demandante para considerar que resulta posible y urgente decretar la medida deprecada. Dentro de las más relevantes, en criterio del despacho, se esgrimieron las siguientes:

En relación con los actos administrativos, dice que con ellos se vulneran los artículos 2, numeral 2 literal a) de la Ley 1150 de 2007, 40 del Decreto 1510 de 2013 y 2.2.1.2.1.2.1 del Decreto 1082 de 2015, debido a que Computadores para Educar determinó en la Resolución 038 de 2015 la apertura del proceso de selección abreviada 004 de 2015, bajo la modalidad de "subasta inversa electrónica", y en el numeral 2.3. del pliego de condiciones definitivo "Régimen Jurídico" señaló que, "en consideración a que los bienes a adquirir son de condiciones técnicas uniformes", la modalidad de selección a través de la cual habría de adelantarse el proceso es la "Selección Abreviada".

Frente a lo anterior, en la solicitud de suspensión provisional se afirma que la selección abreviada, como modalidad de contratación, es exclusivamente admisible para la "adquisición de bienes de características técnicas uniformes" (artículo 2 numeral 2 literal a de

la Ley 1150 de 2007, artículo 40 del Decreto 1510 de 2013 y el artículo 2.2.1.2.1.2.1 del Decreto 1082 de 2015), lo que implica que no era el proceso correcto en la medida en que los computadores portátiles que adquirirá C.P.E. no tienen características técnicas uniformes, y menos resulta posible su adquisición a través de un proceso de selección abreviada con subasta inversa electrónica. Las razones las explicó así:

a) Procesadores AMD A8 e Intel Core i3

C.P.E., en el numeral 5.5.1 ("Propuesta Técnica") de los pliegos de condiciones definitivos, incluyó como especificación técnica y como requisito habilitante la oferta de portátiles con procesadores AMD A8 o Intel Core i3. Estos dos procesadores no son equiparables en función de su desempeño y, por lo tanto, no se comparan tampoco en precio, ni en virtud del uso de diferentes tecnologías en cada uno, de modo que cualquier procesador Intel Core i3, en términos de desempeño y de precio, resulta ser superior a cualquier procesador dentro de la categoría AMD A8, medido con muchas de las pruebas de desempeño relevantes para la informática de uso empresarial.

El "Benchmark PcMark8 Work Accelerated", el cual usa C.P.E. como parámetro de comparación dentro del proceso de selección abreviada, bajo la modalidad de subasta electrónica 04 de 2015, arroja un mayor desempeño para el procesador Intel Core i3-5005U (3,305 puntos) e, inclusive, para el procesador Intel Celeron 3205U (3,105 puntos), sobre el procesador AMD A8; en consecuencia y como es evidente, el procesador AMD A8 es inferior en desempeño (2,800 puntos) e inferior en precio y, por lo tanto, ninguno de los dos procesadores de marca Intel puede ser considerado como comparable en sus características técnicas y, en general, en su medición de desempeño con el procesador de marca AMD A8.

Las tecnologías de los equipos portátiles con procesadores AMD A8 e Intel Core i3 no son comparables, ya que sus especificaciones técnicas difieren entre sí en múltiples parámetros y como el desempeño del procesador tiene un impacto directo en el precio y en el costo total del portátil, no puede hablarse de productos equivalentes. En cuanto a los procesadores, la diferencia esencial reside en la ingeniería de fabricación, pues el procesador AMD A8 está construido con transistores de 28nm, mientras el procesador Intel Core i3 está construido con transistores de 14nm, lo cual resulta de suma relevancia, debido a que: i) cada transistor permite el paso de la información digital (es decir, las cadenas de datos binarios que forman los "bits y bytes" de la información), ii) a medida que el tamaño de los transistores que forman la microarquitectura del procesador es menor, la transferencia de los datos dentro del procesador es más rápida, iii) a mayor



rapidez en la transferencia de datos, mayor velocidad de procesamiento de los mismos y más rápida respuesta a todas las necesidades de procesamiento del computador, iv) a mayor velocidad de transferencia de datos, mayor capacidad y velocidad de procesamiento, v) a mayor capacidad y velocidad de procesamiento, mejor desempeño del computador de forma general, es decir, una microarquitectura menor incide de forma radical y directa en el desempeño del computador, como un todo y vi) la mayor capacidad de procesamiento incide directamente en el precio del procesador y, por ende, del computador.

Entonces, es claro que, en función de las diferencias en desempeño, precio y tecnología, los equipos portátiles con procesadores AMD A8 e Intel Core i3 no podrían catalogarse como "bienes de características técnicas uniformes", ni como "comparables".

b) Los actos administrativos desconocen el principio de igualdad y libertad de concurrencia: exclusión automática de Intel del Proceso

En virtud del "principio de igualdad" (artículo 23 de la Ley 80 de 1993) los sujetos del proceso de selección deben participar en "igualdad de condiciones" y "gozar de las mismas oportunidades". El principio se materializa cuando la Entidad garantiza que "las condiciones deban ser las mismas para todos los competidores" y que "se de preferencia a quien hace las ofertas más ventajosas para la administración".

En igualdad de condiciones, los oferentes quedan habilitados para concurrir libre e irrestrictamente al proceso de selección porque en virtud de este principio, cualquier persona tiene libertad de participar en la convocatoria que formule la Administración pública para la adquisición de bienes y servicios o para la ejecución de obras, que se requieran para la satisfacción de las necesidades de la comunidad.

C.P.E. introdujo en el numeral 5.5.1 del pliego de condiciones definitivo un criterio restrictivo de participación, al limitar la participación dentro del proceso de selección a los oferentes con procesadores Intel Core i3 o AMD A8.

La comparación de los procesadores dentro del proceso desconoce que, técnicamente, existen diferencias tecnológicas entre los productos objeto de la comparación.



Según la solicitud de suspensión provisional, en general casi cualquier procesador Intel Core i3 es superior en rendimiento a cualquier procesador de marca AMD A8, medido con muchas de las pruebas de desempeño relevantes para la informática de uso empresarial, razón por la cual tienen un mayor precio en el mercado. En la práctica, por la totalidad de las dieciocho ofertas presentadas a C.P.E., los fabricantes, proveedores y demás participantes de la cadena que pudieron haber hecho ofertas de equipos con procesadores Intel Core i3 quedaron *de facto* eliminados arbitrariamente del proceso de selección.

La homologación de procesadores en los términos propuestos en el proyecto de pliegos vulnera la participación, en condiciones de igualdad, de los proponentes con equipos con procesadores Intel Core i3 en particular y, en general, la participación de cualquier proponente que use procesadores de marcas diferentes a las incluidos en el pliego de condiciones.

Los escenarios de participación con la comparación subjetiva de marcas son los siguientes:

- (a) Fabricantes y canales de distribución que ofertan portátiles con procesadores Intel Core i3: ofrecen un procesador superior en desempeño (3,015 puntos en Benchmark) pero también superior en precio. Intel tiene dentro de sus gamas los seriales Pentium y Celeron, inferiores en precio y capaces de satisfacer la medida de desempeño requerida por la entidad, pero estos seriales fueron excluidos de las especificaciones técnicas del proceso.
- (b) Fabricantes y canales de distribución que ofertan portátiles con procesadores AMD A8: ofrecen un procesador inferior en desempeño (2,802 puntos en el Benchmark) e inferior en precio.
- (c) C.P.E. adjudicará el contrato al oferente con procesador AMD A8, inferior en desempeño (2,802 puntos en el Benchmark) e inferior en precio.

La incorporación de las dos categorías de procesadores excluye automáticamente a los fabricantes con procesadores Intel Core i3. La especificación técnica direcciona la adjudicación a los proponentes que ofertan AMD A8, pues quedan automáticamente seleccionados por satisfacer la condición del "menor precio", aun cuando no se trata de procesadores superiores en desempeño.

II.- CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Es competente esta Corporación para conocer del presente asunto, toda vez que, de conformidad con el numeral 1 del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado conoce “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”.

La competencia para tramitar y decidir el *sub lite* corresponde a la Sección Tercera de esta Corporación, según el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999¹, modificado por el artículo 1 del Acuerdo 55 de 2003², el cual establece:

“ARTICULO 13. DISTRIBUCION DE LOS NEGOCIOS ENTRE LAS SECCIONES. Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así:

“(...)”

Sección Tercera

“1. Los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos agrarios, contractuales, mineros y petroleros (...)”

Igualmente, es competente este Despacho para adoptar la decisión que jurídicamente corresponda respecto de la solicitud de suspensión provisional, en atención a que los artículos 229 y 230 del mismo código en cita establecen:

“ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, (sic) el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá **el Juez o Magistrado Ponente** decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

“(...)”

¹ Reglamento del Consejo de Estado, Diario Oficial 43.753, del 23 de octubre de 1999.

² “Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado”, expedido por la Sala Plena de dicha Corporación el 25 de agosto de 2003.

“ARTÍCULO 230. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o **Magistrado Ponente** podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

“(…)

“3. **Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.**

“(…)” (resalta el Despacho).

De las normas transcritas se concluye que la decisión acerca de la procedencia de una medida cautelar debe ser proferida por el Magistrado Ponente, cuando la competencia para ello radique en los Tribunales Administrativos o en el Consejo de Estado.

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

En el marco de las diversas medidas cautelares contempladas en el procedimiento contencioso administrativo se encuentra la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos, prevista en el artículo 238 de la Constitución Política 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 continúen surtiendo efectos, dada la presunción de legalidad que los acompaña, mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso donde se hubiere decretado la medida, como producto de una solicitud fundamentada del impugnante, que en consideración del juzgador sea procedente en razón de la claridad de la infracción al principio de legalidad; en consecuencia, es presupuesto básico de la medida que el acto esté produciendo sus efectos jurídicos³. En este sentido, su finalidad no es otra que la de evitar, transitoriamente, la aplicación del acto administrativo, en virtud de un juzgamiento provisional del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho⁴.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de julio de 2002, exp. 22477, C.P. Alier 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”.

⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando: “Tratado de Derecho Administrativo. Contencioso Administrativo”, T.III, 3ª reimp., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.482.

Respecto de los requisitos para la procedencia de la suspensión provisional de los actos administrativos, el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece lo siguiente:

“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”.

De la norma transcrita se deducen como requisitos para la procedencia de dicha medida cautelar que: i) sea solicitada por el demandante, ii) exista 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 del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se acrediten, al menos de manera sumaria, los perjuicios que se alegan como causados por los actores.

Así, pues, es evidente que el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece unas variaciones significativas, en cuanto a la regulación para la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, en relación con la que contenía el artículo 152 del Decreto ley 01 de 1984 -Código Contencioso Administrativo-, modificado por el art. 31 del Decreto 2304 de 1989-.

En efecto, en el artículo 231 del C.P.A.C.A. la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo procede por la “violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado”, mientras que en el anterior Código Contencioso Administrativo la suspensión provisional de actos administrativos solo podía examinarse a la luz de las disposiciones cuya violación se invocara dentro de la petición de la medida cautelar.

Así las cosas, es evidente que ahora el juez tiene un campo de análisis más amplio para pronunciarse sobre la solicitud de la medida provisional, sin que dicha posibilidad limite o afecte los derechos de defensa y contradicción de la parte llamada a soportar la medida cautelar solicitada, en tanto que dicha parte siempre tendrá la posibilidad de

conocer las normas que se invoquen como infringidas en la demanda y en el escrito separado contentivo de la solicitud de suspensión provisional.

Pero, quizá el cambio más significativo que introdujo el artículo 231 del C.P.A.C.A. respecto de la suspensión provisional de los actos administrativos es la eliminación del requisito que consistía en que, para que se pudiera conceder esta medida cautelar, era necesario que la norma demandada vulnerara la norma superior de manera manifiesta, ostensible o palmaria.

Ciertamente, el artículo 152 del C.C.A. disponía que la jurisdicción de lo contencioso administrativo podía decretar la suspensión provisional de actos administrativos demandados, siempre que se cumplieran los siguientes presupuestos:

“1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

“2. Si la acción es de nulidad, basta que haya **manifiesta infracción** de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

“3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor” (se destaca).

Conforme a esta norma, la jurisprudencia reiterada y consolidada de la Sección Tercera del Consejo de Estado, desarrollada bajo el imperio del Código Contencioso Administrativo, siempre fue pacífica y consistente al determinar que, para la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, el quebrantamiento de la norma superior debía ser evidente, resultante de una “manifiesta infracción” que, por lo tanto, pudiera detectarse fácil y palmaria, por confrontación directa entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como vulneradas o respecto de los documentos públicos aportados con la solicitud, es decir, que la transgresión al ordenamiento superior debía aparecer *prima facie*, sin necesidad de elucubración alguna, por la sola comparación, pues, en caso contrario, la medida debía denegarse para que durante el debate probatorio, propio del proceso, se determinara si las decisiones administrativas cuestionadas adolecían o no de ilegalidad y, por ende, ello sólo podía establecerse en la sentencia.

La nueva normativa suprimió el presupuesto en cuya virtud la procedencia de la suspensión provisional pendía de que la vulneración directa de la norma superior apareciera de bulto, por cuanto el atrás transcrito artículo 231 del CPACA dispone que

tal medida está llamada a prosperar cuando la violación alegada “... 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”, pero en ninguna parte exige este código que tal violación sea ostensible o manifiesta.

Al respecto, se ha sostenido que la “... exigencia de una infracción calificada, de una infracción manifiesta que el juez la pueda advertir con facilidad del simple cotejo entre el acto demandado y las normas superiores, no aparece ya en la Ley 1437 de 2011 y fue deliberadamente eliminada de la nueva codificación para evitar que la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos quede absolutamente restringida a casos excepcionales”⁵.

Sobre el particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado:

“De esta manera, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que antes era exigencia *sine qua non* que la oposición normativa apareciera manifiesta por confrontación directa con el acto o mediante los documentos públicos adicionales (sic) con (sic) la solicitud. Entonces (sic) ello excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio pues la trasgresión debía aparecer *prima facie*. Ahora, la norma da la apertura de autorizar al juez administrativo para que (sic) desde este momento procesal, obtenga la percepción de si hay la violación normativa alegada, pudiendo al efecto: **1º)** realizar **análisis** entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y **2º)** que también pueda **estudiar** las pruebas allegadas con la solicitud⁶.

“El Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), (sic) establecía que esta medida estaba sujeta a que la contradicción con las disposiciones invocadas como fundamento de la solicitud de suspensión fuera manifiesta y apreciada por confrontación directa con el acto demandado, de esa manera, se impedía que el Juez pudiera realizar un estudio profundo del caso, pues la trasgresión debía ser ostensible y como tal, no podía implicar esfuerzo analítico alguno.

“Al respecto cabe resaltar que la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al juez administrativo para (sic) realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y estudiar las pruebas allegadas con la solicitud.

“Finalmente, el Despacho considera importante destacar que pese a que la nueva regulación le permite al Juez realizar un análisis de la sustentación de la medida y estudiar las pruebas pertinentes, la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento, lo que obliga al Juzgador a ser en extremo cauteloso al momento de resolver la solicitud de suspensión provisional”⁷ (negrillas y subrayas del original).

⁵ Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011 - Memorias; La regulación legal de las medidas cautelares en el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pág. 344.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia de 24 de enero de 2013, exp. 11001-03-28-000-2012-00068-00; M.P. Dra. Susana Buitrago Valencia.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 3 de diciembre de 2012, exp. 11001-03-24-000-2012-00290-00; M.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala.

Frente a lo anterior, debe decirse que, cuando se presenta una solicitud de medida cautelar consistente en suspensión provisional, el juez, al resolverla, debe observar cuidadosamente que su decisión no sea entendida como el resultado de una elucubración prejujadora del asunto –aun cuando la ley se encargó de negar el prejujamiento expresamente-, razón por la cual resulta de gran valor identificar límites en la norma de la que surge la facultad cautelar en la ley 1437 de 2011, porque, sin lugar a dudas, la regla actual le permite al juez resolver con una incuestionable mayor amplitud –en relación con el análisis de la solicitud- respecto de la forma como operaba la figura de la suspensión provisional en el Código Contencioso Administrativo.

Esa amplitud para resolver no se traduce de manera alguna en el desafuero del juez; por el contrario, se constituye en una herramienta para que tanto el trámite como la decisión judicial y su cumplimiento estén garantizados, tal y como lo prevé el artículo 229 C.P.A.C.A.

En opinión de este Despacho, el artículo 231 de la ley 1437 de 2011 incorpora límites a la facultad para dictar medidas cautelares que están determinados: i) por la **invocación de las normas que se consideran violadas**, bien en la demanda o bien en el escrito separado contentivo de la solicitud, y su confrontación con el acto causado o ii) **por el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud**.

En relación con la primera limitante, esto es, la invocación de las normas que se consideran violadas, la prosperidad de la medida cautelar de suspensión provisional no está sujeta en la ley 1437 de 2011 a que la contradicción con las disposiciones invocadas como infringidas sea ostensible o manifiesta, como exigía el C.C.A., sino a que surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores **invocadas** como violadas, tenido en cuenta que las referencias conceptuales y argumentativas que se esgrimen en la solicitud de suspensión constituyen el marco sobre el que debe resolverse dicho asunto.

En efecto, ha sido característica de esta jurisdicción que las pretensiones formuladas dentro de los asuntos sometidos a su conocimiento deben regirse por la “rogatio” o rogación y que existe una estrecha e inescindible relación entre ésta y el principio dispositivo⁸, de manera que el actor dentro del proceso contencioso administrativo

⁸ Este principio ha sido definido por la doctrina como:

debe cumplir con la carga de orientar el ámbito dentro del cual considera que el juez debe pronunciarse, aludiendo a los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan sus pedimentos.

Tradicionalmente el principio de la justicia rogada ha gobernado el actuar de la jurisdicción contencioso administrativa en dos ámbitos: i) no existe oficiosidad para iniciar un juicio y solamente el libelista, en virtud del principio dispositivo, tiene la posibilidad de identificar, individualizar y formular cargos contra el acto impugnado y ii) el juez se encuentra vinculado a lo solicitado, de forma que, en principio, no le resulta posible extenderse al estudio de temas ni emitir pronunciamiento sobre aspectos que no han sido planteados o sustentados por el actor⁹.

En lo relativo a las medidas cautelares, la rogación de la jurisdicción resulta aplicable en virtud de artículo 229 de la ley 1437 de 2011, que dice que: “En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, (sic) el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, **a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias...**”, de forma que la petición de parte y la sustentación de la misma fijan el marco de lo que se pretende y el juez podrá analizar si surge una violación del acto demandado luego de su confrontación con las normas superiores que se hayan invocado como violadas y a la luz de los argumentos al respecto esgrimidos por el solicitante de la medida, es decir, el juez podrá decidir teniendo en cuenta únicamente los argumentos que sustentan la solicitud de suspensión provisional, de suerte que no podrá hacer para ello una confrontación con otras normas del ordenamiento jurídico positivo que no hayan sido citadas como infringidas, ni acudir a argumentos o cargos que no hayan sido

“La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin. O como dice COUTURE: ‘es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso’.

“Son características de esta regla las siguientes:

“El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado” (LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio: “Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General”, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106).

⁹ Sin perjuicio de la obligación consistente en garantizar la supremacía constitucional, y con ello principios como la prevalencia del derecho sustancial y la eficacia de los derechos fundamentales.



formulados por el demandante, al solicitar la suspensión provisional de los efectos del acto demandado.

En relación con lo anterior, debe recordarse que la Corte Constitucional, en sentencia T-553 del 16 de julio de 2012, dijo:

“Este principio (el de la rogación) tiene justificación en las formas de expresión de la voluntad de la administración, con los (sic) cuales la administración pretende garantizar el interés general, que no puede entenderse por fuera del respeto de los derechos fundamentales de los asociados. De ahí que los actos jurídicos una vez expedidos conforme a las formalidades jurídicas y puestos en conocimiento de los ciudadanos, (sic) se presumen legales y cuentan con los atributos de ejecutividad y ejecutoriedad, es decir, son obligatorios para sus destinatarios y pueden ser realizados materialmente aun contra la voluntad de éstos.

“De lo expuesto, se concluye que es razonable exigir a los accionantes señalar la norma y el motivo de la violación cuando impugnen la legalidad de un acto administrativo. En efecto, si el acto jurídico es una expresión de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos, que se presume legal y es ejecutivo y ejecutorio, le corresponde a quien alega su carencia de legitimidad precisar la razón de su nulidad. En contraste, como lo estableció esta Corte en la sentencia C-197 de 1999 carece de razonabilidad que el juez contencioso tenga la obligación de buscar oficiosamente las causales de ilegalidad del acto administrativo, toda vez que ello es en extremo difícil y en ocasiones imposible por las innumerables normas que regulan la actuación de la administración”.

Con todo, debe recordarse también que la misma Corte, en la sentencia C-197 de 1999 advirtió dos supuestos en los que se flexibiliza el principio de justicia rogada: i) la violación de derechos fundamentales de aplicación inmediata del demandante y ii) cuando el juez evidencia la incompatibilidad entre una norma que deba aplicar y las disposiciones de la Constitución. En las dos hipótesis enunciadas se aplica la Constitución Política, dado que se debe dar prevalencia a los derechos fundamentales y a esta última.

La segunda limitante está dada por el hecho de que el juez debe decidir con fundamento en las pruebas que hayan sido aportadas con la solicitud de medidas cautelares, de modo que, en consonancia con lo dicho renglones atrás, no puede recurrir el juez a medios de prueba diferentes a aquellos que, en criterio del demandante, son los necesarios para darle sustento a los planteamientos esgrimidos en la solicitud de la medida cautelar.

Todo lo anterior, salvo la oficiosidad de la que puede hacer uso el juez para decretar medidas cautelares en procesos que “tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo” (parágrafo del artículo 229 del C.P.A.C.A.).

2.- El caso concreto.

Visto el expediente y conforme a las pruebas documentales que allí reposan, el Despacho encuentra que la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos de carácter precontractual que han sido demandados y sobre los cuales se ha pedido que se adopte una medida cautelar de urgencia no resultan pasibles de suspensión, porque el propósito con el que fueron expedidos y los efectos que produjeron se han extinguido en virtud de la finalización del período identificado como proceso precontractual.

En efecto, según el artículo 230 del C.P.A.C.A., las medidas cautelares pueden ser de connotación preventiva, conservativa, anticipativa o de suspensión; pero, en cualquiera de los escenarios anteriores, su pertinencia está relacionada directamente con los efectos que un acto, un hecho o un suceso previsible produzca o pueda producir, lo que implica, de entrada, que la utilidad y pertinencia de la medida está dada por la posibilidad de conjurar, a través de su adopción, situaciones que se consideran vulnerantes o amenazantes.

De una correcta interpretación de la demanda de nulidad, de la solicitud de medida cautelar y en atención a la naturaleza de los actos demandados, se observa que dicha medida solamente procede conforme al numeral 2 del artículo 230 del C.P.A.C.A, según el cual se puede:

"2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o la actuación sobre la cual recaiga la medida"

Como se observa, en la disposición trascrita se subsume el supuesto fáctico que motivó la solicitud de la medida cautelar presentada junto con la demanda de nulidad. De su lectura resulta claro que, cuando el asunto versa sobre procedimientos o actuaciones administrativas –incluidos los de carácter contractual–, la medida procedente es la suspensión de los mismos y para ello se debe contar con que éstos sean actuales, es decir, que estén surtiendo los efectos que se pretenden hacer cesar de forma transitoria con apoyo en la suspensión de que trata la norma.

En el caso particular de la convocatoria 04 de 2015 hecha por Computadores para Educar, como entidad adscrita al Ministerio de las Tecnologías de la Comunicación, el

proceso de selección del contratista ha fenecido, porque, efectivamente, el contrato fue adjudicado mediante resolución 067 del pasado 28 de julio de 2015 (fol. 562 C.1). Dicho en otras palabras, los actos sobre los que se solicitó la suspensión como medida cautelar ya no producen ningún efecto que merezca ser inhibido a través de la adopción de la medida deprecada por la demandante.

Resolver la solicitud de suspensión provisional –decretándola- implicaría revivir los efectos jurídicos del proceso de selección que, como se indicó, ha fenecido en virtud de la adjudicación del contrato, porque, dentro de la estructura lógica del fenómeno, los procesos de selección con fines contractuales pierden su vigencia luego de que han agotado los efectos para los que se concibieron (selección del contratista y adjudicación del contrato).

Así, siendo que la medida cautelar está concebida para decretar la cesación temporal de los efectos, en este caso, del proceso de selección abreviada 04 de 2015 y atendiendo a que tal proceso se ha extinguido, porque ya fue seleccionado el contratista que cumplirá con los requerimientos de la administración, ningún sentido tendría decretar la medida deprecada, pues, en tal circunstancia, ni siquiera existe proceso alguno de selección que amerite ser suspendido, es decir, la medida ya carece de objeto.

Por otra parte, debe decirse también que son razones que justifican la adopción de las medidas cautelares aquellas que el juez considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso judicial y la efectividad de la sentencia que llegare a dictarse; pero, en el caso concreto, no se advierte la necesidad de adoptar medidas cautelares para garantizar la integridad del objeto del proceso judicial, ni la efectividad de la sentencia, en la medida en que nada impedirá retirar del ordenamiento jurídico las normas demandadas, si esa resulta ser la consecuencia del estudio de legalidad de las mismas.

Por las razones expuestas, el Despacho no decretará la medida cautelar de suspensión provisional.

RESUELVE



NIÉGASE la suspensión provisional de la Resolución 038 de 2015 -acto de apertura del proceso de selección- y del pliego de condiciones definitivo adoptado para el proceso de selección abreviada 04 de 2015, adelantado por Computadores para Educar.

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA