



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

Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., cinco (5) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación: 11001-03-26-000-2016-00016-00 (56166)

Actor: ÁLVARO MEJÍA MEJÍA

Demandado: NACIÓN – PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA – DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

Medio de control: NULIDAD SIMPLE

Procede el Despacho a pronunciarse sobre una medida cautelar deprecada por la parte demandante.

ANTECEDENTES

1.- En escrito del 14 de enero de 2016 el ciudadano Álvaro Mejía Mejía solicitó, en ejercicio del medio de control de simple nulidad, que se declarara la nulidad de dos apartes del artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015 “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional” dictada por el Departamento Nacional de Planeación.

En escrito separado de la misma fecha solicitó se decretara la suspensión provisional de efectos jurídicos de los apartes demandados.

2.- Mediante auto de 9° de febrero de 2016 el Despacho admitió la demanda ordenando su notificación personal a las demandadas, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado concediendo el término establecido por la Ley para su contestación. De la misma manera en decisión de la misma época se ordenó comunicar



la admisión a la Agencia Nacional de Contratación Estatal – Colombia Compra Eficiente.

3.- Mediante providencia 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 280, cdno cautelares).

Dentro de la oportunidad la Nación – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Departamento Nacional de Planeación – DNP manifestaron su oposición a la cautela deprecada (fl 288-294 y 300-301, cdno cautelares).

4.- Colombia Compra Eficiente, en escrito de 15 de abril de 2015, solicitó ser reconocido en el proceso como parte coadyuvante. Presentó, además, argumentos dirigidos a defender la legalidad de los apartes del artículo enjuiciado.

5.- En sendos memoriales presentados por la federación Colombiana de Empresas de Vigilancia y Seguridad Privada Fecolsep, la Fundación Contratación Estatal Transparente, la Compañía de Vigilancia y Seguridad Privada Águila de Oro de Colombia Ltda, 360 grados Seguridad Ltda., y Megaseguridad La Proveedora Ltda, solicitaron ser tenidos como coadyuvantes expresando su apoyo a los cargos de la demanda de nulidad (fls 305-355, c1).

4.- Mediante auto de 4 de mayo de 2016 (fl 305, cdno cautelares), se fijó el miércoles 4 de mayo de a las 3.00 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. En el curso de dicha actuación las partes e intervinientes expusieron oralmente sus argumentos en torno a la medida cautelar pedida.

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”*.

1.2.- De esta manera, al verificarse que la acción contenciosa adelantada corresponde a una petición de nulidad de un acto administrativo general dictado por una entidad del orden nacional – Departamento Nacional de Planeación–, se concluye que la competencia para tramitar y decidir el *sub lite* corresponde a esta Corporación.

1.3.- 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 Administrativo¹.

2.- La audiencia preliminar convocada.

2.1.- Mediante los autos de 9 de febrero de 2016 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 efectiva², ya que

¹ 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 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



constituye una oportunidad para que el Juez comprenda las posiciones jurídicas de cada una de las partes; la intermediación garantiza el ejercicio imparcial³ 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

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 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".

³ 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 iudice"



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 convencionales establecidos en los artículos 8.1⁴ y 25⁵ de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 14⁶ 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 Despacho⁷ 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 aplicables en aquellos casos en que se consideren *“necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la*

⁴ 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.”

⁵ “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”

⁶ “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”.

⁷ 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.”



efectividad de la sentencia”, conforme a las notas del mismo artículo, de donde se infiere que la institución cautelar es una manifestación legislativa de la garantía de efectividad del derecho al acceso a la administración de justicia⁸⁻⁹; comoquiera que pretende 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”*¹⁰.

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. En otras palabras, al decir de Schmidt-Assmann, con la tutela cautelar *“se pretende evitar “hechos consumados” y, así garantizar la temporalidad de la tutela judicial, aunque sólo sea de forma provisional.”*¹¹.

⁸Al 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.

⁹ “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 preventivo⁹.” 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.

¹⁰CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di dirittoprocessoalecivile, Edit. Jovene, 1960, vol. 1. P. 147.

¹¹ SCHMIDT- ASSMANN Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objetos y fundamentos de la construcción sistemática, Madrid, Barcelona, Marcial Pons - INAP, 2003, p. 237.



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 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, 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 “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”, inclusive “impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”.

3.5.- Por último, la Sala 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 humanos¹², dejando de ser una medida accesoria y subordinada al proceso 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 derechos. 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 presupuesto. Sobre ello anotó la Sala:

“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”¹³.

¹² 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 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.

¹³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de marzo de 2014, exp. 2013-06871.



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 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, 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 derechos¹⁴.

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

¹⁴ 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].



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 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 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 la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes, en armonía con la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso.

3.11.- Por consiguiente, 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*¹⁵, 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 razonabilidad¹⁶. 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

¹⁵ 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).

¹⁶ 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.



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 derecho¹⁷, se debe partir de un concepto de discrecionalidad 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 derecho¹⁸, en contra de posturas estrictamente formales o negativas, desconocedoras de parámetros de racionalidad y justificación para la decisión discrecional, fundadas por fuera de la racionalidad¹⁹.

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 optimización²⁰, 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 judicial²¹. 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.”²²

¹⁷ 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 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”.

¹⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial. Madrid, 2004, pp.79 a 86.

¹⁹ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. 2a ed. 1a reimp. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008, pp.208 y 209.

²⁰ 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.

²¹ 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).

²² 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



3.12.- En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito lleva 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 ponderación²³, en virtud del cual se determine de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos²⁴ (pasos a y b) y, luego de ello, se procede a c) que ordena

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 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).

²³ 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). 2º edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [Trad. Carlos Bernal Pulido] 2008, p. 529.

²⁴ A través de una escala tríadica de leve, medio o intenso.



analizar si se encuentra *justificado* que la satisfacción de uno de los principios afecte al otro.

3.13.- 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 la medida cautelar para la protección de un derecho en circunstancias de amenaza, en desmedro de la administración. El propio artículo 231 del CPAyCA da lugar a esta 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.”

3.14.- 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.

4.2.- 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 jurídicos²⁵. 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 juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho²⁶.

4.3.- 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 Corporación²⁷, 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,²⁸ 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,²⁹ argumentación y reflexión de las razones en que se

²⁵ 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”.

²⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de derecho administrativo. Contencioso Administrativo, T.III, 3ª reimp., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.482.

²⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 22 de marzo de 2011, CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 38.924.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-977 de 1992.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-064 de 2010.



fundamenta³⁰ la manifiesta y ostensible infracción del ordenamiento jurídico por el acto administrativo impugnado.

En consecuencia, tal como lo ha sostenido esta Corporación,³¹ el hecho de exigirse una violación manifiesta para la procedencia de la suspensión provisional, no excluye 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.”

4.4.- En cuanto a la necesaria motivación de toda decisión que resuelva una petición de suspensión provisional dentro de un proceso contencioso administrativo, el proveído en cita enfatizó:

“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.”³²

³⁰ 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.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 27 de Mayo de 2009, (Expediente 36.476).

³² Montesquieu, Charles Louis de Secondat. Del Espíritu de las leyes. Primera Parte, Libro XI, Capítulo 6.



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 de los jueces de motivar sus decisiones, postulado propio de toda sociedad enmarcada en los preceptos del Estado social y democrático de derecho.”³³

4.5.- Su procedencia está determinada por la violación del 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.

4.6.- 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.

4.7.- Ahora bien, para arribar a la conclusión de que el acto o 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.

4.8.- 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.

4.9.- Requisitos de la solicitud de suspensión provisional.

³³Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 22 de marzo de 2011, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 38924.



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:

“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. (...)”

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.

5.- Los cargos esgrimidos por el actor.

5.1.- En su escrito de demanda y en la petición de la medida cautelar de suspensión provisional de efectos jurídicos el actor solicita se enjuicien los siguientes dos apartados del artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 2015:

“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. Las Entidades Estatales no deben exigir las garantías de que trata la Sección 3 del presente capítulo, que comprende los artículos 2.2.1.2.3.1.1 al 2.2.1.2.3.5.1 del presente decreto, en las órdenes de compra derivadas de los



Acuerdos Marco de Precios, a menos que el Acuerdo Marco de Precios respectivo disponga lo contrario.

(Decreto 1510 de 2013, artículo 48)” (Apartes en subrayas acusados).

5.2.- Consideró el ciudadano que el primer aparte viola los artículos 1°, 6°, 211, 189.11 de la Constitución Política y el artículo 2° numeral segundo de la Ley 1150 de 2007. En su entender el Gobierno Nacional no reglamentó la operación secundaria que tiene lugar en el ámbito de los Acuerdos Marco de Precios sino que decidió encargarse de ello a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. En sus palabras:

“[E]l Gobierno no cumplió con el mandato del numeral 2) del artículo 2) de la Ley 1150 de 2015 (sic), en cuanto al deber de reglamentar la selección abreviada, sino que deja esa responsabilidad en lo atinente a las llamada operación secundaria para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, en cabeza de Colombia Compra Eficiente, quien a través de un manual, el cual ni siquiera materializó en una circular Externa, entró a regular lo que ella llama “operación secundaria””.

5.3.- Por otro tanto, el segundo apartado es violatorio del artículo 7° de la Ley 1150 de 2007. Considera que ello es así por cuanto el reglamento se excedió al agregar una excepción a la obligación de exigir garantías contractuales, excediendo así la potestad reglamentaria.

6.- Los escritos de oposición

6.1.- La Nación – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República en su escrito se opuso a la prosperidad de la medida cautelar. En cuanto al primer aparte. Luego de citar el parágrafo 5° de la Ley 1150 de 2007 consideró que de esta preceptiva legal se desprendía que la labor del Gobierno Nacional consistía en designar a la entidad encargada del diseño, organización y celebración de los acuerdos Marco de Precios lo que tuvo lugar en el Decreto 4170 de 3 de noviembre de 2011.

No era, entonces, el Gobierno el encargado de regular esta materia pues la Ley 1150 de 2007 fue la que dispuso “directamente, que fuera una entidad estatal la encargada de diseñar, organizar y celebrar directamente los Acuerdos Marco de Precios”.



Concluye, en cuanto al primer cargo, que no hay transferencia de la potestad reglamentaria sino que trata de una estipulación de una competencia de Colombia Compra Eficiente otorgada por la Ley.

En cuanto al segundo aparte. Expone que el artículo 7° de la Ley 1150 de 2007 luego de enlistar algunos contratos respecto de los cuales no se exigen garantías contractuales refiere: *“así como en los demás que señale el reglamento”*. Quiere ello decir que la Ley autorizó al Gobierno para determinar los contratos, además de los allá indicados, respecto de los que no se deban exigir garantías.

Por consiguiente, encuentra que no existe violación al ordenamiento jurídico superior.

6.2.- El Departamento Nacional de Planeación DNP también se opuso a la cautela solicitada. Para ello razonó de la siguiente manera: En cuanto al primer aparte anota que el Decreto 1082 de 2015 establece todos los pormenores necesarios para lograr la cumplida ejecución de lo dispuesto por el legislador. No se transfiere la potestad reglamentaria sino que se estipula una competencia en cabeza de Colombia Compra Eficiente por ser la Entidad contratante en los AMP, lo que se apoya en las funciones ya dadas por la Ley. En cuanto al segundo aparte afirma que el artículo 7° de la Ley 1150 de 2007 establece un listado expreso mas no taxativo de los contratos en los cuales no son obligatorias las garantías, dejando abierta la posibilidad de que vía reglamento el Gobierno Nacional determine en qué otros casos ocurrirá lo mismo.

7.- Los intervinientes

7.1.- Como se mencionó en los antecedentes de este proveído con anterioridad a la celebración de la audiencia preliminar la Agencia Nacional de Contratación-Colombia Compra Eficiente, la Federación Colombiana de Empresas de Vigilancia y Seguridad Privada Fecolsep, la Fundación Contratación Estatal Transparente, la Compañía de Vigilancia y Seguridad Privada Águila de Oro de Colombia Ltda, 360 grados Seguridad Ltda., y Megaseguridad La Proveedora Ltda, Mauricio Alarcón Hernández, Asociación Colombiana de Escuelas y Empresas de Vigilancia y Fenaseo solicitaron ser tenidos como terceros en este asunto.



7.2.- En el curso de la audiencia preliminar, celebrada el 4 de mayo, se hicieron presentes los intervinientes: Fundación Contratación Estatal Transparente, Megaseguridad La Provedora Ltda., Evaristo Rafael Rodríguez Felizzola, Jhonny Hernando Arias Barreto, Mauricio Alarcón Hernández, Asociación Colombiana de Escuelas y Empresas de Vigilancia y Seguridad – Asocolesvig y Fenaseo, quienes expresaron que intervenían como coadyuvantes y expusieron argumentos en apoyo de la solicitud de suspensión provisional de efectos jurídicos.

7.3.- Ahora, en cuanto a sus argumentos, se encuentra que Colombia Compra Eficiente expuso razones dirigidas a defender la legalidad de la normativa impugnada, esto es, oficia como parte impugnadora en este proceso. Sus argumentos se contraen a lo siguiente: En cuanto al primer aparte. Considera que la norma demandada regula una situación específica: el desarrollo de la contratación por licitación pública para construir el catálogo de proveedores por lo cual, en razón a la naturaleza de los Acuerdos Marco de Precios, corresponde fijar las condiciones para que las entidades compradoras se adscriban a este y respecto de la forma de colocación de la orden de compra. Señala que esta competencia difiere de la de dictar normas generales, impersonales y abstractas.

7.4.- Por otro lado, señala que debe tenerse en cuenta que el Decreto Ley 4170 de 2011 establece a Colombia Compra Eficiente como administrador del Secop y por consiguiente debe disponer “de las funcionalidades tecnológicas para realizar procesos de contratación electrónicos bajo los métodos de selección señalados en el artículo 2° de la presente ley según lo define el reglamento”.

7.5.- En cuanto al segundo aparte. El demandante pretende hacer un análisis de fondo que no tiene lugar en esta etapa del proceso. Sin embargo, encuentra que el precepto legal confrontado permite que por vía de reglamento el Gobierno Nacional adicione otros contratos respecto de los que no se requieran garantías.

8.- El concepto del Ministerio Público



En su escrito de intervención la Vista Fiscal consideró que no era procedente acceder a la solicitud de suspensión provisional por cuanto no se evidencia una evidente u ostensible vulneración al ordenamiento jurídico.

9.- Problema jurídico

9.1.- Planteados como quedaron los términos del asunto a decidir, el problema jurídico que debe ser resuelto en esta oportunidad se contrae a determinar si procede la medida cautelar solicitada por el ciudadano demandante respecto del artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 2015, en cuanto que dicho artículo es, aparentemente, contrario al ordenamiento jurídico, para el caso, los artículos 1°, 6°, 211, 189.11 de la Constitución Política y los artículos 2°, numeral segundo, y 7° de la Ley 1150 de 2007.

9.2.- 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) ejercicio de la potestad reglamentaria, (2) Sujeción de la Administración a los principios y valores constitucionales. Fines constitucionales de la contratación estatal, (3) Contratación con arreglo a Acuerdos Marco de Precios. Aspectos liminares y (4) caso concreto. Consideraciones que fundamentan la *ratio decidendi* del caso.

10.- Ejercicio de la potestad reglamentaria³⁴.

10.1.- Antes de entrar a estudiar el caso en concreto, el Despacho estima conveniente hacer algunas consideraciones sobre la potestad reglamentaria, su origen histórico; su titularidad; su contenido y alcance a la luz de la jurisprudencia, tanto constitucional, como aquella proferida por esta Corporación³⁵.

10.2.- Al hablar de la potestad reglamentaria resulta necesario remontarse al debate milenario entre el rey y las corporaciones en procura de la hegemonía por la producción

³⁴ Se reitera, en este punto, lo considerado por la Sala Plena de Sección Tercera sobre la materia en la sentencia de 2 de diciembre de 2013, exp. 41719.

³⁵ Véase, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de marzo de 2011. Exp: 36601, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



normativa. Conflicto este que en los ordenamientos preconstitucionales se resolvió en favor del monarca; pero que, en el Estado Constitucional se trató de una “(...) *pugna secular por la conquista de la hegemonía en el campo de la producción normativa entre el poder ejecutivo y las asambleas representativas; una pugna que ha tenido las más diversas manifestaciones y que está aún lejos de haberse cerrado definitivamente*”³⁶.

10.3.- La Revolución Francesa significó por muy corto tiempo la inversión de fuerzas en materia normativa, con lo cual el Parlamento recuperó su capacidad absoluta de regulación bajo el pretexto de la ley como manifestación de la voluntad general, lo que implicó para el ejecutivo prácticamente el abandono de la potestad reglamentaria. Sin embargo, la realidad de las cosas y la necesidad de convertir a la administración en el poder central de la revolución hicieron que rápidamente la función administrativa se volviera depositaria de los poderes normativos que caracterizaron durante el viejo régimen al soberano³⁷.

10.4.- Sin embargo, no se puede olvidar que en otras latitudes europeas el proceso entre potestad reglamentaria y legislativa fue diferente. En el modelo germánico, por ejemplo, se presentó una distribución funcional entre Parlamento y Ejecutivo, que en un comienzo fue incipiente pero que se consolidó prácticamente con la Constitución de Weimar de 1919³⁸.

10.5.- Ahora bien, la evolución histórica de la figura de la potestad reglamentaria en Colombia ha estado ligada a los altibajos de nuestro constitucionalismo, pues las características del sistema presidencial colombiano han determinado el papel preponderante que la administración históricamente ha cumplido y la han convertido en una fuente indudable e inagotable de normatividad.

³⁶ SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Fundamentos de Derecho Administrativo. Tomo I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces SA. Madrid 1991, p. 690.

³⁷ “Las razones que impulsaron este espectacular cambio de criterio pueden adivinarse sin dificultad. La eliminación de la potestad reglamentaria tenía sentido en los momentos iniciales del proceso, cuando dicha potestad hubiera correspondido a un rey y a una corte abiertamente opuestos al proyecto revolucionario; extinguida la monarquía, destruido casi por completo el poder de la nobleza y controlado todo el aparato político por la burguesía triunfante, la transformación completa del sistema económico y jurídico exigía un ejecutivo inequívocamente fuerte respecto al cual carecían de justificación las cortapisas diseñadas para el último de los capetos”. *Ibíd.*, pp. 698-699.

³⁸ En la práctica, a diferencia del sistema francés que planteaba una subordinación jerárquica entre el reglamento y la ley, en el caso alemán la ley y el reglamento se encuentran a un mismo nivel normativo, que corresponde a dos puntos horizontales de producción normativa de contenidos materiales diversos.



10.6.- En cuanto a la titularidad de la potestad reglamentaria, es decir, de la capacidad de producir normas administrativas de carácter general reguladoras de la actividad de los particulares y base para la actuación de las autoridades, resulta claro que la Constitución de 1991 distribuyó dicha potestad entre las diferentes autoridades y organismos administrativos. Desde esta perspectiva, es posible formular una regla general que nos traslada de inmediato a las competencias del Presidente de la República; y unas reglas de excepción, algunas de ellas previstas en la Constitución y otras en la ley, que le entregan la potestad normativa o reglamentaria a otros sujetos de la función administrativa.

10.7.- En este orden de ideas, la *regla general en materia reglamentaria* la tiene el Presidente de la República por dos vías: por una parte, a través de la reglamentación directa de la ley cuando sea indispensable para hacer posible su cumplimiento (Constitución, artículo 189. 11), pues en su condición de Suprema Autoridad Administrativa le corresponde “ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes”; y por otra parte, en los casos en que la Constitución le permite desarrollar directamente sus preceptos normativos, caso en el cual la potestad normativa o reglamentaria es directamente de la Constitución³⁹, asunto que en algunas oportunidades la jurisprudencia de esta Corporación denominó como deslegalización de materias en favor de la administración, y que, mirado desde otro punto de vista, no es más que el reconocimiento constitucional de la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente, no ya a nivel de la ley, sino del acto administrativo de carácter general, pues orgánica y funcionalmente el acto sería administrativo y no legislativo, excepto que el constituyente le hubiera establecido efectos legislativos, como en el caso del artículo 341 inciso 3.º constitucional.

10.8.- Por otra parte se encuentran las *reglas de excepción en materia reglamentaria*, se está frente a estas cuando por mandato constitucional algunos otros organismos del

³⁹ Ejemplos de potestad reglamentaria constitucional los encontramos de sobra en las disposiciones transitorias de la Constitución, en donde en varios asuntos se le entrega esta potestad al Presidente de la República.



Estado pueden dictar normas con carácter general en asuntos de su competencia⁴⁰.

10.9.- Tal es el caso del Consejo Superior de la Judicatura, órgano al que corresponde *“dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, lo relacionado con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador”* (Constitución, artículo 57.3). Situación similar se plantea frente al Consejo Nacional Electoral, el cual deberá *“reglamentar la participación de los partidos y movimientos políticos en los medios de comunicación social del Estado”* (Constitución, artículo 265. 9).

10.10.- Así mismo, la Junta Directiva del Banco de la República goza de una facultad normativa directa y excluyente, pues está facultada para *“regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito”* (Constitución, artículo 71 inciso 2º). La Contraloría General de la República y las contralorías departamentales y municipales gozan de poderes similares, pues según lo previsto en la Constitución se les permite, respectivamente, *“prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas, los responsables del manejo de fondos o bienes de la nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse”,* y *“dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional o territorial”* (Artículo 268, numerales 1 y 12, en concordancia con el 272).

10.11.- En este orden de ideas, resulta claro que la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente de la República constituye una simple regla general, objeto de excepciones previstas en el mismo texto constitucional y así lo ha reconocido la Corte Constitucional:

“En materia de potestad reglamentaria existe una cláusula general de competencia en cabeza del Presidente de la República, pero la Constitución ha previsto, de manera excepcional, facultades de reglamentación en otros órganos constitucionales. Esas facultades especiales de reglamentación, ha dicho la Corte, encuentran su fundamento en la autonomía constitucional que tienen ciertos órganos, y están limitadas, materialmente, por el contenido de la función a cuyo desarrollo autónomo atienden y, formalmente, por las previsiones que la Constitución haya hecho sobre el particular. Desde esta perspectiva

⁴⁰ Sobre la potestad reglamentaria dispersa, esto es, no en cabeza del Presidente de la República, véase, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de abril de 2010, Exp.: 31223. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.



formal, la potestad reglamentaria que constitucionalmente tienen asignada ciertos órganos constitucionales se limita a aquellos ámbitos expresamente mencionados en la Constitución, sin que por consiguiente, respecto de determinadas materias sea posible afirmar la concurrencia de dos competencias reglamentarias, la general propia del Presidente del República y la especial, que sin estar expresamente atribuida, se derivaría del carácter autónomo del órgano que la ejerce. No, de acuerdo con la Constitución las competencias reglamentarias especiales son aquellas expresamente conferidas por la Constitución y por fuera de ese ámbito, la potestad reglamentaria para la cumplida ejecución de las leyes corresponde al Presidente de la República⁴¹.

“La potestad reglamentaria, entendida como la capacidad de producir normas administrativas de carácter general, reguladoras de la actividad de los particulares y fundamento para la actuación de las autoridades públicas, la tiene asignada de manera general, en principio, el Presidente de la República, en virtud de lo dispuesto en el artículo 189-11 de la Carta Política, quien puede ejercerla en cualquier momento sin necesidad de que la ley así lo determine en cada caso. Excepcionalmente, y por disposición constitucional, existe un sistema de reglamentación especial respecto de ciertas materias y para determinados órganos constitucionales, al margen de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Tal es el caso del Consejo Superior de la Judicatura, de la Junta Directiva del Banco de la República, del Consejo Nacional Electoral y de la Contraloría General de la República⁴².

10.12.- Finalmente, respecto de la titularidad de la potestad reglamentaria, es decir, de la posibilidad de expedir actos normativos de carácter general, se ha reconocido que los ministerios también gozan de dicha competencia. En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“(…) Tal como lo establece el artículo 208 de la Carta Política, los ministros, junto con los jefes de departamentos administrativos, son los jefes de la Administración en su respectiva dependencia.

*En concordancia con esta preceptiva, la Ley 489 de 1998, que regula aspectos vinculados con la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, ha dispuesto que los ministerios son organismos pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público (Art. 38 *ibídem*), que son los principales órganos de la Administración (Art. 39 *ídem*) y que, con los departamentos administrativos y las superintendencias, constituyen el Sector Central de la Administración Pública Nacional (*ídem*).*

El fundamento constitucional de las competencias asignadas a los ministerios también se encuentra normado por el artículo 208 de la Carta. El canon prescribe que a los ministros les corresponde “formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley”, todo ello bajo la dirección del Presidente de la República.

*De igual forma, en acogimiento de los preceptos constitucionales, la Ley 489 de 1998 ha establecido que los ministerios son entidades cuyo destino es “la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Administrativo que dirigen” (Art. 58. *ibídem*).*

Ahora bien, entre las funciones concretas asignadas por la Ley a los ministerios, resaltan las contenidas en los numerales 2º, 3º y 6º del artículo 59 de la misma Ley, a saber:

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-307 del 30 de marzo de 2004. Magistrados Ponentes: Rodrigo Escobar Gil, Manuel José Cepeda y Alfredo Beltrán Sierra.

⁴² Corte Constitucional, Sentencia C-384 del 13 de mayo 2003. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.



“Artículo 59. Funciones. Corresponde a los ministerios y departamentos administrativos, sin perjuicio de lo dispuesto en sus actos de creación o en leyes especiales:

“2. Preparar los proyectos de decretos y resoluciones ejecutivas que deban dictarse en ejercicio de las atribuciones que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y dar desarrollo a sus órdenes que se relacionen con tales atribuciones.

“3. Cumplir las funciones y atender los servicios que les están asignados y dictar, en desarrollo de la ley y de los decretos respectivos, las normas necesarias para tal efecto.

“6. Participar en la formulación de la política del Gobierno en los temas que les correspondan y adelantar su ejecución.

Del cuadro normativo precedente se deduce que la función de los ministerios en la estructura orgánica nacional es la de ser, bajo la dirección del presidente de la República, la máxima autoridad administrativa en el área correspondientemente asignada y que, en ejercicio de dicha función, los primeros pueden formular y adoptar políticas atinentes a su despacho, pero, además, ejecutar la Ley en el ámbito de su especialidad.

Ahora bien, dado que a los ministerios se les encargan las funciones preestablecidas puede decirse, en conexión con la potestad de reglamentación que les asiste, que éstos organismos tienen una competencia residual de regulación que debe ejercerse de manera subordinada a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, pero, tal como se dijo anteriormente, exclusivamente en el área correspondiente a su especialidad.

“En los anteriores términos, no resulta inconstitucional que una ley atribuya, de manera directa, a los Ministros del Despacho, competencias para expedir normas de carácter general sobre las materias en ella contenidas, cuando tales normas correspondan a regulaciones de carácter técnico u operativo, dentro de la orbita competencial del respectivo Ministerio, por cuanto, en ese caso, la competencia de regulación tiene el carácter de residual y subordinada respecto de aquella que le corresponde al Presidente de la Republica en ejercicio de la potestad reglamentaria”⁴³. (Subrayas fuera del original)

10.13.- En similar dirección apunta la jurisprudencia del Consejo de Estado cuando admite que es potestad administrativa de los ministerios y demás dependencias administrativas y no del Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria, reglamentar mediante actos generales los asuntos que legalmente les corresponda. Así lo ha dejado claro la Corporación en multiplicidad de fallos, entre los que se destaca el siguiente:

“(…) Cuando la ley ordena que determinada materia sea regulada por un Ministerio, con ello quiere dar a entender el legislador que se hace innecesario hacer uso de la potestad reglamentaria consagrada en el artículo 189, numeral 11, de la Carta Política, adscrita al Presidente de la República, quien la ejercita con el Ministro o el Director del Departamento Administrativo respectivo. Sabido es que una cosa es hablar del Gobierno, entendiendo éste como presidente y Ministro o Director del Departamento Administrativo respectivo, conforme lo prevé el inciso 3o. del artículo 115 de la Carta Política, y otra muy diferente es hablar de una función administrativa que le corresponde únicamente al Ministro por mandato de la ley, porque aquí juega papel importante uno de los principios que rigen la actuación administrativa, como es el de la desconcentración de funciones”⁴⁴.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-917 de 2002. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I. Sentencia del 26 de febrero de 1998. Exp.-4500. Ernesto Rafael Ariza.



10.14.- Ahora bien, otro punto importante al estudiar la potestad reglamentaria es el referente a su contenido y alcance. Sin duda alguna, dicha potestad normativa está en directa relación con los poderes de orientación política, dirección, estructuración, regulación, diseño y fijación de directrices para el cometido de los fines estatales asignados a la administración; todo esto, como es obvio, dentro del contexto de los principios y parámetros constitucionales y legales respectivos. Es decir, la potestad normativa de la administración o de hacer normas rectoras de la actividad estatal, en cuanto privilegio funcional, es de naturaleza subordinada y dependiente de las normas de carácter superior. Sería absurdo pensar en la posibilidad de una potestad normativa de la administración ausente o inmune al principio de la legalidad.

10.15.- Por su parte, la Corte Constitucional, en diversos pronunciamientos, ha estudiado el contenido material de la potestad reglamentaria, sosteniendo que se trata de un tema siempre problemático y complejo, sobre todo en la definición de sus límites materiales frente a la ley; no obstante reconoce que, en lo que si hay consenso, es en que, en toda materia sometida por el Constituyente a reserva de ley, no se admite normativa reglamentaria de no haber sido tratada previamente por el legislador, pues es este el llamado a producirla y, en consecuencia, que la reglamentación de la administración depende directamente del texto legal, quedando habilitada la administración directa e intemporalmente, no de manera exclusiva el Presidente de la República, por la sola presencia y existencia de la ley, para ejercer la potestad reglamentaria que considera oportuna y necesaria con el propósito de cumplir, hacer viable y ejecutorio los postulados de la norma legal.

10.16.- Así, en opinión de la Corte, la potestad reglamentaria constituye un importante y trascendental ejercicio de elaboración material y objetivo de normatividad general tendiente hacer viable el cumplimiento de la ley, haciendo explícito lo implícito en ella, determinando dentro de los marcos legales circunstancias de tiempo, modo, lugar y demás aspectos técnicos, que en cada caso exige el cumplimiento de la ley⁴⁵.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencias C-557 y C-606 de 1992 (M.P.: Ciro Angarita Barón), C-228 de 1993 (M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa), C-022 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz), C-206 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo) y C-216 de 1994 (M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa), C-539 de 1995 (M.P.: Antonio Barrera Carbonell), C-100 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero), C-138 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo), C-433 (M.P.: Eduardo Cifuentes



10.17.- De manera concreta, tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional han definido un marco conceptual para el estudio y análisis del alcance y límites de la potestad reglamentaria en el derecho colombiano.

10.18.- Así, en cuanto a su alcance general el Consejo de Estado, consideró que “(...) *El numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política le asigna al Presidente de la República la atribución de “Ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”. La potestad reglamentaria es la expresión por excelencia de la función administrativa que ejerce el Presidente de la República. Es una facultad del gobierno para expedir normas generales, impersonales y abstractas para lograr la cumplida ejecución de las leyes. El acto reglamentario tiene su marco general en la ley para proveer la adecuada ejecución de ésta, precisando circunstancias o pormenores no contenidos en ella, por no haber sido regulados o por no ser de carácter sustancial. Ciertamente es imposible que la ley contenga todos los requisitos y pormenores indispensables para su cabal aplicación. No es posible que la ley tome en consideración los diversos casos particulares que se puedan comprender en determinada materia. La ley sienta los principios generales y el decreto reglamentario los hace operantes o los particulariza para hacer viable la aplicación de la ley. De consiguiente, so pretexto del ejercicio de la potestad reglamentaria mal puede ampliarse el ámbito de aplicación de la ley. El acto reglamentario debe aportar entonces los detalles, los pormenores de ejecución o aplicación de la ley; hace explícito lo implícito en ella; facilita su entendimiento y comprensión. Pero no puede extender su ámbito más allá de la ley. No es posible que el reglamento contenga normas que le están reservadas al legislador; no puede adicionar la ley, cambiarla, restringirla o recortarla en su esencia o sustancia; tampoco puede deslindar los límites de la potestad reglamentaria porque violaría, además de la ley, la propia constitución*”⁴⁶.

Muñoz), C-451 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo y Hernando Herrera Vergara) y C-629 de 1996 (M.P.: Carlos Gaviria Díaz), C-028 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero), C-290 (M.P.: Jorge Arango Mejía), C-350 (M.P.: Fabio Morón Díaz), C-428 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa) y C-512 de 1997 (M.P.: Jorge Arango Mejía), C-066 (M.P.: Fabio Morón Díaz y Alfredo Beltrán Sierra), C-302 (M.P.: Carlos Gaviria Díaz), C-372 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo), C-509 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo) y C-579 de 1999 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 9 de julio de 1996. Exp. 854, C.P.: Roberto Suárez Franco.



10.19.- Por otra parte, en relación con las acciones precisas de la administración para su desarrollo, esta Corporación ha señalado que la potestad reglamentaria debe “(...) entenderse como la facultad para expedir normas generales, impersonales y abstractas para lograr la cumplida ejecución de las leyes. De tal manera, el ejercicio de la facultad reglamentaria no puede desconocer el marco general de la ley, pues su ejercicio sólo se justifica en la medida en que, para proveer a la adecuada ejecución de ésta, se requiera precisar circunstancias o pormenores no contenidos en ella, por no haber sido regulados. En efecto, como resulta imposible que la ley contenga todas las previsiones indispensables para su cabal cumplimiento, corresponde al reglamento precisar los pormenores necesarios para la ejecución de la ley, es decir “hacer explícito lo implícito”⁴⁷.

10.20.- En cuanto a sus límites, esta Corporación ha indicado que “(...) el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria no puede dictar disposición alguna que viole una ley cualquiera, no sólo la que dice desarrollar o ejecutar sino todas las normas que tengan carácter legislativo (...)”⁴⁸ y que so pretexto de reglamentar una norma, el decreto reglamentario no puede, en ejercicio de la facultad mencionada, modificar, ampliar o restringir el sentido de la ley dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en las mismas, porque ello no sería reglamentar sino legislar⁴⁹.

10.21.- Así las cosas, se puede concluir, en primer lugar, que el alcance de la potestad reglamentaria varía en atención a la extensión de la regulación legal⁵⁰. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que:

“(...) [L]a doctrina y la práctica han demostrado que la potestad reglamentaria del ejecutivo es inversamente proporcional a la extensión de la ley. De suerte que, ante

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I. Sentencia del 21 de julio de 2001. Exp. 6378, C.P.: Olga Inés Navarrete Barrero. En este sentido, véase también, Sección I, Sentencia del 7 de junio de 2001. Exp. 6067, C.P.: Manuel Santiago Urueta Ayala y Sentencia del 28 de agosto de 1997. Exp. 4355, C.P.: Juan Alberto Polo Figueroa.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I, Sentencia del 15 de mayo de 1997. Exp. 4015-4068, C.P.: Juan Alberto Polo.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III. Auto del 2 de febrero de 2005. Exp. 28615, C.P.: Alíer Eduardo Hernández.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de agosto 21 de 2008, Exp.: 0294-04 y 0295-04, C. P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.



menos cantidad de materia regulada en la ley, existe un mayor campo de acción para el ejercicio de la potestad reglamentaria, y viceversa.

¿Qué factores determinan que ello ocurra?

En esencia, la mayoría de las veces, el ejercicio íntegro o precario de la potestad de configuración normativa depende de la voluntad del legislador, es decir, ante la valoración política de la materia a desarrollar, el Congreso de la República bien puede determinar que regula una materia en su integridad, sin dejar margen alguna a la reglamentación o, por el contrario, abstenerse de reglar explícitamente algunos aspectos, permitiendo el desenvolvimiento posterior de las atribuciones presidenciales de reglamentación para que la norma pueda ser debidamente aplicada.

No obstante, esta capacidad del Congreso para determinar la extensión de la regulación de una institución, tiene distintos límites que vienen dados por las especificidades de las materias objeto de dicha regulación. Así, por ejemplo, el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, somete a estricta reserva legal, entre otras, la regulación de materias tales como impuestos o leyes estatutarias. Para esta Corporación, es claro que la regulación de los elementos esenciales de materias sometidas a reserva de ley y que recaigan sobre asuntos administrativos, no son susceptibles de ser regulados a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, salvo en cuestiones accesorias y de detalle, so pena de contrariar disposiciones imperativas de raigambre Superior (C.P. arts. 152 y 338).”⁵¹

10.22.- Además, también es forzoso concluir que la potestad reglamentaria exige que el legislador previamente expida una regulación básica o “*materialidad legislativa*”⁵², con base en la cual el Gobierno promulgue la reglamentación correspondiente; “*si el legislador no define ese presupuesto normativo básico estaría delegando en el Gobierno lo que la Constitución ha querido que no sea materia de reglamento sino de ley, pues el requisito fundamental que supone la potestad reglamentaria es la existencia previa de un contenido legal por reglamentar*”⁵³.

10.23.- En otras palabras, la potestad reglamentaria no es absoluta, sus límites están determinados en la Constitución y la ley y, en consecuencia, el Ejecutivo no puede alterar o modificar el contenido y espíritu de la ley, “*ni puede reglamentar leyes que no ejecuta la administración, como tampoco puede desarrollar aquellas materias cuyo contenido está reservado al legislador*”⁵⁴.

10.24.- En este sentido, el Consejo de Estado ha establecido que la potestad reglamentaria se encuentra limitada por dos criterios, a saber: *la competencia y la*

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia C-432 de 2004. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

⁵² Corte Constitucional, Sentencia C-474 de 2003. M.P.: Eduardo Montealegre Lynnet.

⁵³ Corte Constitucional, Sentencia C-290 de 1997. M.P.: Jorge Arango Mejía.

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-028 de 1997. M.P.: Alfredo Martínez Caballero.



*necesidad*⁵⁵. El primero se refiere a la extensión de la regulación que el Legislador defiere al Ejecutivo “*de manera que le está prohibido, socapa de reglamentar la ley, adicionar nuevas disposiciones, por lo que debe entonces, para asegurar la legalidad de su actuación, limitarse al ámbito material desarrollado por el legislativo*”⁵⁶.

10.25.- De otra parte, la necesidad del ejercicio de la potestad reglamentaria se funda en el carácter genérico de la ley. Así, si la regulación legal agota el objeto o materia regulada, la intervención del Ejecutivo no deviene indispensable⁵⁷. En este sentido, la jurisprudencia de esta Corporación estableció que:

“Los límites del poder reglamentario de la Ley, los señala la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado; si los ordenamientos expedidos por el Congreso, suministran todos los elementos necesarios para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar y por consiguiente, no habrá oportunidad para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Pero, si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer la regulación de esos detalles”.⁵⁸

10.26.- Así mismo, para la Sala resulta oportuno señalar como la reserva de ley constituye un límite a la potestad reglamentaria. En relación con este tema, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, en primer lugar, se “*hace referencia a la prohibición general de que puedan establecerse restricciones a los derechos constitucionales fundamentales en fuentes diferentes a la ley*”⁵⁹.

10.27.- No obstante, la expresión “*reserva de ley*” también se utiliza como sinónimo de “*principio de legalidad*” o de “*cláusula general de competencia del Congreso*”, a partir de lo cual “*todos los temas pueden ser regulados por el órgano legislativo mediante ley y que la actividad de la administración, a través de su potestad reglamentaria, debe estar fundada en la Constitución cuando se trate de disposiciones constitucionales con eficacia directa, o en la ley*”⁶⁰.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de abril de 2010, Exp.: 36054, C.P.: Enrique Gil Botero.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de Septiembre 5 de 1997, Exp.: 8308. C. P.: Germán Ayala Mantilla y Sección Cuarta, Sentencia de mayo 5 de 2003. Exp.: 13212 C. P.: Ligia López Díaz.

⁵⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 21 de agosto de 2008, Exp. 0294-04 y 0295-04, C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-1262 de 2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶⁰ *Ibidem*.



10.28.- Igualmente, la reserva de ley define aquellos eventos en los que el constituyente insta al legislador a regular determinadas materias en razón de su trascendencia⁶¹.

10.29.- El efecto de la reserva de ley se traduce en *“la obligación de que las prescripciones normativas que regulen materias propias de esa técnica, consten en disposiciones que pertenezcan a cuerpos normativos de rango legal”*⁶², lo cual implica que tales materias únicamente pueden ser reguladas por el Ejecutivo en razón de una ley de facultades extraordinarias o de decretos legislativos de estados de excepción, pero nunca a través de la potestad reglamentaria del Gobierno⁶³:

*“La técnica de reserva de ley se refiere a la exigencia, dentro del ordenamiento jurídico, que ciertas materias se regulen necesariamente mediante normas con fuerza de ley. Dicho de otra manera, los asuntos reservados a las normas legislativas, no pueden ser regulados mediante decretos reglamentarios ni resoluciones. ... todos los preceptos constitucionales en los que existe reserva de ley imponen la obligación que los aspectos principales, centrales y esenciales de la materia objeto de reserva estén contenidos (regulados) en una norma de rango legal. Es decir, en la ley en cualquiera de las variantes que pueden darse en el Congreso de la República, decretos leyes, o decretos legislativos. Las materias que son objeto de reserva de ley pueden ser ‘delegadas’ mediante ley de facultades extraordinarias al Ejecutivo para que sea éste quien regule la materia mediante decretos leyes. Pero las materias objeto de reserva de ley no pueden ser ‘deslegalizadas’, esto es, el legislador no puede delegar al Ejecutivo que regule esa materia mediante reglamento, en desarrollo del artículo 189.11 de la Constitución”*⁶⁴.

10.30.- Así las cosas, el Legislador puede delimitar una materia y permitir que se desarrolle y concrete mediante actos administrativos, siempre y cuando no se trate de asuntos amparados con reserva legal⁶⁵.

10.31.- Ahora bien, en materia de derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha considerado que los límites de la potestad reglamentaria deben ser mayores. Así, la Corte sostuvo que *“(...) en materia de derechos fundamentales el único órgano competente para establecer limitaciones es el Congreso de la República. La reserva de ley en materia de regulación de derechos fundamentales, como el derecho al trabajo o el derecho a escoger y ejercer profesión u oficio, constituye una de las primordiales*

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Cita en la cita: “Las normas con rango de ley en nuestro ordenamiento jurídico son: la leyes expedidas por el Congreso en cualquiera de sus modalidades (arts 150, 151 y 152 C.N), los decretos con fuerza de ley expedidos por el Ejecutivo con fundamento, tanto en normas constitucionales (por ejemplo arts. 212, 213 y 215 C.N), como en las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso (art 150.10 C.N) y demás decretos leyes, tales como los que se dictan en virtud del artículo 241 de la Constitución, entre otros.”

⁶³ Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 2009. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-1265 de 2005. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencias C-570 de 1997. M.P.: Carlos Gaviria Díaz y C-1191 de 2001, M.P.: Rodrigo Uprimny Yepes.



*garantías de estos derechos, frente a posibles limitaciones arbitrarias de otros poderes públicos o de particulares. Así, las materias reservadas no pueden ser objeto de transferencia, pues con ello se estaría vulnerando la reserva de ley establecida por la propia Constitución*⁶⁶.

10.32.- Por último, cabe señalar que la potestad de reglamentaria, puede ser trasladada o reconocida a otros organismos de la administración a través de la expedición de actos generales para cumplir o hacer cumplir la ley. Así lo ha señalado el Consejo de Estado:

*“(...) El Presidente de la República es, sin duda, el titular constitucional de la potestad reglamentaria, pero ello no obsta para que dentro de su ámbito de competencia y nivel de subordinación jerárquica y normativa, las demás autoridades administrativas adopten medidas de carácter general a fin cumplir o hacer cumplir las disposiciones superiores relativas a los asuntos a su cargo. Las autoridades administrativas, como lo ha precisado esta Corporación, están investidas de las facultades o potestades propias de la administración, dentro de las cuales está justamente la reglamentaria, de allí que los actos administrativos generales pueden emanar de cualquier autoridad administrativa, en lo que concierna a los asuntos a su cargo*⁶⁷.

11.- Sujeción de la Administración a los principios y valores constitucionales. Fines constitucionales de la contratación estatal.

11.1.- 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”*.

⁶⁶ Sentencia C-606 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón.

⁶⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección II, Sentencia del 19 de agosto de 2004. exp. 2473-1, C.P.: Alberto Arango Mantilla.



11.2.- 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 constitucional⁶⁸, 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.

11.3.- 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 acción⁶⁹.

11.4.- 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

⁶⁸ 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.

⁶⁹ 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.



con la actividad de la Administración, predeterminando para ella senderos forzosos de actuación, y marcos sustanciales de contención a la arbitrariedad.”⁷⁰.

11.5.- Y justamente la contratación estatal es uno de aquellos instrumentos con que cuenta la Administración para el cumplimiento de los fines constitucionales del Estado⁷¹, razón por la cual durante las etapas de estructuración, proyección o planeación⁷² 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 general⁷³.

11.6.- 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

⁷⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Procedimientos administrativos y tecnología. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2011, p. 137.

⁷¹ “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.

⁷² 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.

⁷³ “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.



necesidades de la comunidad y de proteger lo que a todos nos pertenece; de aquí su carácter teleológico y finalístico”⁷⁴.

11.7.- 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”*.

11.8.- 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.”⁷⁵

12.- Contratación con arreglo a Acuerdos Marco de Precios. Aspectos liminares⁷⁶.

12.1.- Siendo que el presente asunto versa sobre la solicitud de suspensión provisional de efectos jurídicos de dos apartes del artículo 2.2.1.2.1.2.9. del Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015 dictado por el Departamento Nacional de Planeación y que trata sobre

⁷⁴ 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.

⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 24 de abril de 2013, exp. 27315.

⁷⁶ Este apartado recoge, en lo pertinente, lo dicho en el auto de 4 de septiembre de 2015 Exp. 54549, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



los Acuerdos 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.

12.2.- Así, conforme a las definiciones legales⁷⁷ 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.

⁷⁷ 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 2.2.1.1.1.3.1 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.



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 y se pretende la agregación de demanda⁷⁸ 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 pública⁷⁹.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ 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,



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.

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 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.”⁸⁰ (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”⁸¹. Se distingue, a su vez, entre acuerdos marco abiertos y cerrados dependiendo ello de la posibilidad (o no)

⁸⁰ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Anuario de la CNUDMI 2009, vol. X, pág. 206.

⁸¹ CNUDMI. Ley Modelo sobre la Contratación Pública. Artículo 2º. 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 primigenio⁸².

12.13.- Igualmente, en el ámbito Europeo, se cuenta con la Directiva 2014/24/UE⁸³ 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 Chile⁸⁴, Costa Rica⁸⁵, Ecuador⁸⁶, España⁸⁷, México⁸⁸, Panamá⁸⁹, Perú⁹⁰, Uruguay⁹¹, entre otros países.

⁸² *Ibíd.*

⁸³ 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.

⁸⁴ 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.

⁸⁵ 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.

⁸⁶ 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.

⁸⁷ 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 periodo 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 patrimoniales⁹², ii) son promovidos y suscritos por la Agencia Nacional de Contratación Estatal Colombia Compra Eficiente⁹³, iii) tales acuerdos recaen sobre precios, términos y condiciones contractuales respecto de bienes y servicios de características técnicas uniformes⁹⁴⁻⁹⁵, 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.

⁸⁸ 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.

⁸⁹ 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.

⁹⁰ 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.

⁹¹ Decreto Reglamentario 42 015 de 27 de enero de 2015. [Reglamentario de la Ley 18834 de 4 de noviembre de 2011] Artículo 1º. 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.

⁹² 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.

⁹³ 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 2º de la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con los procedimientos que se establezcan para el efecto.

⁹⁴ Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.1.1.3.1. 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.

⁹⁵ 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 nacional⁹⁶, 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 Marco⁹⁷, 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 pública⁹⁸, 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 precios⁹⁹.

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 comercial debe corresponderse con los principios constitucionales y legales de función

⁹⁶ 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.

⁹⁷ 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.

⁹⁸ 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.

⁹⁹ 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.**¹⁰⁰ (Resaltado propio).

13.- El contenido y alcance del aparte respecto del que se solicita la suspensión provisional de efectos.

13.1.- Los apartes demandados del artículo 2.2.1.2.1.2.9 se encuentra incluida dentro del Decreto 1082 de 26 de mayo 2015 *“por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional”* y se ubica en el Libro 2 “Régimen reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”, Parte 2 “Reglamentaciones”, Título 1 “Contratación Estatal”, Capítulo 2 “Disposiciones Especiales del Sistema de Compras y Contratación Pública”, Sección 1 “Modalidades de Selección”, Subsección 2 “Selección Abreviada. Disposiciones comunes para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes”. La redacción de la norma y los apartes demandados es del siguiente tenor:

“Decreto 1082. 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

¹⁰⁰ 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.



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. Las Entidades Estatales no deben exigir las garantías de que trata la Sección 3 del presente capítulo, que comprende los artículos 2.2.1.2.3.1.1 al 2.2.1.2.3.5.1 del presente decreto, en las órdenes de compra derivadas de los Acuerdos Marco de Precios, a menos que el Acuerdo Marco de Precios respectivo disponga lo contrario. (Decreto 1510 de 2013, artículo 48)” (Apartes subrayados objeto de la demanda).

13.2.- Una detenida y plausible lectura del inciso segundo del artículo en cita permite afirmar que está compuesto por tres enunciados normativos de carácter estrictamente imperativo, consistiendo en dos mandatos y una prohibición. Obsérvese: **i)** Deber de las Entidades públicas obligadas, de acuerdo a lo indicado en el Decreto, a “suscribir” el Acuerdo Marco de Precios; tal como se advierte con el enunciado reglamentario “*está obligada a suscribir*”, de donde se sigue que se trata de un auténtico enunciado normativo de mandato, que no mera permisión por cuanto no le asiste libertad a la Entidad cuando se cumpla el estado de cosas prefijado, **ii)** Deber de las Entidades Estatales de proceder a ello según la forma como lo disponga Colombia Compra Eficiente y colocar la orden de compra en los términos establecidos en el Acuerdo Marco de Precios; como se desprende de los enunciados “*en la forma que ...*” y “*en los términos establecidos...*” correspondiendo a un mandato que circunscribe la posibilidad de llevar a cabo de manera exitosa la operación comercial siempre que se satisfagan las exigencias y formas allí previstos y **iii)** Prohibición a las entidades estatales de exigir garantías contractuales salvo que en el Acuerdo Marco de Precios se disponga lo contrario, esto es, se trata de un precepto imperativo de prohibición.

De los enunciados normativos señalados el actor dirigió su demanda, y por contera la solicitud de medida cautelar, contra los apartados ii) y iii).

14.- Caso concreto.

14.1.- En el presente asunto la parte demandante pretende la suspensión provisional de efectos jurídicos de dos apartes del artículo de marras. Adujo que tales enunciados



violaban los artículos 1°¹⁰¹, 6°¹⁰², 211¹⁰³, 189.11¹⁰⁴ de la Constitución Política y el artículo 2°, núm. 2¹⁰⁵ y el artículo 7°¹⁰⁶ de la Ley 1150 de 2007.

¹⁰¹ Artículo 1°. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, 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.

¹⁰² Artículo 6°. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

¹⁰³ Artículo 211. La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.

La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente.

La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios.

¹⁰⁴ Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...) 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

¹⁰⁵ Ley 1150 de 2007. Artículo 2o. De las modalidades de selección. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

2. Selección abreviada. La Selección abreviada corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.

El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

Serán causales de selección abreviada las siguientes:

a) La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.

Para la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos;

¹⁰⁶ Ley 1150 de 2007. Artículo 7o. *De las garantías en la contratación.* Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales.

El Gobierno Nacional señalará los criterios que seguirán las entidades para la exigencia de garantías, las clases y niveles de amparo de los riesgos de los contratos, así como los casos en que por las características y complejidad del contrato a celebrar, la garantía pueda ser dividida teniendo en cuenta las etapas o riesgos relativos a la ejecución del respectivo contrato.

El acaecimiento del siniestro que amparan las garantías será comunicado por la entidad pública al respectivo asegurador mediante la notificación del acto administrativo que así lo declare.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.



14.2.- Motivó la petición de suspensión provisional en que el Gobierno Nacional no reglamentó la denominada operación secundaria que tiene lugar en el Acuerdo Marco de Precios sino que delegó tal labor a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, ello en cuanto al primer apartado sobre el que recae la demanda. Por otra parte, alegó que el reglamento excedió su competencia al agregar una excepción a la obligación de exigir garantías contractuales, en lo que corresponde al segundo apartado enjuiciado.

14.3.- Conforme al anterior marco teórico, encuentra el Despacho que la medida cautelar solicitada por el demandante no tiene vocación de prosperar, por cuanto no encuentra configurada, desde una aproximación analítica inicial, una contradicción normativa entre el precepto enjuiciado y las normas que se dicen violentadas.

14.4.- En efecto, devine relevante tomar en cuenta que Colombia Compra Eficiente, Agencia Nacional de Contratación Estatal, fue creada mediante Decreto-Ley 4170 de 2011, esto es, mediante una norma jurídica de rango superior en relación con el Decreto 1082 de 2015, donde se encuentra alojado el artículo demandado.

14.5.- En ese acto jurídico de creación se estableció, *inter alia*, la competencia de Colombia Compra Eficiente, para “*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*”, conforme a las voces del artículo 3°, numeral 7°.

14.6.- Así, se encuentra una norma de competencia que radica en cabeza de Colombia Compra Eficiente las funciones concernientes a *diseño, organización y celebración* de los Acuerdos Marco de Precios, esto es, deviene facultada esa Entidad estatal para ejercer las atribuciones allí enunciadas. Súmese a lo dicho que ya la Ley 1150 de 2007 había encomendado, en el artículo 2°, parágrafo 5°, inciso cuarto, al Gobierno Nacional



señalar “*la entidad o entidades que tendrán a su cargo el diseño, organización y celebración de los acuerdos marco de precios.*”.

14.7.- Baste decir, por tanto, que en uso de tales atribuciones a esa Entidad le corresponde ejercer todas aquellas labores inherentes o necesarias para el cabal y adecuado cumplimiento del rol misional otorgado por el Legislador y el Gobierno Nacional en relación a la figura de los Acuerdos Marco de Precios, como se puede comprender con los términos *diseño, organización y celebración*, establecidos en los preceptos arriba comentados.

14.8.- Tales verbos rectores (diseñar, organizar, celebrar) dotan de contenido jurídico sustantivo la labor encomendada a Colombia Compra Eficiente pues, en suma, implican garantizar la operatividad, ejecución, puesta en marcha o realización efectiva de la figura de los Acuerdos Marco de Precios, estando los tres verbos imbricados y enderezados a un cometido común.

14.9.- Así, el diseño, que significa “*proyecto, plan para configurar algo*”¹⁰⁷, dice relación con el establecimiento de las bases de estructuración de los Acuerdos Marco de Precios, esto es, corresponde a la arquitectura y trazado de los cimientos económicos, técnicos y jurídicos sobre los cuales se edificará la estructura operativa dinámica de estos negocios; tal enunciación obliga a posar la mirada, indefectiblemente, sobre uno de los principios constitucionales que permea la contratación estatal cual es el de planeación, que no hace más que defender y garantizar la vigencia del interés general, exigir racionalización y ordenación de la acción estatal y adecuado uso del recurso público. Sobre este principio se ha dicho:

“En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir, que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado. En otras

¹⁰⁷ Real Academia de la Lengua Española. Diccionario de la lengua española. Entrada “diseño”. Consultado en el sitio web: <http://dle.rae.es/?id=DuKP0H9> información obtenida el 5 de mayo de 2016.



palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.”¹⁰⁸

14.10.- Es en virtud del principio de planeación que compete a las Entidades Estatales explorar las contingencias del negocio, identificar los riesgos que pueden tener lugar en la fase precontractual y en la ejecución del mismo, establecer instrumentos de respuesta a tales eventualidades y abordar una composición jurídica completa y detallada del objeto contractual de modo que el contenido negocial comprenda las estipulaciones necesarias para la satisfacción de las necesidades estatales. Ello encuentra correspondencia, a nivel legislativo, en lo preceptuado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 cuando refiere al contenido del contrato estatal en su inciso primero así: *“Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza”*, quiere decir esto no otra cosa diferente a que las partes incorporarán todo aquel clausulado que sea necesario para la satisfacción del objeto contractual pactado, cuestión a la que sólo se puede llegar, ciertamente, luego de una ponderada y juiciosa planeación del negocio, como no puede ser de otro modo.

14.11.- Finalmente, también en sede de planeación del negocio, no escapa a este escenario la satisfacción de una cuestión que deviene fundamental para que los Acuerdos Marco logren armonizar su operatividad y lógica de funcionamiento interno con ciertos principios constitucionales: el respeto y garantía a la libertad de empresa en el ámbito de estructuración de los pliegos de condiciones y participación en la etapa precontractual. Es claro el mandato constitucional que se erige a partir de los artículos 333 y 334 y que reconocen la iniciativa privada, imponen el deber de impedir la obstrucción o restricción a la libertad económica, evitar abusos derivados de posición dominante, entre otras posiciones jurídicas protegidas¹⁰⁹, máxime cuando se toma nota

¹⁰⁸ 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 de Madrid. 2010, p. 415.

¹⁰⁹ “9.6.- Así y entendiéndose 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 una actividad económica lícita”¹⁰⁹, 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 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.



del potencial riesgo de generación de monopolios u oligopolios en el mercado en detrimento de los postulados que surgen de la *Constitución Económica*, razón por la cual en el campo de planeación y estructuración del negocio corresponde a Colombia Compra Eficiente establecer mecanismos idóneos y necesarios para incentivar y garantizar tales libertades en el contexto precontractual de los Acuerdos Marco de Precios, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas.

14.12.- Por otra parte, la palabra organizar, que significa “*Establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando las personas y los medios adecuados*”¹¹⁰ en relación con el tema aquí tratado no dice cosa diferente el deber de Colombia Compra Eficiente de establecer todas aquellas medidas de naturaleza tecnológica, logística, asistencial y de soporte dirigidas a hacer operativo el clausulado contractual surgido a partir de los Acuerdos Marco de Precios, esto es, que las entidades estatales puedan servirse de los bienes o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización contratados. Tal cosa adquiere dimensiones de la mayor importancia cuando se toma en consideración la singular complejidad de los Acuerdos Marco en razón al número de entidades beneficiarias que pueden servirse del Acuerdo, el tiempo por el cual se extiende la vigencia de tal contrato, la plataforma tecnológica que permita concretar las órdenes de compra de las entidades estatales beneficiarias, entre otras cuestiones.

14.13.- Y es atendiendo a la naturaleza jurídica singular de los Acuerdos Marco que se advierte que la denominada “*operación secundaria*”, constituye en puridad la fase operativa o de ejecución de los mismos, razón por la cual, se insiste, se trata de un ámbito que por disposición legal corresponde configurar al organismo centralizado de compras públicas (Colombia Compra Eficiente) quien tiene el deber de generar los

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.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de 4 de septiembre de 2015, Exp. 54549.

¹¹⁰ Real Academia de la Lengua Española. Diccionario de la lengua española. Entrada “organizar”. Consultado en el sitio web: <http://dle.rae.es/?id=RBn9hgq> información obtenida el 5 de mayo de 2016.



medios idóneos y necesarios para el desarrollo del objeto contractual pactado a partir de las concretas órdenes de compra que cada entidad pública emita al amparo de un Acuerdo.

14.14.- Esto lleva a puntualizar una cuestión básica pero fundamental para el entendimiento de la figura de los Acuerdos Marco. Tanto aquello que se suele denominar como “operación primaria” y “operación secundaria” hacen parte de un todo único e inescindible, un solo negocio jurídico y si a Colombia Compra Eficiente se le ha encomendado el diseño, organización y celebración de los mismos, lo que se deduce sin mayor esfuerzo es que es esa Entidad la que, en cada situación particular, debe establecer términos, modalidades y condiciones con los cuales se permita la suscripción de estos negocios y su ejecución.

14.15.- Si organización dice relación con medios y fines, salta a la vista que para que ello pueda ser así se requiere de una debida estructuración de todas las etapas del negocio jurídico, pues sólo ello permitiría determinar el instrumental técnico, logístico, jurídico que cada Acuerdo demanda para su adecuada ejecución, pues las necesidades y circunstancias aplicativas variarán atendiendo el tipo de bien o servicio contratado y las particularidades de las necesidades estatales.

14.16.- En suma, se trata de una competencia de organización del servicio que permita hacer realidad los principios de economía, celeridad y eficacia que, sin duda, inspiraron al legislador cuando estructuró la modalidad de contratación de selección abreviada concretamente la del inciso segundo del literal a) del numeral segundo del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007.

14.17.- Finalmente, por *celebrar* se entiende “*realizar un acto formal con las solemnidades que este requiere*”¹¹¹, de donde se sigue que la Ley atribuyó expresamente a Colombia Compra Eficiente la competencia para suscribir este tipo de negocios jurídicos, en su condición de ente centralizado de compras públicas.

¹¹¹ Real Academia de la Lengua Española. Diccionario de la lengua española. Entrada “celebrar”. Consultado en el sitio web: <http://dle.rae.es/?id=88quctH> información obtenida el 5 de mayo de 2016.



14.18.- Las anteriores reflexiones constituyen fruto no solo de una interpretación textual de ciertos preceptos jurídicos, sino también ha recurrido este Despacho a principios constitucionales que inspiran y rigen el ámbito de la contratación estatal y que, por ende, deben ser observados en el específico campo de los Acuerdos Marco de Precios y ha apelado, también, a la interpretación sistemática integrando en su lectura enunciados normativos necesarios para comprender en sentido, alcance y/o finalidad de la figura en comento.

14.19.- Y es que sobre esta cuestión debe decirse que aun cuando es cierto que el punto de partida o inicial en el ejercicio interpretativo lo constituye la aproximación textual, donde corresponde desentrañar significados de las palabras conforme a ejercicios sintácticos y semánticos, no menos cierto es que tal ejercicio hermenéutico, aun cuando necesario, no deviene en suficiente pues los partícipes de la comunidad jurídica deben tomar en consideración e imprimir a los textos jurídicos aquellos sentidos que en la mejor medida de las posibilidades logran correspondencia con los principios y valores del ordenamiento jurídico, la finalidad objetiva perseguida por el legislador y la interacción que surge entre el enunciado interpretado y demás preceptos jurídicos para extraer lecturas que guarden sentido de coherencia y armonía con el universo normativo al que pertenece. Vale la pena citar sobre este particular un reciente pronunciamiento de esta Sala de Subsección donde se abordaron algunas cuestiones relativas a la interpretación:

“3.17.- Recapitulando, la Sala entiende que el ejercicio interpretativo es necesario como paso previo en la aplicación del derecho. Igualmente, entiende que la interpretación textual de las normas jurídicas parte de un lugar común indiscutible: para interpretar la Ley es necesario comprender el sentido de las palabras que conforman sus enunciados. Sin embargo, la interpretación textual afronta objeciones que dicen relación con la objetividad de las palabras de la Ley. Además, el simple hecho de obtener significados no disputados de las palabras de una norma no constituye razón suficiente para la atribución de significado, pues es necesario tener en cuenta los principios y valores convencionales y constitucionales y su efecto irradiador sobre el ordenamiento inferior.
 (...)”

4.1.7.- En este orden de ideas, vale la pena destacar que el razonamiento jurídico se presenta como un caso especial del razonamiento práctico, es decir, el enfocado a discutir enunciados normativos como aquello que es prohibido permitido u ordenado¹¹²

¹¹² Señala Peczenik al respecto: “La argumentación jurídica da respuesta a cuestiones prácticas, es decir, decide lo que uno hará o puede hacer.”. PECZENIK, Aleksander. Derecho y razón. México, Editorial Fontamara, 2000 p. 12



pero a luz del sistema jurídico vigente¹¹³, que descansa en la formulación de proposiciones y argumentos tendientes a demostrar la justificación de las premisas que constituirán el sustento de la decisión adoptada¹¹⁴, procedimiento éste que puede ser intersubjetivamente controlado por los potenciales destinatarios de la decisión, ofreciendo certeza jurídica¹¹⁵; es por ello que se ha sostenido que el discurso jurídico conlleva una pretensión de corrección que implica que lo decidido “en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente pueda ser racionalmente fundamentado”¹¹⁶.

4.1.8.- Sin embargo, la interpretación en el marco del constitucionalismo trata de un proceso continuo e inacabado que tiene lugar en el marco de una cadena interpretativa que parte desde el momento mismo de la promulgación de un determinado cuerpo normativo y se extiende durante todo el momento en que los partícipes de la práctica jurídica han hecho uso de diversos recursos argumentativos para cumplir con su deber de extraer de dichas normas la mejor lectura posible conforme a los principios constitucionales que fundamentan un sistema jurídico; tal como lo señala Dworkin quien precisa que

“Cada juez debe verse a sí mismo, al sentenciar un nuevo caso, como un eslabón en la compleja cadena de una empresa en la que todas aquellas innumerables sentencias, decisiones, estructuras, convenciones y prácticas son la historia. Su responsabilidad es continuar esa historia hacia el futuro gracias a su labor de hoy. “debe” interpretar lo que ha venido ocurriendo porque tiene la responsabilidad de hacer progresar esa empresa que tiene entre manos antes que tomar de golpe por su propio camino. De manera que debe establecer, en acuerdo a su propio juicio, hasta dónde habían llegado las decisiones previas, cuál era el asunto primordial o tema de la práctica hasta ese punto y todo esto tomado como un conjunto integral.”¹¹⁷.”¹¹⁸

¹¹³ Alexy señala que se trata de un caso especial en tanto que i) se discuten cuestiones prácticas “sobre lo que hay que hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho u omitido”, ii) la discusión se efectúa a la luz de la pretensión de corrección y iii) por corresponder a una discusión jurídica, ésta se presenta bajo condiciones de limitación. ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. 2ª edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 207

¹¹⁴ Al respecto Taruffo señala: “...los juicios de valor pueden ser justificados a partir de hacer explícito el criterio de valoración utilizado, y sobre todo demostrando que, a partir de ese criterio de valoración, derivan como consecuencia lógica diversas ponderaciones específicas en el caso, lo que indica que también existe una lógica de los juicios de valor:

Ahora bien, regresando al tema de la necesaria obligación de que la motivación sea completa, podemos derivar que también los juicios de valor que el juez formula, y que pos supuesto condicionan la forma en la cual toma la decisión, deben ser justificados.” TARUFFO, Michele. Proceso y decisión. lecciones mexicanas de Derecho Procesal. Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 102-103.

¹¹⁵ “En resumen, en una sociedad moderna la certeza jurídica cubre dos elementos diferentes (a) en el razonamiento jurídico ha de evitarse la arbitrariedad (principio del Estado de Derecho) y (b) la decisión misma, el resultado final, debe ser apropiado. De acuerdo con el punto (b), las decisiones jurídicas deben estar de acuerdo no solo con el Derecho (formal), sino que también tienen que satisfacer criterios de certeza axiológica (moral). (...) El proceso de razonamiento debe ser racional y sus resultados deben satisfacer las demandas de justicia. Además, si una decisión no es aceptable tampoco puede ser legítima – en el sentido amplio de la palabra.” AARNIO, Aulis. P. 26. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. En: Revista Doxa, No. 8 (1990), p. 23-38, especialmente 26.

¹¹⁶ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. *Ibíd.* p. 208.

¹¹⁷ DWORKIN, Ronald. “Cómo el derecho se parece a la literatura” En: RODRÍGUEZ, Cesar (Ed.) La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin, Bogotá, Editorial Siglo del Hombre, 1997, p. 167. Un caso Una postura similar a la tesis defendida por Dworkin se expone por parte de Carlos Santiago Nino, quien sostiene que “Sería irracional para un juez resolver un caso como si estuviera creando todo el orden jurídico con su decisión o incluso el orden jurídico relativo a la cuestión bajo examen. El juez debe considerar las expectativas creadas por decisiones de legisladores y jueces en el pasado para que sus conclusiones armonicen con las decisiones simultáneas de sus colegas.” NINO, Carlos Santiago. La constitución de la democracia deliberativa. Barcelona, Gedisa, 1997, p. 54-55.

¹¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Fallo de 20 de 20 de abril de 2016, Exp. 50219.



14.20.- Lo anterior se cita y trabaja en este pronunciamiento por cuanto resulta de capital importancia que las partes e intervinientes tomen en consideración el profundo y sustantivo contenido normativo que emana de lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007 y el Decreto Ley 4170 de 2011 sobre las funciones de Colombia Compra Eficiente respecto de los Acuerdos Marco de Precios. No puede soslayar este Despacho que estos dos cuerpos normativos hicieron especial énfasis en tres verbos rectores que guían el marco de acción de esa entidad: diseñar, organizar y celebrar. Interpretados estos enunciados a partir de un efecto útil y lógico conforme a la pretensión del legislador al instaurar los Acuerdos Marco de Precios se sigue que de allí surge un precioso contenido normativo concreto de donde resulta empoderada esa entidad como auténtico ente rector de ese sistema de compras públicas y, como tal, le asisten deberes necesarios para estructurar, planear, operativizar y ejecutar el contenido jurídico-obligacional de tales contratos conforme a los principios y valores de la contratación estatal.

14.21.- Pretender leer los apartes de la norma demandada de manera aislada, al margen de demás disposiciones constitucionales y legales que guardan estrecha relación con el asunto tratado no es más que un intento vano de mostrar una contradicción normativa aparente que sólo viene a disolverse cuando se emplean herramientas de interpretación jurídica de integran, ponderan y buscan un sentido lógico y coherente al sistema jurídico.

14.22.- De tal manera que no resulta exagerado si se afirma que esa Agencia opera como el ente rector de un nuevo modelo de compras públicas estructurado a partir de la identificación, planeación y estructuración de negocios de alta complejidad financiera, técnica y jurídica pues, como se revisó en apartes precedentes, el modus operandi del Acuerdo Marco de Precios, en tanto contrato, lleva aparejada dentro de su naturaleza la identificación de necesidades comunes a varias Entidades Estatales, la valoración técnica, económica y demás de fórmulas de respuesta (bienes y servicios) a esa demanda, la estructuración interdisciplinar de las aristas del negocio jurídico marco, selección de los oferentes que satisfagan las condiciones prefijadas, exigencias que deben encontrarse en consonancia con la libre iniciativa privada, y la ejecución del



contrato acompañando a las Entidades Estatales en la operativización del Acuerdo por medio de concretas órdenes de compra.

14.23.- Por consiguiente, si no se entiende en este sentido esta novedosa figura contractual, conforme a las complejidades que emanan de su naturaleza singular, se tornaría incoherente con la finalidad que el legislador quiso imprimirle a esta institución. Ya en páginas precedentes se dejó sentada las potencialidades y beneficios que para la contratación estatal y los principios de la función administrativa reportaría el adecuado uso de esta figura jurídica, corresponde entonces a la autoridad encargada de diseñar, organizar y celebrar estos negocios concretar estos principios de acción de cada uno de los Acuerdos Marco que se planeen, estructuren, celebren y ejecuten.

14.24.- Integrada estas premisas normativas al análisis preliminar en sede cautelar, se advierte que lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.1.2.9 guarda relación con un desarrollo reglamentario inherente a la figura de los Acuerdos Marcos de Precios, donde precisa elementos relativos a la operatividad de ese instrumento. No es, entonces, el Decreto 1082 de 2015 la fuente normativa que de modo primario otorga competencia a Colombia Compra Eficiente, por el contrario tal fundamento se ubica tanto en la Ley 1150 de 2007, como, de manera más concreta, en el Decreto Ley 4170 de 2011. Dicho con otras palabras, lo allí reglamentado no es más que una consecuencia directa de la facultad entregada por el Legislador y el Gobierno Nacional (fungiendo como legislador extraordinario) a Colombia Compra Eficiente para la ejecución de Acuerdo Marco de Precios.

14.25.- Definida la fuente normativa a partir de la cual emana la competencia para Colombia Compra Eficiente en relación con los Acuerdos Marco de Precios debe abordarse lo relacionado a los cargos a partir de los cuales el actor y los intervinientes apoyan la petición suspensoria.

14.26.- En cuanto al primer apartado, censura el actor que el Gobierno Nacional no reglamentara lo concerniente a la denominada “operación secundaria” en el seno de los Acuerdos Marco de Precios y agrega que por el contrario delegó esa competencia



reglamentaria en Colombia Compra Eficiente, de allí la contradicción con el universo jurídico superior invocado en el libelo demandatorio y petitorio de medida cautelar.

14.27.- Al respecto, este Despacho no encuentra suficientes elementos de juicio que le lleven al convencimiento en torno a la contradicción normativa entre el aparte reglamentario estudiado y las disposiciones invocadas. Ello por cuanto no aprecia, en el ámbito de este escenario preliminar, que con los términos *“en la forma que Colombia Compra Eficiente disponga (...) en los términos establecidos en el Acuerdo Marco de Precios”* se le extienda de manera irregular a esa entidad la potestad reglamentaria, esto es, la de dictar normas generales, impersonales y abstractas que, como expresión de función administrativa, concreten los abstractos enunciados de la Ley para su operatividad y marcha en la realidad.

14.28.- Por el contrario, como arriba se advirtió, en virtud de los deberes de “diseño” y “organización” que corresponden a Colombia Compra Eficiente respecto de los Acuerdos Marco, resulta apenas lógico que los términos y condiciones sean aquellos que sean establecidos en el contenido de tales negocios jurídicos, pues es a partir de las atribuciones legales encomendadas a esa Entidad y la estructuración, planeación y necesidad a satisfacer en cada caso lo que determinará el modo de proceder por cada entidad estatal para poder operativizar las órdenes de compra que pongan en marcha tales Acuerdos Marco, pues a partir de la organización se establecen condiciones y formas para garantizar la ejecución contractual.

14.29.- Corresponde, entonces, a un terreno contractual propiamente dicho y no reglamentario. Es, entonces, contenido jurídico particular¹¹⁹, que no general, surgido de un acuerdo de voluntades, más no de un acto unilateral, dirigido a impactar sobre determinados sujetos, esto es, las entidades obligadas en virtud de la Ley a observar los Acuerdos Marco de Precios, que no impersonal y delimitado en el tiempo, no intemporal.

¹¹⁹ Aun cuando es cada entidad estatal singularmente quien particulariza con las órdenes de compra los bienes y/o servicios a adquirir es claro que los Acuerdos Marco de Precios constituyen con contenido jurídico particular en el entendido que allí se determinan con ciertos proveedores términos particulares de prestación de un servicio o adquisición de bienes: esto es, se concretan condiciones de oferta.



14.30.- Resta reiterar, en este punto, la obligatoria presencia de los principios que rigen la contratación estatal y la función administrativa, de manera que en el ámbito de la competencia de Colombia Compra Eficiente en cuanto a la planeación, estructuración, celebración y ejecución de los Acuerdos Marco de Precios, éstos no pueden ser soslayados so pena de contravenir el ordenamiento jurídico superior. Ello es así por la sencilla razón de que al negocio jurídico se incorporan todas aquellas normas (reglas y principios, imperativas y dispositivas) que guardan relación con el contrato, sin embargo, es preciso señalar que esta integración también hace presencia en el escenario precontractual desde el momento de estructuración del negocio jurídico, por cuanto el principio de planeación invita a integrar jurídicamente en esta etapa la normativa jurídica necesaria para garantizar la completitud y operatividad de esta fase previa a la celebración del contrato propiamente dicho.

14.31.- Ya el precedente de esta Subsección ha tenido oportunidad de referirse sobre la integración del negocio cuando ha abordado lo relativo a las labores que deben emprenderse para establecer los derechos y obligaciones que surgen para las partes en razón de un negocio jurídico:

“La tercera es la integración del negocio jurídico que consiste en incorporarle toda aquella regulación que no tiene su fuente en el acuerdo de las partes sino en la ley y en general en las restantes fuentes del derecho externas al contrato, tales como los principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos o costumbres como también se les llama.

En lo que atañe a la integración de la ley al contrato debe decirse que han de incorporarse no sólo las normas legales imperativas sino también las dispositivas, teniendo en cuenta que las primeras tienen que anidarse de manera ineludible e inmediata en el contrato, independientemente del querer de las partes, mientras que las segundas han de integrarse a falta de estipulación o de acuerdo en contrario de los contratantes, razón por la que en este último caso se dice que estas normas supletivas colman los vacíos dejados por los disponentes pero sólo aquellos que no puedan ni deban ser llenados con los criterios de la hermenéutica negocial, pues en este evento se estaría entonces frente a una labor de interpretación y no a una de integración contractual.”¹²⁰

14.32.- En este orden de ideas, el Despacho no encuentra razones que le lleven a decretar la suspensión provisional de efectos jurídicos del primer aparte demandado.

¹²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 13 de junio de 2013, Exp. 23730 (fundamento jurídico No. 1).



14.33.- Por otro tanto, el segundo aparte acusado por el demandante tiene relación con que las Entidades Estatales no deben exigir garantías contractuales en las órdenes de compra derivadas de los Acuerdos Marco de Precios, a menos que ese Acuerdo disponga cosa diferente. Acusa el actor este aparte de ilegal por cuanto *“agreg[a] una excepción a la obligación de exigir las garantías contractuales”*.

14.34.- Vale comparar la redacción del precepto que se dice violado, el inciso final del artículo 7° de la Ley 1150 de 2007 y el aparte del artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 2015 que se dice violatorio del orden legal:

Ley 1150 de 2007. Artículo 7°. Inc. final.	Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.2.1.2.7. Aparte acusado del inciso segundo.
Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, en los interadministrativos, en los de seguro y en los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía a que se refiere esta ley, caso en el cual corresponderá a la entidad determinar la necesidad de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago, así como en los demás que señale el reglamento.	(…) Las Entidades Estatales no deben exigir las garantías de que trata la Sección 3 del presente capítulo, que comprende los artículos 2.2.1.2.3.1.1 al 2.2.1.2.3.5.1 del presente decreto, en las órdenes de compra derivadas de los Acuerdos Marco de Precios, a menos que el Acuerdo Marco de Precios respectivo disponga lo contrario.

14.35.- Una aproximación analítica inicial a la redacción del inciso final del artículo 7° de la Ley 1150 de 2007 permite plantear las siguientes conclusiones: i) En ciertos contratos expresamente el legislador dispuso que no es obligatoria la constitución de garantías, estos son: empréstito, interadministrativos y de seguro, ii) Estableció que correspondía a cada entidad determinar la exigencia de exigir garantías en casos donde el contrato sea por valor inferior al 10% de la menor cuantía, tomando en consideración la naturaleza del objeto del contrato y la forma de pago y iii) Señaló que tampoco será obligatoria la constitución de garantías en aquellos contratos que señale el reglamento.

14.36.- Esta aproximación, apenas textual, al precepto legal, deja ver que en el último supuesto el legislador defirió expresamente al Gobierno Nacional, vía reglamento, la posibilidad de extender la no obligatoriedad de garantías a otros objetos contractuales no previstos en la ley. Quiere ello decir, entonces, que atribuyó competencia explícitamente para que el titular de la potestad reglamentaria extienda, si así lo considera, el ámbito de la norma a otras especies no mencionadas allí.



14.37.- Y es que tal delegación encuentra razón de ser en el hecho de que el Gobierno Nacional determine los riesgos que existan en ciertas especies contractuales y a partir de allí valore, en un marco de discrecionalidad razonada, la necesidad de establecer garantías contractuales en aras de proteger el debido cumplimiento del objeto contractual y los fines constitucionales de la contratación y de la administración pública. De allí, entonces, que en este caso el Gobierno determinara dentro de su competencia que la regla general en el escenario de los Acuerdos Marco de Precios era la no exigencia de garantías salvo que en estos se dispusiera expresamente lo contrario.

14.38.- Advertida esta interpretación preliminar del texto legal, este Despacho no encuentra una contradicción analítica inicial entre la Ley y el aparte demandado pues en este último el Gobierno Nacional no hizo cosa diferente que ejercer la facultad ya comentada y estableció dos proposiciones normativas: i) la regla general según la cual en las órdenes de compra derivadas de los Acuerdos Marco de Precios no se exigirán garantías contractuales y ii) excepcionalmente se procederá a ello cuando expresamente así lo disponga el Acuerdo Marco de Precios. Con otras palabras moduló o condicionó el titular de la potestad reglamentaria la exigencia de garantías en lo que concierne a los Acuerdos Marco de Precios, de la manera allí expresada.

14.39.- Enfilado el asunto de esa manera, no se advierte una contradicción o pugna entre el contenido reglamentario y el legislativo, pues aquél no agrega, crea o adiciona cosa diferente sino que se pronunció en determinado sentido sobre las garantías particularmente en los Acuerdos Marco de Precios, estando expresamente investido de competencia para tal cuestión. Por ende, en esta prematura instancia procesal esta judicatura no advierte la contradicción normativa que abra paso a la medida suspensoria deprecada por el demandante y apoyada por los intervinientes.

15.- En conclusión, las razones precedentemente expuestas conducen a desestimar la petición cautelar al no advertirse una contradicción analítica inicial entre los preceptos enjuiciados y los apartes constitucionales y legales que el demandante llamó como violados. Así se declarará en la parte resolutive de este proveído.

En mérito de lo expuesto,



Expediente: 11001-03-26-000-2016-00016-00 (56166)
Álvaro Mejía Mejía c. Nación – Presidencia de la República y Departamento Nacional de Planeación
Medio de Control: Nulidad Simple

RESUELVE

NEGAR la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos jurídicos de los apartes del artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015 dictado por el Departamento Nacional de Planeación – DNP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA