



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

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

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

Actor: ÁLVARO MEJÍA MEJÍA

Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA – DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

Medio de Control: NULIDAD

Contenido. Descriptor: Medio de control de simple nulidad contra dos apartes del artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015 relativos a la competencia de Colombia Compra Eficiente para disponer la forma en que las Entidades obligadas deben dar suscribir el Acuerdo Marco de Precios, de una parte, y la no exigencia de garantías contractuales a los proveedores del Acuerdo, salvo que en él se disponga lo contrario. Normas reglamentarias demandadas no exceden potestad reglamentaria. Se desestiman las pretensiones de la demanda. **Restrictor:** La potestad reglamentaria; Libertad de empresa y libre competencia. Bases constitucionales; Sujeción de la Administración a los principios y valores constitucionales. Fines constitucionales de la contratación estatal; Contratación con arreglo a Acuerdos Marco de Precios. Aspectos liminares; Análisis normativo de los apartes demandados; Caso Concreto. Síntesis de la decisión.

Procede la Sala, en audiencia pública, a decidir el medio de control de simple nulidad propuesto en contra de dos apartes del artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015¹ *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”* expedido por el Departamento Nacional de Planeación.

ANTECEDENTES

¹ Diario Oficial No. 49523 de 26 de mayo de 2015.

1.- En escrito del 14 de enero de 2016 el ciudadano Álvaro Mejía Mejía solicitó, en ejercicio del medio de control de simple nulidad, se declarara la nulidad de dos apartes del artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 2015, expedido por el Departamento Nacional de Planeación, cuyo tenor literal es como sigue:

“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).

2.- En auto de 9 de febrero de 2016 se admitió la demanda, disponiendo su notificación personal a las demandadas, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Se ordenó, en auto separado de la misma fecha, se comunicara la admisión a la Agencia Nacional de Contratación Estatal – Colombia Compra Eficiente².

3.- Como en escrito separado el ciudadano petitionó la medida cautelar de suspensión provisional de efectos jurídicos del artículo demandado, en auto de 9 de febrero de 2016 se corrió traslado de la misma, oportunidad en la que la Nación – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y el Departamento Nacional de Planeación manifestaron su oposición. Previa celebración de audiencia preliminar el 4 de mayo de 2016, en providencia del día 5 del mismo mes y año el Magistrado Ponente desestimó la medida cautelar solicitada, decisión que no fue recurrida.

4.- Noticiado el auto admisorio de la demanda, en escritos de 27 de mayo³ y 27 de junio de 2016⁴ los Departamentos de Planeación y Presidencia de la República dieron contestación a la misma exponiendo razones en defensa de la legalidad del Decreto demandado. Por su parte, intervino en memorial de 5 de julio de 2016⁵ para pronunciarse respecto de las excepciones propuestas por las demandadas.

² En adelante “Colombia Compra Eficiente” o “CCE”

³ Fls 384-388, c1.

⁴ Fls 389-395, c1.

⁵ Fls 397-406, c1.

5.- En escrito de 6 de julio de ese año⁶ Colombia Compra Eficiente presentó escrito de contestación a la demanda con el cual aportó razones en defensa de la legalidad de lo demandado, memorial respecto del cual el ciudadano se pronunció el día 15 del mismo mes y año⁷.

6.- En auto de 13 de julio de 2017 se fijó el día lunes 14 de agosto de 2017 a las 9.30 horas para celebrar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011.

En el curso de la diligencia, advirtiendo que se trataba de un litigio de puro derecho el Magistrado Ponente, luego de agotar los escenarios propios de la audiencia inicial, concedió la oportunidad a las partes para presentar oralmente sus alegaciones de conclusión, oportunidad aprovechada por los sujetos procesales presentes y por el Agente del Ministerio Público quien conceptuó desfavorablemente a la pretensión de nulidad incoada.

7.- Agotada la etapa de alegaciones la Sala fijó el miércoles dieciséis (16) de agosto de 2017 a las 8.00 AM como fecha y hora para celebrar audiencia de lectura de fallo.

CARGOS DE NULIDAD

El ciudadano ha cuestionado dos apartes del artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 2015 en los términos que pasan a exponerse:

Normas violadas y concepto de violación del primer aparte demandado. Consideró el actor que el aparte “en la forma que Colombia Compra Eficiente disponga, y luego puede colocar la orden de compra correspondiente en los términos establecidos en el

⁶ Fls 407-417, c1.

⁷ Fls 408-442, c1.

Acuerdo Marco de Precios” viola los artículos 1^o⁸, 6^o⁹, 211¹⁰, 189.11¹¹ de la Constitución Política y el numeral 2° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007¹².

Memoró el ciudadano que la Ley 1150 de 2007 no reguló el procedimiento de selección abreviada, pues sólo dispuso que ello sería reglamentado por el Gobierno Nacional. Alegó que de la lectura del aparte atacado se sigue que el Gobierno no está reglamentando el asunto, por el contrario está trasladando esa competencia a Colombia Compra Eficiente. Cuestionó, además, que CCE ejerciera esa competencia por medio de un *Manual*, ni siquiera por conducto de una Circular Externa.

Apoyó sus alegaciones en algunas consideraciones de la sentencia de 14 de abril de 2010 recaída dentro del Expediente 36054B dictada por la Sección Tercera de esta Corporación y en el Auto de 27 de mayo de 2009 proferido dentro del Expediente 36476, atinentes a la nulidad de ciertas normas reglamentarias por haber delegado en cabeza de las entidades públicas, concretamente en el instrumento de manual de contratación, el procedimiento de selección abreviada.

Normas violadas y concepto de violación del segundo aparte demandado. Consideró el actor que el aparte *“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.”* viola el inciso final del artículo 7° de la Ley 1150 de 2007¹³.

⁸ Constitución Política. 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.

⁹ Constitución Política. 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.

¹⁰ Constitución Política. Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de 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.

¹¹ Constitución Política. 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.

¹² Ley 1150 de 2007. Artículo 2°. 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 reglamentará la materia. (...)

¹³ Ley 1150 de 2007. Artículo 7. 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.

El actor popular censuró el aparte atacado en razón a establecer una excepción a la exigibilidad de las garantías contractuales que no se encuentra reconocida en la Ley 1150 de 2007. Anota que de este modo se sobrepasó la potestad reglamentaria y con ello se está incurrido en vicio de nulidad.

ARGUMENTOS DE OPOSICIÓN A LA DEMANDA

Nación – Departamento Nacional de Planeación

En escrito de 29 de mayo de 2016 esa entidad contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de la pretensión de nulidad formulada por el actor popular.

En defensa de la legalidad de los apartes demandados del artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 2015 sostuvo respecto del primer aparte objeto de litigio: *i)* no se puede afirmar la ausencia de reglamentación sobre la materia, pues ello fue lo que precisamente realizó el Gobierno Nacional en la Subsección 2 de la sección 1 del título 1 del aparte 2 del Decreto 1082 de 2015, que estableció normas generales, impersonales y abstractas sobre la selección abreviada como una de las modalidades de contratación, *ii)* no existe delegación de competencias a Colombia Compra Eficiente, pues el texto de la norma lo que hace es delimitar la actuación de Colombia Compra Eficiente como entidad contratante a fin de que por vía de los Acuerdos Marco de Precios establezca la forma como las Entidades compradoras puedan suscribirlo, *iii)* no es el Decreto 1082 de 2015 la fuente que atribuye competencias a Colombia Compra Eficiente, pues ésta debe ser ubicada en la Ley 1150 de 2007 y de manera más concreta en el Decreto 4170 de 2011.

En cuanto hace al segundo apartado, refirió el demandado a las razones expuestas en el auto de 5 de mayo de 2016 que se pronunció sobre la medida de suspensión

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.

Parágrafo Transitorio. Durante el período que transcurra entre la entrada en vigencia de la reforma contenida en la presente ley y la expedición del decreto reglamentario a que se refiere este artículo, las entidades estatales continuarán aplicando las normas legales y reglamentarias vigentes.

provisional para sostener que no existe allí contradicción entre la norma demandada el artículo 7° de la Ley 1150 de 2007; al contrario, aquella es correcto desarrollo de ésta.

Nación – Departamento de la Presidencia de la República

En escrito del 27 de junio de 2016 dicha entidad se opuso a la prosperidad de la pretensión de nulidad.

Luego de memorar algunas cuestiones relativas a la operatividad de los Acuerdos Marco de Precios, precisó, en cuanto al primer aparte demandado, que no se advierte allí vicio de nulidad que afecte el contenido normativo objeto de revisión. Consideró que ello era así en razón a que de la lectura del párrafo 5° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 3° del Decreto-Ley 4170 de 2011 se desprende que fue expresamente el legislador el que prefijó que fuera una entidad estatal la que diseñara, organizara y celebrar los Acuerdos Marco de Precios, siendo ésta Colombia Compra Eficiente. Se sigue que no existe contradicción alguna con el texto legal, toda vez que no se evidencia la alegada transferencia de competencias que censura el actor.

En cuanto hace al segundo ítem objeto de debate, el demandado apoyó la legalidad del aparte acusado en el aparte final del artículo 7° de la Ley 1150 de 2007, para señalar que ese enunciado legal expresamente autoriza al Gobierno Nacional a señalar en cuáles otros contratos estatales, diferentes a los mencionados en esa Ley, no son exigibles las garantías contractuales. Así, dijo, no existe vulneración de precepto constitucional o legal alguno.

ALEGACIONES DE CONCLUSIÓN

En el curso de la audiencia de 14 de agosto de 2017 partes e intervinientes¹⁴ presentaron oralmente sus alegaciones de conclusión, las que esta Sala resume en los siguientes términos.

Ciudadano Demandante. Alegó que la potestad reglamentaria está radicada, por prescripción constitucional, en cabeza del Presidente de la República y en ciertos órganos constitucionales, siendo indelegable, de ahí que Colombia Compra Eficiente,

¹⁴ En esta actuación se han reconocido como intervinientes las siguientes personas: Agencia Nacional de Contratación Estatal – Colombia Compra Eficiente, Jhonny Hernando Arias Barrero, Fundación Contratación Estatal Transparente, Sociedad Megaseguridad La Provedora Ltda., Mauricio Alarcón Hernández, Asociación Colombiana de Escuelas y de Empresas de vigilancia S.A – Asocolesvig, Federación Nacional de Empresas de Aseo, Limpieza, Asepsia Técnica y Profesional, Cafetería, mantenimiento, Proveedores de Insumos y Proveedores de Maquinaria y Empresas – Fenaseo, Asociación de Empresas Colombianas de Seguridad Privada – Ecos, Compañía de Vigilancia y Seguridad Privada Águila de Oro de Colombia Ltda, Jaime Enrique Garzón Rodríguez, 360° Seguridad Ltda., Auténtica Seguridad Ltda., Covisur de Colombia Ltda. y Martha Hidalgo Rodríguez.

que fue creada por un Decreto, no goce de tal potestad, como tampoco de la que gozan los Ministerios en los términos de la Ley 489 de 1998. Disintió de las consideraciones expuestas en el auto de 5 de mayo de 2016 que negó la petición de medida cautelar. Sostuvo que era el Gobierno Nacional quien debía reglamentar en general la materia, expresando su desacuerdo en que el procedimiento a seguir para la operación secundaria se encuentre en el Acuerdo firmado, que es un contrato, y en el Manual que ha expedido Colombia Compra Eficiente; a lo que agregó los problemas de corrupción, de generación de oligopolios o monopolios y restricción de la competencia que puede ocurrir con la figura de los Acuerdos Marco. Sostuvo finalmente, que no compartía el entendimiento dado a las garantías contractuales pues es cada Entidad la que define si las exige o no, al tiempo que lo que hizo el Gobierno el Gobierno fue prohibir esas garantías para los Acuerdos Marco.

Fundación Contratación Estatal Transparente. Solicitó se accediera a la pretensión de nulidad. Dijo que tanto la Ley y el Decreto han guardado silencio sobre los instrumentos de compra por catálogo siendo deber del Gobierno Nacional proceder a ello, pues no existe un proceso reglado, transparente y claro, además de disentir en que sea CCE quien mediante un manual regule ese procedimiento. Recordó que el párrafo transitorio del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 previene que no se hará uso del proceso de selección abreviada hasta tanto el Gobierno no regule dicho asunto, razón por la cual, considera, no se puede aplicar la modalidad de compra por catálogo actualmente.

Presidencia de la República. Solicitó se desestimaran las pretensiones. Dijo que CCE cuenta con competencia para organizar, diseñar y celebrar los Acuerdos Marco de Precios, por cuanto el Decreto-Ley 4170 de 2011, así lo establece. Memoró que con ese Decreto se pretende la eliminación de la dispersión, concentrar la contratación, ganando en eficiencia, transparencia y lucha contra la corrupción.

Departamento Nacional de Planeación. Solicitó se desestimen las pretensiones. Dijo que el Gobierno Nacional sí reglamentó la materia en el Decreto 1082 de 2015. Sostuvo que no se trataba de una transferencia de potestad reglamentaria, pues la competencia de CCE se deriva por ser contratante de los Acuerdos Marco de Precios. En su sentir no se deriva contradicción entre el artículo 7° de la Ley 1150 de 2007 y el aparte demandado, pues en el reglamento el Gobierno podía determinar en qué otros casos éstas no eran obligatorias, como lo hizo.

Agencia Nacional de Contratación Estatal-Colombia Compra Eficiente. Solicitó se desestimen las pretensiones. Refirió al cambio de enfoque del sector de las compras públicas a partir del Decreto-Ley 4170 de 2011. Esa Entidad, como ente rector, coordina políticas públicas, realiza funciones estratégicas mediante los Acuerdos Marco, con los que se obtiene menores gastos y transparencia colaborando a entidades con las compras públicas para que éstas puedan ocuparse de sus objetivos misionales. Preciso que la norma de creación de CCE tiene rango de Ley, cuestión que ya venía anunciada desde la Ley 1150 de 2007. Dijo, en cuanto a las garantías, que la Ley establece un listado enunciativo, no taxativo, siendo CCE quien define en cada caso si se deben exigir garantías en cada acuerdo marco, según lo prescrito en el Reglamento. Concluyó que los Acuerdos Marco no están cerrando el marco, pues no todas las entidades hacen las compras por catálogo, el mercado no está restringido a la compra pública y se garantiza la libre competencia en las operaciones.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público, en el marco de la audiencia inicial y de alegaciones emitió su concepto el cual va dirigido a solicitar se desestimen las pretensiones de la demanda. Afirma que la competencia de Colombia Compra Eficiente, en cuanto hace a las atribuciones de diseño, organización y celebración de los Acuerdos Marco de Precios, está radicada desde la Ley 1150 de 2007. Sostiene que no se está otorgando potestad reglamentaria a CCE en esta materia, pues se trata de una atribución inherente a la potestad para celebrar tales negocios jurídicos. En cuanto al segundo cargo propuesto por el demandante, relativo a la excepción de exigencia de garantías contractuales, sostuvo que tampoco se evidenciaba violación al orden jurídico, ejerciendo esa atribución el Gobierno Nacional en los términos prefijados en la Ley

CONSIDERACIONES

1.- Fijación del problema jurídico.

1.1.- Vistos los antecedentes que informan esta causa, los cargos de nulidad planteados, las oposiciones formuladas y el concepto del Ministerio Público, esta Sala encuentra que el problema jurídico que plantea el *sub judice* se reconduce a determinar si la competencia reglamentaria del Gobierno Nacional concretada en el artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 2015 violó el ordenamiento jurídico superior al establecer, de una parte, que será Colombia Compra Eficiente la entidad encargada de disponer la forma en que las entidades estatales deben suscribir el Acuerdo Marco de

Precios y los términos en los cuales se coloca la orden de compra y, de otro tanto, prescribir como regla general la no exigencia de garantías contractuales en las órdenes de compra derivadas de los Acuerdos Marco de Precios. Análisis que tendrá lugar conforme a los cargos de (i) delegación o transferencia ilegal de la competencia reglamentaria del Gobierno Nacional a Colombia Compra Eficiente y (ii) extralimitación de la competencia, en cuanto a las garantías contractuales.

1.2.- Para resolver lo pertinente la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por los sujetos procesales, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión: (1) La potestad reglamentaria del Gobierno Nacional, (2) Libertad de empresa y libre competencia. Bases constitucionales, (3) sujeción de la Administración a los principios y valores constitucionales. Fines constitucionales de la contratación estatal, (4) Contratación con arreglo a Acuerdos Marco de Precios. Aspectos liminares; (5) análisis normativo de los preceptos demandados, (6) caso concreto; consideraciones que fundamentan la *ratio decidendi* del caso.

2.- La Potestad reglamentaria¹⁵.

2.1.- Antes de entrar a estudiar el caso en concreto, la Sala 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 Corporación¹⁶.

2.2.- 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 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*”¹⁷.

2.3.- 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

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Fundamentos de Derecho Administrativo. Tomo I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces SA. Madrid 1991, p. 690.

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 soberano¹⁸.

2.4.- 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 1919¹⁹.

2.5.- 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.

2.6.- 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.

2.7.- 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

¹⁸ “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.

¹⁹ 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.

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 Constitución²⁰, 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.

2.8.- 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 Estado pueden dictar normas con carácter general en asuntos de su competencia²¹.

2.9.- 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).

2.10.- 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).

²⁰ 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.

²¹ 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.

2.11.- 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 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 República”²².

“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 República”²³.

2.12.- 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

²² Corte Constitucional, Sentencia C-307 del 30 de marzo de 2004. Magistrados Ponentes: Rodrigo Escobar Gil, Manuel José Cepeda y Alfredo Beltrán Sierra.

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-384 del 13 de mayo 2003. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

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:

“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”²⁴. (Subrayas fuera del original)

2.13.- 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”²⁵.

2.14.- Ahora bien, otro punto importante al estudiar la potestad reglamentaria es el

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-917 de 2002. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I. Sentencia del 26 de febrero de 1998. Exp.- 4500. Ernesto Rafael Ariza.

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.

2.15.- 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.

2.16.- 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 ley²⁶.

2.17.- 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.

²⁶ 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 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).

2.18.- 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*”²⁷.

2.19.- 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*

²⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 9 de julio de 1996. Exp. 854, C.P.: Roberto Suárez Franco.

precisar los pormenores necesarios para la ejecución de la ley, es decir “hacer explícito lo implícito”²⁸.

2.20.- 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 (...)*”²⁹ 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 legislar³⁰.

2.21.- 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 legal³¹. 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 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).”³²

²⁸ 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.

²⁹ 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.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III. Auto del 2 de febrero de 2005. Exp. 28615, C.P.: Alier Eduardo Hernández.

³¹ 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.

³² Corte Constitucional, Sentencia C-432 de 2004. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

2.22.- Además, también es forzoso concluir que la potestad reglamentaria exige que el legislador previamente expida una regulación básica o “*materialidad legislativa*”³³, 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*”³⁴.

2.23.- 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*”³⁵.

2.24.- 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 necesidad*³⁶. 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*”³⁷.

2.25.- 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 indispensable³⁸. 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”³⁹.

2.26.- 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

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-474 de 2003. M.P.: Eduardo Montealegre Lynnet.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-290 de 1997. M.P.: Jorge Arango Mejía.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-028 de 1997. M.P.: Alfredo Martínez Caballero.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de abril de 2010, Exp.: 36054, C.P.: Enrique Gil Botero.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ 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.

³⁹ 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

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*”⁴⁰.

2.27.- 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*”⁴¹.

2.28.- Igualmente, la reserva de ley define aquellos eventos en los que el constituyente insta al legislador a regular determinadas materias en razón de su trascendencia⁴².

2.29.- 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*”⁴³, 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 Gobierno⁴⁴:

“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”⁴⁵.

2.30.- 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 legal⁴⁶.

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-1262 de 2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ 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.”

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 2009. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla.

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-1265 de 2005. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencias C-570 de 1997. M.P.: Carlos Gaviria Díaz y C-1191 de 2001, M.P.: Rodrigo Uprimny Yepes.

2.31.- 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 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"*⁴⁷.

2.32.- 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"*⁴⁸.

3.- Libertad de empresa y libre competencia. Bases constitucionales.

3.1.- El Constituyente de 1991 eligió un sistema de economía social de mercado, según el cual, la dirección de la misma corresponde al Estado, a quien le compete intervenir a fin de evitar o corregir las denominadas fallas del mercado, garantizar el pleno empleo de las fuerzas económicas, preservar la libre competencia de quienes concurren al mercado, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, etc., de acuerdo a los postulados vertidos en los artículos 333⁴⁹ y 334⁵⁰ de la Constitución Política, tal como

⁴⁷ Sentencia C-606 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón.

⁴⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección II, Sentencia del 19 de agosto de 2004. exp. 2473-1, C.P.: Alberto Arango Mantilla.

⁴⁹ Constitución Política de Colombia. Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

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

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

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

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

⁵⁰ Constitución Política de Colombia. Artículo 334. -Artículo modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 3 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:- La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y

ha sido advertido por la jurisprudencia constitucional⁵¹. La garantía de las libertades económicas ha sido una de las elecciones del constituyente en punto a la estructuración del contenido económico de la Carta Política, aún cuando no prevé un modelo económico específico cerrado⁵² más allá de la fórmula de economía social de mercado⁵³. En virtud de tal elección fundamental, se impone el establecimiento de un adecuado marco normativo garante de las condiciones necesarias de la libertad de empresa y la libre competencia, como especies de aquella libertad.

3.2.- Así, lo que se tutela con la libertad de empresa⁵⁴ es la expresión concreta de la libertad de la persona que dice relación con la autónoma organización de los factores de producción que posibiliten la actividad económica, esto es intervenir en todo o parte del ciclo económico de producción, comercialización o consumo de bienes o servicios, teniendo como marco de referencia el contexto de una economía social de mercado, lo que implica disponer y afectar bienes para tal fin con el ánimo de obtener un beneficio o lucro. Se cuentan entre sus componentes la libertad contractual, la libre iniciativa privada, el derecho a un trato igual entre empresarios o competidores, la libertad de concurrir y retirarse del mercado, la libertad de organización interna y de los métodos de gestión de la empresa sin interferencia estatal, derecho a crear establecimientos de comercio conforme a la ley y el derecho a recibir un beneficio económico razonable⁵⁵. Se reconoce, igualmente, que esta libertad permite “*canalizar recursos privados, por la*

territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

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

⁵¹ “La conjunción de los intereses privados a través de la adopción de un modelo de libertad económica, fundado en la libre iniciativa, libertad de empresa, libertad de establecimiento y libre competencia económica (C.P. art. 333), junto al reconocimiento de la potestad de intervención del Estado en la economía, con el propósito de dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos para el desarrollo normal de una vida digna; ha permitido a esta Corporación, entender que nuestra economía con sujeción a las disposiciones de la Carta Fundamental, se regula bajo las premisas de la denominada “*economía social de mercado*”, según la cual las reglas de la oferta y la demanda deben estar al servicio del progreso y desarrollo económico de la Nación.” Corte Constitucional, Sentencia C-865 de 2004

⁵² “En Colombia, si bien no existe un modelo económico específico, exclusivo y excluyente, el que actualmente impera, fundado en el Estado Social de Derecho, muestra una marcada injerencia del poder público en las diferentes fases del proceso económico, en procura de establecer límites razonables a la actividad privada o de libre empresa y garantizar el interés colectivo.” Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1999.

⁵³ “el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribía la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de *economía social de mercado*, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general”. Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010.

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-524 de 1995, C-830 de 2010, C-228 de 2010, C-978 de 2010, C-263 de 2011, C-032 de 2017, entre otras.

⁵⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-263 de 2011.

*vía del incentivo económico, hacia la promoción de concretos intereses colectivos y la prestación de servicios públicos*⁵⁶.

3.3.- Al tiempo que la libre competencia dice relación con ciertas condiciones o garantías que deben ser observadas en el marco de escenarios de mercados abiertos donde concurren oferentes en pugna que orientan sus esfuerzos a la obtención de un segmento de producción o comercialización de determinados bienes o servicios, pues el correcto funcionamiento de las bases constitucionales del sistema económico presupone esa competencia entre agentes. Demanda, en general, esta libertad la eliminación de obstáculos o presiones indebidas que alteren la imagen maestra del juego competitivo⁵⁷.

3.4.- Componen este derecho, en suma, las libertades de ingreso, permanencia y salida del mercado, de participar o competir por él conforme a las condiciones y ventajas que cada participante encuentre pertinentes, de contratar con cualquier usuario o consumidor y que sus bienes o servicios puedan llegar a los consumidores⁵⁸. 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. 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 monopolios⁵⁹.

3.5.- Va de suyo señalar que, en una primera aproximación, hay lugar a predicar esas libertades económicas en un marco jurídico y político anclado a los postulados del Estado de Derecho o del imperio de la Ley, esto es, división de poderes, mandato de normas generales, públicas, prospectivas, cognoscibles, con vocación de estabilidad y existencia de un cuerpo judicial bien formado e independiente con recursos y procedimientos que permitan hacer efectivo el mandato de protección de la Ley en términos igualitarios. Esto es, un conjunto básico de postulados que circunscriben la

⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 2001.

⁵⁷ “existe 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.” Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010.

⁵⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-197 de 2012, Sentencia C-032 de 2017.

⁵⁹ “el Estado es entonces responsable de eliminar las barreras de acceso al mercado y censurar las prácticas restrictivas de la competencia, como el abuso de posición dominante o la creación de monopolios” Corte Constitucional. Sentencia C-197 de 2012.

acción estatal bajo los forzosos senderos de las formas y procedimientos que el derecho prescribe.

3.6.- En este contexto, el referente constitucional garantiza la libertad de empresa y la libre competencia del cual se desprenden, cuanto menos, las siguientes cuestiones fundamentales, que permiten intuir la no neutralidad de la Carta frente a la materia:

3.7.- La base jurídica del derecho protegido descansa en el derecho general de libertad de la persona⁶⁰⁻⁶¹, que bajo este precepto se enfoca específicamente a una libertad de carácter *económico* de interés público⁶², esto es, la concesión de una posición jurídica de libertad tutelada por el orden jurídico en cuya virtud se deriva el arbitrio de interactuar en el medio económico, intervenir y servirse de él, para su provecho, lo que *prima facie*, revela un mandato de abstención estatal; aunque la fuerza de esa libertad no se agota en esa negativa, pues resulta claro que de ella se deriva un mandato positivo de configuración que se relaciona con el derecho a contar con un orden jurídico que torne favorable el ejercicio de esa libertad⁶³ y provea mecanismos de garantía para tal fin; sin perjuicio de la forma de derecho colectivo que también ha adquirido⁶⁴.

3.8.- Se trata de una libertad que, desde la base constitucional, se reconoce como internamente supeditada por el bien común concepto éste que debe ser comprendido armónicamente en el contexto de los principios y valores constitucionales y convencionales como común identificador de intereses intersubjetivos de una comunidad organizada, que *“ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, “cuyo fin primordial es “la protección de los derechos del hombre y la creación de circunstancias que permitan progresar espiritual y*

⁶⁰ Una formulación del derecho general de libertad se encuentra en Robert Alexy cuando dice que éste se explica de la siguiente manera: (2) Si x es una acción (hacer u omisión) y no está prohibida por una norma jurídica formal y materialmente constitucional, entonces está permitida la realización de x”. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. 1ª edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 337. “Ella [la libertad de empresa] está garantizada como un derecho constitucional y puede entenderse como una concreción del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Es claro que con la garantía de la libertad de empresa queda excluido el marco constitucional un sistema económico que prescindiera de dicha libertad, bien sea porque la proscriba o porque en la práctica la anula al adoptar una economía centralmente dirigida”. ARANGO, Rodolfo. Derechos, constitucionalismo y democracia. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2004. págs. 166-167.

⁶¹ Se sabe que filosóficamente la libertad se cuenta entre los bienes más preciados sobre los que se funda toda organización política contemporánea, de ahí que buena parte de los arreglos institucionales deban su razón de ser a la protección de posiciones jurídicas de *libertad*, bien entendido como esfera negativa, de no interferencia, de los demás en las acciones propias; como la posibilidad de ser protagonista del régimen jurídico al que se está sujeto y como el reconocimiento del espacio afirmativo que posibilita la realización de lo que se desea⁶¹. En suma, es la afirmación de un ámbito tutelado en cuya virtud le asiste al individuo un poder de autogobierno, elección y determinación personal libre de injerencias arbitrarias del Estado o terceros.

⁶² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-615 de 2002.

⁶³ “La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados” Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1995. Véase Sentencia C-150 de 2003.

⁶⁴ Ley 472 de 1998. Artículo 4°. Derechos e intereses colectivos. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con: (...) i) La libre competencia económica.

*materialmente y alcanzar la felicidad*⁶⁵, ya como justas exigencias de una sociedad democrática⁶⁶, ya como *“supuestos y objetivos prioritarios del Estado social de derecho y de la función social”*⁶⁷.

3.9.- Es una libertad que supone responsabilidades y satisfacción de una función social, con lo cual el constituyente sentó las bases fundamentales para el ejercicio ponderado y responsable de esa libertad frente a otros derechos e intereses jurídicos tutelados, como lo es, por caso, la explotación de recursos naturales, en cuanto hace a la cadena de producción, distribución, consumo de bienes o en la prestación de los más variados servicios públicos y privados.

3.10.- Por ello la competencia de intervención del Estado en el decurso económico, como titular de la dirección general de la economía, reviste un carácter restrictivo en el que tiene vigencia un principio de legalidad cualificado pues la Constitución prevé que los instrumentos, modalidades e intensidades de esa intervención están reservadas a decisión legislativa; como se sigue de los artículos 333 *“(…) para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. (…) la ley determinará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”*, 334 *“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley (…)”* y 84 *“Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio”*; siendo cierto que todos estos instrumentos regulatorios⁶⁸,

⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párr. 29-30. Reiterado en el Caso Salvador Chiriboga Vs Ecuador, Sentencia de 6 de mayo de 2008, párr. 74-75.

⁶⁶ “A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el “orden público” o el “bien común” como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.” Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-05/85 de 13 de noviembre de 1985. La colegiatura obligatoria de periodistas, párr. 67.

⁶⁷ “Los conceptos de libertad económica y de libre iniciativa privada no son absolutos y, por el contrario, se encuentran forzosamente enmarcados dentro de postulados constitucionales de superior categoría que los restringen. Se ejercen, como dice la norma del artículo 333 de la Carta, ‘dentro de los límites del bien común’, bajo los supuestos y objetivos prioritarios del Estado social de derecho y de la función social, y con el carácter relativo que corresponde a un sistema en el cual el Estado es director de la economía y no mero observador de los acontecimientos que la afectan” Corte Constitucional. Sentencia C-118 de 1998.

⁶⁸ “4.1.1.1. En un Estado social de derecho la intervención estatal en el ámbito socio-económico puede obedecer al cumplimiento de diversas funciones generalmente agrupadas en cuatro grandes categorías: una función de redistribución del ingreso y de la propiedad expresamente consagrada en varias disposiciones de la Constitución con miras a alcanzar un “orden político, económico y social justo” (Preámbulo); una función de estabilización económica también consagrada en diversas normas superiores (artículos 334 inc, 1º, 339, 347, 371 y 373 de la C.P.); una función de regulación económica y social de múltiples sectores y actividades específicas según los diversos parámetros trazados en la Constitución (artículos 49 y 150, numeral 19, por ejemplo); y, todas las anteriores, dentro de un contexto de intervención general encaminado a definir las condiciones fundamentales del funcionamiento del mercado y de la convivencia social, como el derecho de propiedad privada pero entendido como “función social” (artículo 58 C.P.) o la libertad de iniciativa privada y de la actividad económica siempre que se respete también la “función social” de la empresa (artículo 333 C.P.) en aras de la “distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo” (artículo 334 C.P.)”. Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2003.

persiguen conciliar el interés privados con el general⁶⁹, están incardinados a que el ejercicio de esas libertades se corresponda con ciertos bienes e intereses constitucionalmente valiosos merecedores de regulación y protección frente a los intereses privados, como son aquellos previstos en el artículo 333⁷⁰ superior, los derivados de la cláusula social de la Constitución y en él el aseguramiento del principio de progresividad⁷¹, los demás ubicados en el plexo constitucional, pretendiendo, en todo caso, la realización de los postulados constitucionales⁷².

3.11.- Finalmente, la competencia de intervención estatal en la economía debe consultar criterios de razonabilidad⁷³, para lo cual la jurisprudencia ha elaborado algunos parámetros formales y sustanciales para enjuiciar la legitimidad constitucional de tales intervenciones⁷⁴, a fin de preservar los postulados de la llamada *Constitución Económica*.

3.12.- De esos elementos jurisprudenciales esta Sala destaca los siguientes: (i) Reserva de Ley y (ii) Razonabilidad y proporcionalidad de la medida, al tiempo que la intensidad

⁶⁹ “Puede decirse que la actividad intervencionista del Estado en la economía pretende conciliar los intereses privados presentes en la actividad empresarial de los particulares, con el interés general que está involucrado en dicha actividad en ciertos casos, como en el de la prestación de los servicios públicos que se vincula la satisfacción de necesidades básicas de los ciudadanos. Por ello, en las normas de intervención que así expide el legislador, está presente la tensión entre la libertad de empresa y la prevalencia del interés general.” Corte Constitucional. Sentencia C-615 de 2002.

⁷⁰ Constitución Política. Artículo 333. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario. (...).

⁷¹ “este Tribunal ha sostenido que es necesario realizar un *escrutinio judicial estricto* cuando el Estado implementa políticas sociales y económicas que afectan a segmentos del país que se encuentran en situación de vulnerabilidad, buscando que la adopción de decisiones basadas en la eficiencia, el libre mercado, y la búsqueda del desarrollo, no afecten sus condiciones para subsistir y llevar una vida digna” Corte Constitucional. Sentencia C-077 de 2017. Sobre este particular el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales enseña: “1. Cada uno de los Estados Partes se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”. Protocolo de San Salvador Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Artículo 1°. Obligación de adoptar medidas. Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar a las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo a fin de lograr, progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

⁷² “En segundo lugar, la Constitución dota al Estado de una serie de instrumentos de intervención en la esfera privada, en el mundo social y económico, con el fin de que a partir de la acción pública se corrijan los desequilibrios y desigualdades que la propia Carta reconoce y se pueda buscar, de manera real y efectiva, el fin ontológicamente cualificado que da sentido a todo el ordenamiento.” Corte Constitucional. Sentencia T-079 de 1995.

⁷³ “Debe concederse al demandante que las limitaciones que la ley imponga a la actividad económica y a la libre competencia, habrán de ser serias y razonables. Se trata de dos derechos constitucionales que si bien son de configuración legal, describen un ámbito de actuación privada que, a partir de un cierto límite, no es susceptible de ser restringida adicionalmente, so pena de vulnerar sus núcleos esenciales.” Corte Constitucional. Sentencia C-415 de 1995.

⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-615 de 2002, C-130 de 2004, C-228 de 2010, C-486 de 2009, C-830 de 2010, C-186 de 2011, C-263 de 2011, C-264 de 2013, C-035 de 2016, entre otros fallos. Los criterios de razonabilidad de la jurisprudencia constitucional han variado sutilmente sin alterar su esencia, como tal.

del escrutinio de razonabilidad es débil o leve⁷⁵ en cuanto se reconoce la deferencia al legislativo para abordar flexible y ampliamente las materias económicas, la “*prudencia*” con que debe obrar el juez y la interdicción de juzgar las razones de conveniencia sobre las cuales se apoya la medida abordada⁷⁶.

3.13.- Esto último se refleja en la construcción conceptual de estándares de valoración laxos⁷⁷ que, correlativamente, demandan altas exigencias argumentativas próximas a la línea de lo “más allá de duda razonable”, para revisar tales medidas en esa materia. Así, se advierten requerimientos de “*inconstitucionalidad manifiesta*”⁷⁸, exigencia de que la lesión de derechos fundamentales sea “*de manera evidente, manifiesta y directa*”, que la decisión revisada viole “*claros mandatos de la norma fundante*”, que sea arbitraria o que se trate de regulaciones “*manifiestamente irrazonables o desproporcionadas*”⁷⁹, de suerte que la incertidumbre de las premisas fácticas o empíricas del juicio de razonabilidad se decide en favor de la legitimidad democrática del foro legislativo, por sobre las libertades económicas. Lo anterior sin perjuicio de un escrutinio judicial más estricto cuando se trata de revisar medidas que impactan sobre el principio de progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales⁸⁰. Lo que se representa en los siguientes términos:

Test de razonabilidad		
Intensidad del control	Escrutinio débil o leve de razonabilidad. Control judicial deferente para con el legislativo. Salvo cuando se trata de revisar medidas que impactan sobre la regresividad de los DESC ⁸¹ .	
Criterio	Elementos de valoración	Desarrollo
Criterio Formal	Reserva de ley	La intervención en las libertades económicas debe estar precedida por la legitimidad del foro democrático y deliberativo propio del escenario legislativo.
Criterio sustancial	Razonabilidad y proporcionalidad de la medida	Medida idónea o adecuada. La restricción debe estar fundada en fines constitucionalmente admisibles como, por ejemplo, aquellos expresamente previstos como límites a la libertad económica en el artículo 334 superior. El fin no debe

⁷⁵ “Se trata entonces de un típico caso de aplicación del test débil de proporcionalidad para examinar la constitucionalidad de los límites impuestos por el legislador, pues si bien la libertad económica admite una amplia intervención por parte de los poderes públicos” Corte Constitucional. Sentencia C-392 de 2007.

⁷⁶ “el juez constitucional debe actuar de manera prudente al analizar la legitimidad constitucional de una determinada regulación de las libertades económicas, por cuanto la Constitución consagra la dirección de la economía por el Estado.” Corte Constitucional. Sentencia C-265 de 1994.

⁷⁷ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-265 de 1994, C-624 de 1998, C-361 de 2002, C-392 de 2007, C-830 de 2010, entre otras decisiones.

⁷⁸ “Por eso, el juez constitucional debe actuar de manera prudente al analizar la legitimidad constitucional de una determinada regulación de las libertades económicas, por cuanto la Constitución consagra la dirección de la economía por el Estado. El juez constitucional deberá entonces respetar en general las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política. La Corte considera que en esta materia se impone **el llamado criterio de la inconstitucionalidad manifiesta**, por lo cual, sólo si de manera directa la norma vulnera derechos fundamentales, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, deberá el juez declarar la inconstitucionalidad de la norma. Es decir, si la ley que regula la actividad de sociedades de contenido patrimonial no vulnera claramente la carta fundamental o establece regulaciones manifiestamente irrazonables debe ser considerada constitucional, por cuanto hay cláusulas generales que autorizan la intervención estatal en la economía.” (Resaltado propio). Corte Constitucional. Sentencia C-265 de 1994.

⁷⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-130 de 1994.

⁸⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-077 de 2017.

⁸¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2004. Sentencia C-228 de 2011, C-644 de 2012, entre otros.

		estar prohibido y la medida debe ser potencialmente adecuada para cumplir el fin propuesto ⁸² .
		Medida necesaria. La medida no debe ser “ <i>manifiestamente innecesaria</i> ” ⁸³ o manifiestamente arbitraria.
		Medida proporcional <i>stricto sensu</i> . Criterio de la medida “ <i>claramente desproporcionada</i> ”. Se asegura la satisfacción de este criterio si se verifica que los beneficios derivados de la finalidad de la medida excedan a las restricciones sobre los derechos o bienes intervenidos o, dicho de otro modo, que “el sacrificio que produce en los mencionados derechos, en aras de la obtención de un fin legítimo, no sea superior al beneficio conseguido” ⁸⁴ . Control de exceso. Núcleo esencial debe permanecer incólume ⁸⁵ .

3.14.- En consecuencia, es bajo los anteriores parámetros que tiene lugar el escrutinio de legitimidad constitucional de las medidas de intervención del Estado en la economía, esto es, bajo presupuestos de ejercicio ponderado y razonable que se extiende a los ámbitos de creación normativa (sede legislativa o reglamentaria-administrativa) como aquellos de aplicación de la misma, ora por autoridades administrativas o jurisdiccionales.

3.15.- Y es al amparo de ese marco normativo que conviene afirmar la posición de la Administración de cara a la fórmula económica arropada por el orden constitucional, que no solo se orienta bajo el *dictum* recurrente según el cual ésta (la Administración) se encuentra vinculada a los postulados económicos de la Carta, sino que se trata de la reafirmación de su rol protagónico o cardinal en la consecución de los fines de garantía de las libertades económicas y de los derechos e intereses legítimos de usuarios, competidores y sociedad en general, que se ven involucrados en el decurso de tales actividades.

3.16.- Todo esto, en suma, desde el ámbito de competencias administrativas implica la adscripción de formas de acción de *fomento* o despliegue de medidas dirigidas al refuerzo o impulso de sectores económicos, en términos globales o puntuales, por vía de beneficios, subvenciones o similares; de *intervención, vigilancia y control*, esto es, el desarrollo de competencias frente a la actividad económica a los fines de asegurar el cumplimiento de la normativa regulatoria, velar por la eficacia y optimización del intercambio económico y de los recursos aplicados, la protección de los derechos de los consumidores/usuarios o los competidores involucrados en la actividad y, en general,

⁸² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-130 de 2004. Sentencia C-830 de 2010.

⁸³ Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010.

⁸⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-615 de 2002. Continúa el fallo: “La proporcionalidad en este caso hace alusión a que la medida no resulte excesiva frente a la finalidad buscada, de manera que sacrifique innecesariamente derechos y garantías de los particulares, llegando a afectar su núcleo esencial y aun afectando el interés público. Si bien es razonable que exista una planeación en la prestación de servicios de salud, dicha actividad no puede ir tan allá como para eliminar la libertad de competencia que, como se dijo, es el principio de operación de la libertad de empresa. En el caso presente, la eliminación de la libre competencia se produce por cuanto a las empresas privadas prestadoras del servicio público de salud se les prohíbe hacer inversiones u ofrecer servicios por fuera del plan adoptado por las autoridades.”

⁸⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-830 de 2010.

garantizar la prestación de bienes y/o servicios de calidad, de manera adecuada y oportuna respecto de los sujetos sometidos a control. Comprende actividades administrativas de verificación de información, seguimiento y evaluación de actividades y competencia para adoptar decisiones correctivas⁸⁶; *reguladora* que involucra el reconocimiento de un poder normativo *secundum legem* de expedir disposiciones generales con efecto regulatorio, competencia que encuentra su legitimidad en la especialización técnica de ciertos componentes de la Administración como en la mejor posición funcional en que ésta se ubica para captar la realidad social y responder a esa dinámica según el sector sobre el cual se erige como autoridad administrativa y ejerce su actividad; entre otras formas de acción prototípicas de la función administrativa en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho que se identifican con la concreción de actividades de intervención, protección o garantía de las libertades económicas o de derechos y bienes constitucionales que repercuten sobre tales postulados de la *Constitución Económica*; según las puntuales herramientas de las que le ha dotado el ordenamiento jurídico.

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

4.1.- 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 1º, 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 2º 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”*.

4.2.- 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 constitucional⁸⁷, siendo estas: i) Estar al servicio de los intereses generales, por oposición a los partidistas, gremiales, individuales 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

⁸⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-570 de 2012.

⁸⁷ 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.

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.

4.3.- Resulta claro 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 acción⁸⁸.

4.4.- Por lo anterior, se tiene que a partir de una juiciosa lectura de tales principios y valores se encuentra que las actuaciones de la Administración no constituyen un rito ciego a la forma por la forma, la magnificación de lo adjetivo sobre lo material o de mero ejecutor formal de la Ley; contrario a ello, resulta que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho los procedimientos que ésta tiene a su cargo tienen un derrotero específico, cual es concretar la “profunda vocación protectora y garantizadora de los derechos e intereses tanto individuales como colectivos en relación con la actividad de la Administración, predeterminando para ella senderos forzosos de actuación, y marcos sustanciales de contención a la arbitrariedad.”⁸⁹.

4.5.- Y justamente la contratación estatal, en tanto actividad administrativa de provisión de bienes y servicios, es uno de aquellos instrumentos con que cuenta la Administración para el cumplimiento de los fines constitucionales del Estado⁹⁰, razón por la cual durante las etapas de estructuración, proyección o planeación⁹¹ de los contratos del Estado, la precontractual propiamente dicha y, luego de ello, a lo largo de la existencia del contrato estatal se impone hacer uso de las herramientas jurídicas de

⁸⁸ 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.

⁸⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Procedimientos administrativos y tecnología. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2011, p. 137.

⁹⁰ “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.

⁹¹ 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.

dirección y manejo del contrato conforme a los principios constitucionales y con miras a satisfacer el interés general⁹².

4.6.- 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 derecho⁹³; no otra cosa puede decirse en este punto cuando se advierte, además de lo dicho, 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”*, cuestión reiterada por esta Sala 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.”⁹⁴

5.- Contratación con arreglo a Acuerdos Marco de Precios. Aspectos liminares⁹⁵.

5.1.- Siendo que el presente asunto versa sobre una pretensión de nulidad simple 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 los Acuerdos Marco de Precios, se hace preciso hacer algunas referencias de esta figura en el marco jurídico

⁹² “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.

⁹³ “No puede entenderse ni admitirse como válido un procedimiento contractual, un contrato o cualquier operación relacionada con éste, que no se inspire o tenga como propósito el cumplimiento o la satisfacción de los intereses generales. (...) En este sentido, el principio del interés general pone de relieve para el contrato estatal su irremediable vinculación al contexto del Estado social de derecho, con el propósito de satisfacer las necesidades de la comunidad y de proteger lo que a todos nos pertenece; de aquí su carácter teleológico y finalístico” 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.

⁹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 24 de abril de 2013, exp. 27315.

⁹⁵ 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.

nacional y de derecho comparado a fin de comprender algunas de sus características sobresalientes.

5.2.- Así, conforme a las definiciones legales⁹⁶ 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.

5.3.- Se trata, en esencia, de un contrato marco o normativo que se desarrolla en dos etapas o momentos. Una primera, donde un organismo centralizado de compras públicas celebra, con ciertos proveedores seleccionados, un negocio jurídico de larga duración en virtud del cual se pactan las condiciones contractuales uniformes que serán observadas para la adquisición de ciertos bienes y/o servicios por cuenta de las entidades públicas durante un tiempo prefijado, haciéndose consistir su efecto normativo en su aptitud para gobernar los términos jurídicos de los futuros negocios subsecuentes que se realizarán a su amparo. Perfeccionada esta primera etapa, adviene el segundo momento del procedimiento, que consiste en la concreción, en cada caso en particular, de órdenes de compra de bienes y/o servicios de cada entidad pública obligada a contratar conforme al Acuerdo Marco según sus las necesidades a satisfacer, ciñéndose a las condiciones contractuales ya pactadas entre el organismo centralizado y los proveedores.

5.4.- Es preciso señalar, entonces, que no es la obligación de contratar la que surge con ocasión de la celebración del contrato o acuerdo marco, como sí la de incorporar necesariamente ese clausulado allá pactado en los negocios futuros que eventualmente se celebren. De ahí, entonces, que la simple celebración del Acuerdo Marco no genere, *per se*, erogación ni compromiso presupuestario alguno.

5.5.- 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

⁹⁶ Ley 1150 de 2007. Artículo 2°. Parágrafo 5o. Los acuerdos marco de precios a que se refiere el inciso 2o del literal a) del numeral 2o del presente artículo, permitirán fijar las condiciones de oferta para la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización a las entidades estatales durante un período de tiempo determinado, en la forma, plazo y condiciones de entrega, calidad y garantía establecidas en el acuerdo. Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.1.3.1 Definiciones (...) Contrato celebrado entre uno o más proveedores y Colombia Compra Eficiente, o quien haga sus veces, para la provisión a las Entidades Estatales de Bienes y Servicios de Características técnicas Uniformes, en la forma, plazo y condiciones establecidas en este.

las Entidades públicas, bastándole a estas concretar dicho Acuerdo en una orden de adquisición de los bienes o servicios.

5.6.- Con todo, la contratación pública basada en la suscripción de acuerdos marco de precios rompe con un modelo tradicional de contratación 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 necesidades comunes y recurrentes y se pretende la agregación de demanda⁹⁷, traducido 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.

5.7.- Siendo así, 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.

5.8.- De esta manera, la pretensión del legislador con la introducción de los Acuerdos Marco de Precios no ha sido otra que la de potenciar los principios de celeridad y economía en el ejercicio de la función pública⁹⁸.

⁹⁷ 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.

⁹⁸ Así se puede verificar, por ejemplo, en la exposición de motivos presentada por el Gobierno Nacional con el proyecto de ley No. 20 de 2005 (que a la postre dio lugar a la Ley 1150 de 2007), donde se lee:

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

(...)

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

(...)

- Se crea la llamada "selección abreviada", para permitir la existencia de procedimientos de selección que, basados estrictamente en los principios cardinales de la contratación pública, permitan de manera ágil la adopción de decisiones de selección. En el sentido antedicho, las innovaciones del proceso de selección abreviada empiezan por una medida trascendental, para llevar a sólo horas los contratos referidos a la adquisición bienes de "características técnicas uniformes y de común utilización", que según cálculos del Departamento Nacional de Planeación, corresponden a más del 80% en número de contratos. De esta forma, en la medida en la cual se trate de adquirir un objeto cuyas características técnicas puedan reducirse a unas comunes a su funcionalidad y calidad, tal proceso debe realizarse únicamente en función del precio del bien, una vez se han verificado las condiciones de capacidad de los proponentes para cumplir con el contrato ("pasa, no pasa"). Allá en donde tal aproximación conceptual se ha llevado a la práctica en otras legislaciones, la 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 1° de agosto de 2005.

5.9.- Celeridad. El legislador pretende infundir celeridad a la contratación estatal, lo que se explica 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 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. Esto, se repite, atendiendo al propósito perseguido por el legislador.

5.10.- Economía, por cuanto se pretende la reducción de 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.

5.11.- 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

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 órdenes 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.

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.⁹⁹ (Resaltado propio).

5.12.- 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 para el Derecho Mercantil Internacional, la Comisión Europea y adoptada en los regímenes de contratación pública de otras jurisdicciones.

5.13.- 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”*¹⁰⁰. Distingue, a su vez, entre acuerdos marco abiertos y cerrados dependiendo ello de la posibilidad (o no) de admitirse nuevos proveedores que no hicieron parte de la etapa inicial o primera del acuerdo primigenio¹⁰¹.

5.14.- Igualmente, en el ámbito Comunitario Europeo, se cuenta con la Directiva 2014/24/UE¹⁰² 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”.

⁹⁹ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Anuario de la CNUDMI 2009, vol. X, pág. 206.

¹⁰⁰ CNUDMI. Ley Modelo sobre la Contratación Pública. Artículo 2°. Definiciones. Literal e). e) Por “contratación con arreglo a un acuerdo marco” se entenderá todo proceso que se programe en dos etapas: la primera para seleccionar a uno o más proveedores o contratistas que vayan a ser partes en un acuerdo marco concertado con una entidad adjudicadora, y la segunda para adjudicar algún contrato, con arreglo a ese acuerdo marco, a un proveedor o contratista que sea parte en el acuerdo: i) Por “acuerdo marco” se entenderá todo acuerdo que se concierte, al concluirse con éxito la primera etapa del método de contratación con arreglo a un acuerdo marco, entre la entidad adjudicadora y uno o más proveedores o contratistas seleccionados; ii) Por “acuerdo marco cerrado” se entenderá todo acuerdo marco en el que no pueda entrar a ser parte ningún proveedor o contratista que no sea inicialmente parte en dicho acuerdo; iii) Por “acuerdo marco abierto” se entenderá todo acuerdo marco en el que puedan subsiguientemente entrar a ser partes uno o más proveedores o contratistas que no lo fueron inicialmente;

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² Esta reciente directiva revoca una anterior (la Directiva 2004/18/CE de 31 de marzo de 2004) en cuyo artículo 1° (5) se define lo que se entiende por Acuerdo Marco.

5.15.- Y de la misma manera, se conocen referencias de acuerdos o convenios marco en la contratación pública en jurisdicciones tales como Argentina¹⁰³, Chile¹⁰⁴, Costa

¹⁰³ Decreto 1030/2016 de 15 de septiembre de 2016. Artículo 25. Modalidades. Las contrataciones podrán realizarse con las siguientes modalidades: (...) f) Acuerdo marco: cuando la Oficina Nacional de Contrataciones de oficio o a petición de uno o más organismos, seleccione a proveedores para procurar el suministro directo de bienes o servicios a las jurisdicciones o entidades contratantes. Existiendo un Acuerdo Marco vigente las unidades operativas de contrataciones deberán contratar a través del mismo. El Órgano Rector podrá suspender o eliminar algún producto o servicio de un adjudicatario de un Acuerdo Marco por razones debidamente fundadas. Asimismo, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, podrá eliminar algún producto o servicio incluido en el Acuerdo Marco, y podrá incorporar nuevos productos mediante la realización de un nuevo llamado

¹⁰⁴ 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 10º. 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.

Rica¹⁰⁵, Ecuador¹⁰⁶, España¹⁰⁷, Francia¹⁰⁸, Honduras¹⁰⁹, México¹¹⁰, Paraguay¹¹¹, Panamá¹¹², Perú¹¹³, Uruguay¹¹⁴, entre otros países.

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ Ley 30 de 2007 de Contratos del Sector Público. Artículo 180. Funcionalidad y límites.

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

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.

¹⁰⁸ Ordonnance n° 2015-899 de 23 de julio de 2013. Article 4. (...) Les accords-cadres sont les contrats conclus par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les règles relatives aux bons de commande à émettre ou les termes régissant les marchés subséquents à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

¹⁰⁹ Decreto 36-2013 de 5 de agosto de 2014. Artículo 2. Conceptos. Para los fines y efectos de la presente Ley, los términos siguientes tendrán el significado que a continuación se expresan: 1) Convenio Marco: Es una modalidad de contratación mediante la cual el Estado a través de la Oficina Normativa de Contratación y Adquisiciones del Estado, en adelante ONCAE, seleccionará a uno o más proveedoras, según dispongan los Pliegos de Condiciones, para ser incorporados dentro del Catálogo Electrónico. Las modalidades y características de los Convenios Marco, se regulan en el Reglamento de la presente Ley y en el Manual que para tal efecto emita la ONCAE.

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ Presidencia de la República del Paraguay. Ministerio de Hacienda. Decreto No 1315 de 27 de febrero de 2014. Artículo 2. Administración del Procedimiento Convenio Marco. La Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP) tendrá a su cargo la implementación, desarrollo y supervisión de todas las etapas o fases que componen el procedimiento de la modalidad Convenio Marco, así como la selección de los productos que integrarán al Catálogo Electrónico objeto de los Convenios. Artículo 3. Uso del Catálogo de Convenio Marco Los organismos dependientes del Poder Ejecutivo, llamados en adelante Unidades Compradoras, deberán en la medida de sus necesidades y conforme a su presupuesto aprobado, consultar primero el Catálogo Electrónico regido, su los mismos se encontraren disponibles en el Catálogo Electrónico. Los demás Organismos, Entidades y Municipalidades sujetos al ámbito de aplicación de la Ley No. 2051/2003 podrán adherirse voluntariamente al Catálogo Electrónico de consolidarlo pertinente.

¹¹² 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.

¹¹³ 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.

¹¹⁴ 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.

5.16.- 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 patrimoniales¹¹⁵, ii) son promovidos y suscritos por la Agencia Nacional de Contratación Estatal Colombia Compra Eficiente¹¹⁶, iii) tales acuerdos recaen sobre precios, términos y condiciones contractuales respecto de bienes y servicios de características técnicas uniformes¹¹⁷⁻¹¹⁸, iv) por Ministerio de la Ley son de obligatoria observancia para las Entidades públicas del poder ejecutivo del orden nacional¹¹⁹⁻¹²⁰, 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 Marco¹²¹, 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 Convenio¹²², vii) no implica 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; viii) 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 y ix) da lugar a

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ 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.

¹¹⁷ 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.

¹¹⁸ 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.

¹¹⁹ 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.

¹²⁰ “6.10.6. Lo anterior significa que, en lo que respecta a los órganos autónomos, como es el caso de la CNSC, los acuerdos marcos desarrollados por el Gobierno Nacional no le resultan obligatorios, de manera que las mismas entidades pueden diseñar sus propios acuerdos marcos a los cuales sujetar los procesos de contratación y, en concreto, de fijación de precios, sin perjuicio de que puedan sujetarse o adherirse a los acuerdos marco realizados por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-.” Corte Constitucional. Sentencia C-518 de 2016.

¹²¹ 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.

¹²² Nota: El artículo 2.2.1.2.1.2.10 del Decreto 1082 de 2015 dispone que el proceso de contratación de los Acuerdos Marco será de por licitación pública. Sin embargo, ese precepto actualmente se encuentra suspendido provisionalmente por auto de 18 de abril de 2017, Exp. 56165.

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 precios¹²³.

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

5.18.- 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 que emanan del artículo 333 y los que dan sentido a la llamada *Constitución Económica*.

5.19.- 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

¹²³ 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 el orden de compra correspondiente en los términos establecidos en el Acuerdo Marco de Precios.

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 los 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.**”¹²⁴
(Resaltado propio).

6.- Análisis normativo de los apartes demandados.

6.1.- Los apartes demandados del artículo 2.2.1.2.1.2.9 se encuentran incluidos 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 ubican 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 son 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 está obligada a verificar si

¹²⁴ 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 2012, p. 6.

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).

6.2.- Una lectura del inciso segundo del artículo en cita permite afirmar que está compuesto por tres enunciados normativos de carácter 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 en el artículo, de ahí que si se reúne la condición dispuesta (que el bien o servicio se encuentre en el Catálogo) la Autoridad administrativa no cuenta con margen de discreción a la hora de seleccionar el instrumento jurídico para aprovisionarse de lo demandado: debe adherir y ejecutar la operación secundaria del Acuerdo Marco de Precios,

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. Lo que se desprende de los enunciados “*en la forma que...*” y “*en los términos establecidos...*” que estructuran un mandato que impone, a los fines de surtir con éxito el proceso de compra por catálogo, ceñirse a las condiciones y formas dispuestas por Colombia Compra Eficiente y las convenidas en el Acuerdo Marco de Precios; lo que a su vez es una norma de competencia, pues otorga potestad a CCE para fijar las condiciones a las cuales deben someterse las Entidades para contratar por vía de este instrumento jurídico y, de otro tanto, es reiteración del efecto normativo del Acuerdo Marco, al reconocérsele poder jurídico para gobernar esas relaciones negociales individualizadas de cada Entidad 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

de prohibición, como regla general y una excepción *si y solo si* se prevé en el Acuerdo Marco.

7.- Caso concreto.

7.1.- Pretende el ciudadano demandante la nulidad de dos disposiciones normativas del artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015 por cuanto, a su juicio, el Gobierno Nacional excedió la competencia reglamentaria bajo dos claros argumentos: la transferencia o delegación ilegal de la competencia reglamentaria del Gobierno Nacional a Colombia Compra Eficiente y la extralimitación por prescribir que, por regla general, los no se exigirán las garantías contractuales respecto de la contratación que se haga con arreglo a los acuerdos marco de precios.

7.2.- Apoya la pretensa nulidad en que, conforme al inciso segundo del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 el legislador encomendó al Gobierno Nacional la reglamentación del procedimiento de selección abreviada, facultad que no concretó y que, al contrario, delegó o transfirió a Colombia Compra Eficiente. De ahí que las expresiones *“en la forma que Colombia Compra Eficiente disponga”* y *“y luego puede colocar la orden de compra correspondiente en los términos establecidos en el Acuerdo Marco de Precios”* resulten violatorias de los artículos 1°, 6°, 211, 189.11 de la Constitución Política y del numeral 2° del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

7.3.- En cuanto hace al otro pasaje atacado, esto es, *“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”*, se tiene que el censor atacó la legalidad de ese enunciado al considerar que con él se agrega una excepción a la exigibilidad de las garantías contractuales, lo que no se ajusta al artículo 7° de la Ley 1150 de 2007 que reguló la materia.

7.4.- El extremo pasivo de la pretensión propone, en defensa de las disposiciones reglamentarias, el que no se advierte la contradicción jurídica planteada por el ciudadano. Para ello las demandadas sostienen, de manera armónica, que el Gobierno Nacional efectivamente reglamentó el procedimiento de selección abreviada en el Decreto 1082 de 2015; que no hay delegación de funciones a CCE, sino una delimitación de la competencia de esa Entidad, a lo que se agrega que de conformidad a lo dispuesto en el párrafo 5° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 y el Decreto-Ley 4170 de 2011 se advierte que el Legislador atribuyó a CCE facultades para el diseño, organización y celebración de los Acuerdos Marco de Precios.

7.5.- Visto lo anterior, que en síntesis encierra la problemática jurídica que entraña el *sub judice*, esta judicatura debe abordar las siguientes cuestiones concretas en orden a desatar las pretensiones de nulidad incoadas por el actor, esto es: en cuanto al primer cargo de nulidad planteado, a) las competencias de Colombia Compra Eficiente, en general, y concretamente en el segmento de los Acuerdos Marco de Precios, b) el alcance de los términos “diseñar, organizar y celebrar”, en relación con los Acuerdos Marco de Precios, c) las conclusiones respecto al primer aparte demandado. Seguidamente se ocupará la Sala del segundo cargo revisando el régimen de garantías contractuales de la Ley 1150 de 2007, el alcance del precepto reglamentario acusado y su compatibilidad con el enunciado legal.

7.6.- No obstante, antes de entrar a revisar el fondo, la Sala encuentra razonable precisar, en atención a la discusión planteada por los intervinientes en sus alegaciones orales, que aun cuando es cierto que tal etapa no es momento para cuestionar lo resuelto en el proveído que desató una medida cautelar al inicio del juicio contencioso, esa apreciación de las cosas no significa una clausura del debate sobre el fondo del litigio, pues se sabe que las cuestiones abordadas en la decisión cautelar pueden envolver un interés jurídico vinculado con el fondo del asunto, de ahí que a los intervinientes les asista una legítima y razonable posibilidad de referirse a esos asuntos pues no olvida esta judicatura que una decisión cautelar es, por naturaleza, transitoria o provisoria tanto en los efectos llamados a ser desatados como por las razones jurídicas que la han inspirado.

7.7.1.- El juicio de legalidad del primer aparte demandado del artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 2015.

7.7.1.1.- Las competencias de Colombia Compra Eficiente y concretamente en el segmento de los Acuerdo Marco de Precios.

7.7.1.1.1.- Sobre la primera de las cuestiones planteadas, se tiene averiguado que la Agencia Nacional de Contratación Estatal – Colombia Compra Eficiente, como Unidad Administrativa Especial, se ubica dentro del sector descentralizado del orden nacional¹²⁵ y cuenta dentro de su ámbito funcional con competencias atinentes a la materia de la contratación estatal, esto es, a la actividad administrativa vinculada a la provisión de bienes y/o servicios por cuenta del Estado para la satisfacción de sus necesidades y la realización de los cometidos estatales.

¹²⁵ Decreto-Ley 4170 de 2011. Artículo 1.

7.7.1.1.2.- Ejerce una competencia de orientación o coordinación toda vez que tiene a su cargo la formulación de *políticas públicas*, esto es, el diseño o gestión de instrumentos de toma de decisión en determinado sector gubernamental dirigido a abordar y proponer soluciones a asuntos de relevancia pública.

7.7.1.1.3.- Políticas que se dirigen, en este caso, a los actores del sistema de compras y contratación pública, sin distinción alguna, y se orientan a la prosecución de los objetivos de *eficiencia* –capacidad para lograr un fin con el mínimo posible de recursos o tiempo aplicados-, *transparencia* –manejo correcto, público e informado de algún asunto o cuestión- y *optimización* –obtención de los mejores resultados posibles- del recurso público, en tanto categoría jurídica protegida dada su naturaleza de hilo conductor vinculado a la concreción del interés general, el respeto y garantía de los derechos y los fines constitucionales del Estado, razones estas protegidas al amparo de la cláusula del artículo 209 constitucional en tanto instrumento tendiente a asegurar el primado de la buena administración¹²⁶.

7.7.1.1.4.- Ligado a ese contexto, el otro bloque genérico de competencias está determinado por el desarrollo o impulso de *herramientas*, esto es, un conjunto de instrumentos jurídicos afectos a las ya enunciadas finalidades constitucionales. Uno y otro asunto (políticas públicas y herramientas) no pueden ser desligados de la calificación que el Decreto-Ley le dio a Colombia Compra Eficiente como “*ente rector*” en la materia, lo que redundaba en un claro mandato de legitimidad funcional en tanto organismo técnico especializado de ese sector de la administración pública.

7.7.1.1.5.- Sobre esta base jurídica se advierte que el Decreto-Ley 4170 de 2010 que, por lo demás, es de rango normativo superior en relación con el Decreto 1082 de 2015, le atribuyó una competencia¹²⁷ concreta a Colombia Compra Eficiente respecto de la figura de los Acuerdos Marco de Precios, en los siguientes términos: “*Diseñar, organizar*

¹²⁶ “4.8.- Así afirmado, resulta que no se trata de un enunciado meramente programático o aspiracional, pues el mismo trata, antes que nada, de la adscripción de un verdadero derecho¹²⁶ fundamental a la Buena Administración o, lo que es lo mismo, la manifestación de una suerte de posiciones jurídicas, protegidas por el ordenamiento, de defensa, prestación positiva e igualdad cuya titularidad recae sobre los administrados.

4.9.- Así, los contornos de este derecho no implican cosa diferente a la garantía material o efectiva de ejercer una función administrativa volcada, de manera decidida, hacia la satisfacción de los derechos e intereses de los administrados, a la concreción de los principios convencionales y constitucionales en el proceder de la administración acorde al estándar de la debida diligencia, en la revaloración del principio de legalidad comprendido éste desde una perspectiva sustancial y garantística por oposición a estrechas lecturas formalistas, en la ponderada y suficiente motivación de las decisiones que se adopten, en el despliegue de una gestión oportuna y eficaz, en la realización del principio de economía como criterio rector de la acción administrativa, en la transparencia de su obrar y todas aquellas otras circunstancias que se tornan esenciales para satisfacer un postulado básico y axial en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho cual es el de reconocer el empoderamiento de los ciudadanos como titulares de derechos y, por consiguiente, merecedores de una gestión administrativa de calidad.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 10 de octubre de 2016, Exp. 55813.

¹²⁷ “1.1.- El atributo de la competencia, en general, debe ser entendido como la posibilidad que tiene una determinada persona, esto es, un órgano público o un particular de proferir o realizar un acto con eficacia normativa reconocida por el ordenamiento¹²⁷, previa sujeción a determinados requerimientos. Esto es, auténtica atribución de poder normativo apto para producir consecuencias modificatorias de un determinado estatus jurídico ora en quien ejerce la competencia o en un tercero¹²⁷”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Auto de Ponente de 5 de julio de 2017, Exp. 59493.

y celebrar los acuerdo marco de precios (...) de acuerdo con los procedimientos que se establezcan para el efecto”, cuestión ésta que si se aprecia en términos sistemáticos¹²⁸ con lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007 permite llegar a la conclusión que aquella no es otra cosa que el complemento de ésta, pues no se olvide que en el inciso cuarto del párrafo 5° del artículo 2° de la citada Ley el legislador encomendó al Gobierno Nacional señalar “la Entidad o entidades que tendrán a su cargo el diseño, organización y celebración de los acuerdos marco de precios”, de ahí que lo normado en el Decreto-Ley 4170 de 2010 sea la concreción de ese mandato legislativo abierto de identificar la autoridad administrativa sobre la cuál recaen las mentadas facultades. No es, pues, de menor consideración para esta Sala que de modo unívoco Ley y Decreto-Ley refieran a tres verbos rectores sobre esta materia: *diseñar, organizar y celebrar*.

7.7.1.2.- El alcance de los términos “diseñar, organizar y celebrar” en relación a los Acuerdos Marco de Precios.

7.7.1.2.1.- Baste decir que en uso de las comentadas atribuciones jurídicas corresponde a Colombia Compra Eficiente 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.

7.7.1.2.2.- 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.

7.7.1.2.3.- Así, el diseño, que significa “*proyecto, plan para configurar algo*”¹²⁹, 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

¹²⁸ “7.3.4.- Criterio sistemático. Según este criterio, la norma que se extraiga de una disposición jurídica debe encontrarse en armonía con otras normas, fines o principios del ordenamiento jurídico, de tal modo que no exista contradicciones, incompatibilidad o incongruencia entre diversas disposiciones que componen un conjunto normativo. Este criterio obedece a la idea según la cual el ordenamiento jurídico puede ser concebido bajo la idea de un sistema, de allí, entonces, que la coherencia y unidad se califiquen como sus características¹²⁸. Esto implica, entonces, que por vía de este método puede el intérprete limitar, precisar o ampliar el radio de acción de una determinada disposición al contrastarla con otras normas consonantes con la materia que trata, pues toda disposición ha sido proferida en el marco de un amplio conjunto de disposiciones de igual jerarquía, con las que debe operar de manera consonante¹²⁸.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de Ponente de 19 de mayo de 2014, Exp. 50219.

¹²⁹ Real Academia de la Lengua Española. Diccionario de la lengua española. Entrada “diseño”. Consultado en el sitio web: <http://dle.rae.es/?id=DuKPOH9> información obtenida el 5 de mayo de 2016.

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 palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.”¹³⁰

7.7.1.2.4.- 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 que las partes incorporarán todo aquel clausulado que sea necesario, útil y conducente, dentro del marco de legalidad vigente 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.

7.7.1.2.5.- Finalmente, también en sede de planeación del negocio¹³¹, no escapa a este escenario la satisfacción de una cuestión que deviene fundamental para que los

¹³⁰ 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.

¹³¹ “5. Debería hacerse hincapié en que una buena planificación de la contratación es esencial para establecer un acuerdo marco eficaz: los acuerdos marco no han de utilizarse como alternativa en lugar de planificar la contratación. Se requiere una planificación eficaz en las dos etapas del procedimiento de acuerdo marco. Sin ella no puede elegirse la clase apropiada de acuerdo, ni concluirse ningún acuerdo provechoso, ni garantizarse su funcionamiento efectivo. Debería destacarse que el propio acuerdo deberá ser completo, ya que en él no solo se deberán enunciar todas las condiciones contractuales, sino que también deberá hacerse una descripción del objeto del contrato (incluidas las especificaciones) y deberán establecerse los criterios de evaluación aplicables con miras a fomentar tanto la participación en el procedimiento que se vaya abrir como su transparencia, así como debido a las restricciones que existen para modificar las condiciones en el curso del acuerdo.” Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Directrices para la promulgación de un reglamento de la contratación pública de conformidad con el artículo 4 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública. A/CN.9/770. Distr. General 22 de abril de 2013, pág. 41.

Acuerdos Marco logren armonizar su operatividad y lógica de funcionamiento interno con ciertos principios constitucionales: el respeto y garantía a las libertades de empresa y de competencia 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 protegidas, máxime cuando se toma nota 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 medidas de las posibilidades fácticas y jurídicas.

7.7.1.2.6.- Con otras palabras, se trata de afirmar que la competencia de estructuración de tales Acuerdos involucra la incorporación de criterios razonables que ponderen, de una parte, las necesidades estatales a satisfacer y, de otro tanto, la vigencia de las libertades de empresa y libre competencia, de modo tal que las potenciales limitaciones o restricciones sean las justas, necesarias y proporcionales para el logro de los cometidos estatales; pues ya se tiene averiguado con suficiencia que disposiciones normativas que persiguen fines constitucionales prohibidos o son reflejo de intervenciones innecesarias o desproporcionadas, carecen de la razonabilidad que gobierna las intervenciones estatales en la composición económica del orden jurídico vigente.

7.7.1.2.7.- Por otra parte, la palabra *organizar*, que significa “*Establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando las personas y los medios adecuados*”¹³² 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

¹³² Real Academia de la Lengua Española. Diccionario de la lengua española. Entrada “organizar”. Consultado en el sitio web: <http://dle.rae.es/?id=RBn9hqd> información obtenida el 5 de mayo de 2016.

extiende la vigencia de tal contrato, la plataforma tecnológica que permita concretar las órdenes de compra de las entidades estatales beneficiarias, entre otras cuestiones.

7.7.1.2.8.- 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 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.

7.7.1.2.9.- 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.

7.7.1.2.10- 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.

7.7.1.2.11.- 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.

7.7.1.2.12.- Finalmente, por *celebrar* se entiende “realizar un acto formal con las solemnidades que este requiere”¹³³, de donde se sigue que la Ley atribuyó

¹³³ 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.

expresamente a Colombia Compra Eficiente la competencia para perfeccionar este tipo de negocios jurídicos, en su condición de ente centralizado de compras públicas.

7.7.1.2.13.- Las anteriores reflexiones constituyen fruto no solo de una interpretación textual de ciertos preceptos jurídicos, sino también ha recurrido la Sala 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.

7.7.1.4- Las conclusiones sobre la legalidad del primer apartado demandado.

7.7.1.4.1.- Advertido el fundamento jurídico de la competencia de Colombia Compra Eficiente y revisado el alcance de los términos “diseñar, organizar y celebrar” esta Sala no encuentra que la disposición reglamentaria “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” del artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 2015 pugne con el universo jurídico superior invocado por el ciudadano actor.

7.7.1.4.2.- En efecto, y como primera aproximación, esta Sala encuentra que en sí mismas las disposiciones de la Subsección 2, de la Sección 1, del Capítulo 2, del Título 2, de la Parte 1 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015 son expresión de reglamentación del procedimiento de selección abreviada, pues allí el Gobierno Nacional reguló cuestiones tales como los pliegos de condiciones para contratar bienes y servicios de características técnicas uniformes, el procedimiento para la subasta inversa, la procedencia del Acuerdo Marco de Precios, su utilización y proceso de contratación, regulación sobre la adquisición de esos bienes o servicios en bolsas de productos, la contratación de menor cuantía y otros procesos de selección abreviada. Por consiguiente, se echa de menos la alegada “no regulación” de esta temática por el Gobierno Nacional, como lo afirma el ciudadano demandante.

7.7.1.4.3.- Más allá de esa revisión apenas formal del acto reglamentario, lo que advierte esta Sala es que el término “en la forma que Colombia Compra Eficiente disponga” no es cosa diferente que la concreción de competencias legales previamente atribuidas por la Ley y el Decreto-Ley, que guardan estrecha relación con las atribuciones de diseño y organización de los Acuerdos Marco de Precios, esto es, del

establecimiento de las condiciones jurídicas, logísticas y operacionales que demanda esa figura para su debida ejecución y aplicación por cuenta de las Entidades obligadas (o que facultativamente han adherido) al Acuerdo Marco de Precios y que deben ejecutar la llamada operación secundaria que, como se dijo, es la particularización de negocios jurídicos puntuales en los que se entienden trasvasados la totalidad del clausulado convenido en el contrato o acuerdo marco.

7.7.1.4.4.- El enunciado objeto de revisión, entonces, no es expresión de un poder reglamentario similar o propio al atribuido por la Constitución al Presidente de la República en el artículo 189.11 superior, pues no se trata de despliegue normativo para asegurar la cumplida ejecución de la Ley sino que lo es para garantizar la recta ejecución del Acuerdo Marco de Precios en tanto negocio jurídico [de ahí el menor grado de generalidad de éste frente a aquél] lo que deviene armónico en un todo con el mandato de dirección general del contrato estatal, en los términos previstos por el numeral 1° del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, esto es, que las entidades estatales al celebrar un contrato “1° Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato”, siendo, para el caso que es objeto de revisión, una competencia necesaria si se atiende a los pormenores de la contratación con arreglo a un acuerdo o contrato, tomando en consideración las particularidades ya expuestas. Entonces, se trata de una competencia de orientación incardinada a guiar a las demás autoridades públicas a efectos de hacer uso de la anotada figura contractual con el provecho o beneficio ya advertido.

7.7.1.4.5.- Por lo demás, díjase que ese poder de regulación normativa en cabeza de CCE se ejerce *secundum legem* como también subordinado a la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional, de suerte que no rivaliza con ésta o aquella, sino que constituye, en puridad, expresión de ejercicio de autoridad administrativa bajo habilitación legal expresa sujeta, entre otras cuestiones, a la concreción de aquellos principios y valores que subyacen a la función administrativa, de una parte, y los propios de la *Constitución Económica*, de otro tanto, como recién ha sido reiterado por esta Sección en asunto de similar naturaleza al aquí tratado¹³⁴. Con otras palabras, la Sala tiene averiguado que el poder de regulación otorgado a Colombia Compra Eficiente no es ejercicio de potestad reglamentaria constitucional, en los términos expuestos¹³⁵.

¹³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Auto de Ponente de 18 de abril de 2017. Exp. 56165.

¹³⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de Ponente de 14 de agosto de 2017, Exp. 58820.

7.7.1.4.6.- Al hilo de lo expuesto, debe advertirse que la expresión “y luego puede colocar la orden de compra correspondiente en los términos establecidos en el Acuerdo Marco de Precios” sigue la misma suerte de lo dicho antes, pero con la particularidad de que éste apartado no es ya expresión de regulación administrativa unilateral como sí lo es contenido contractual convencionalmente convenido entre Colombia Compra Eficiente y los oferentes seleccionados. Entonces, el precepto destacado lo único que hace es reafirmar una característica ínsita en los acuerdos o contratos marco: su capacidad o poder normativo, esto es, su aptitud para gobernar ciertas condiciones contractuales de futuros negocios jurídicos que se celebrarán a su amparo. Vale citar, además de lo que se ha dicho en páginas precedentes, lo dispuesto por el legislador en el inciso tercero del párrafo 5° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, cuyo tenor literal es como sigue: “En consecuencia, entre cada una de las entidades que formulen órdenes directas de compra y el respectivo proveedor se formará un contrato **en los términos y condiciones previstos en el respectivo acuerdo**” (Resaltado propio).

7.7.1.4.7.- De suerte que la Entidad obligada (o que facultativamente se ha adherido al Acuerdo) debe ajustar su conducta, en un todo, al clausulado allá convenido a los fines de ejecutar satisfactoriamente la llamada operación secundaria, como expresión natural y obvia del principio de la buena fe contractual, esto es, entendido como

“un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y por consiguiente ella [la buena fe], tal como lo ha señalado ésta Subsección “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”¹³⁶¹³⁷

7.7.1.4.8.- Visto así el asunto, esta Sala no advierte la alegada contradicción entre el contenido normativo del artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 2015, en cuanto hace al primer aparte demandado, y las normas superiores invocadas por el actor popular, esencialmente por cuanto advierte que lo allí expresado es concreción y reiteración de presupuestos ya envueltos en el ordenamiento jurídico, de una parte en razón a las atribuciones otorgadas a la Colombia Compra Eficiente como autoridad administrativa a la que la Ley 1150 de 2007, y luego el Decreto-Ley 4170 de 2011, le encomendaron el rol de “diseño, organización y celebración de los acuerdos marco de

¹³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado).

¹³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de Sección Tercera. Sentencia del 19 de noviembre de 2012, expediente 22043.

precios” y, de otro tanto, debido a que las líneas maestras del contrato o acuerdo marco han sido proyectadas en esa misma normativa.

7.7.1.4.9.- Concluye la Sala este apartado trayendo a colación algunas de las razones que fueron expuestas en su día cuando se desató desfavorablemente la petición de medida cautelar invocada por el ciudadano sobre estos enunciados reglamentarios, argumentos que conservan vigencia y devienen armónicos con el *dictum* de esta judicatura:

“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 particular¹³⁸, 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.

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.”¹³⁹

7.6.1.4.10.- Recuerda la Sala, para finalizar el asunto objeto de debate, que en la oportunidad para alegar de conclusión algunos intervinientes expusieron razones de

¹³⁸ 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.

¹³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de Ponente de 5 de mayo de 2016, Exp. 56166.

inconveniencia o inconstitucionalidad de la regulación normativa dada por el Legislador a los Acuerdos Marco de Precios o a sus efectos adversos en el ámbito socio-económico. Vuelve sobre esta cuestión para destacar que la esencia del control jurisdiccional de los actos de la administración (y de cualquier clase de actos jurídicos, en general) está determinada por un juicio de contraste entre preceptos inferiores de naturaleza administrativa y otros que integran el marco jurídico superior en orden a averiguar la compatibilidad normativa de aquellos con éstos o, con otras palabras, si se ha observado la debida regularidad en la creación del derecho al nivel de las autoridades administrativas; de ahí que razones de oportunidad o conveniencia no puedan ser acogidas, mejor aún no son aptas, como parámetro argumentativo en el contencioso de nulidad, pues éstas no ofrecen insumos para elaborar ese escrutinio normativo, aunado a que, de otra parte, esta judicatura no está investida para asumir un control de constitucionalidad de una norma de rango legal, pues sabido es que ese asunto ha sido confiado a la Corte Constitucional, en los precisos términos del artículo 241 de la Carta, razón por la que la Sala no se pronunciará sobre unas y otras alegaciones.

7.6.1.4.11.- Corolario de lo expuesto, en relación a los cargos formulados por el ciudadano demandante, no se advierte que el aparte *“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”* contenido en el artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 2015 involucra una transferencia ilegal de competencia reglamentaria a Colombia Compra Eficiente, en razón a que, consultado sistemáticamente el universo jurídico superior, se verificó la amplia y expresa atribución de competencias legales a esa Entidad en relación con la composición de los Acuerdos Marco de Precios y, en esta misma línea, se constató que en razón a la naturaleza normativa de los contratos o acuerdos marco, una consecuencia obligada de estos consiste en regular el contenido jurídico de los contratos, *órdenes de compra*, que se celebren al amparo de uno de tales Acuerdos Marco, no como regulación administrativa sino como materia contractual convenida, propiamente dicha; todo lo cual encuentra suficiente base o habilitación legal, en los términos expuestos. Ergo, se desestimará la pretensión de nulidad del aparte transcrito.

7.7.2.- El juicio de legalidad del segundo aparte demandado del artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 2015.

7.7.2.1.- El régimen de garantías contractuales de la Ley 1150 de 2007, el alcance del precepto reglamentario acusado y su compatibilidad con el enunciado legal.

7.7.2.1.1.- Promovió el actor un cargo de nulidad contra otro aparte del artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 2015, alegando la violación del inciso final del artículo 7° de la Ley 1150 de 2007. Explicó que el reglamentador sobrepasó su competencia al excepcionar la exigibilidad de las garantías contractuales de que trata la Ley 1150 de 2007.

7.7.2.1.2.- Precisado como está el alcance de la pretensión de nulidad, la Sala revisará conjuntamente las disposiciones normativas enfrentadas por el actor y, sobre esa base, reflexionará en orden a determinar si concurre la necesaria contradicción normativa que abra paso a la anulación del pasaje reglamentario objeto de este contencioso popular. En los siguientes términos:

Ley 1150 de 2007. Artículo 7°. Inc. final.	Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.2.1.2.9. 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.

7.7.2.1.3.- Se advierte que el enunciado legal, en el aparte transcrito, está compuesto por los siguientes enunciados: *i)* una primera regla que de manera imperativa prescribe ciertos negocios jurídicos en los que no se tornan obligatoria la concesión de garantías contractuales. Correlativamente lo que surge allí es una habilitación legal discrecional a la administración para que sea ésta la que pondere, según las contingencias del negocio, la planeación que haya efectuado del mismo o, como lo enuncia el mismo precepto, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y la forma del pago; tales contratos son: empréstitos, los interadministrativos, los de seguro y los que tengan un valor inferior al 10% de la menor cuantía y *ii)* una segunda regla donde el legislador optó por deferir al reglamentador la facultad para que éste señale *en cuales otros contratos* no se exigieran esas garantías. 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.

7.7.2.1.4.- Parte, entonces, la Sala de esa elemental atribución de sentido textual de los términos sintácticos y semánticos de la Ley¹⁴⁰ para advertir fácilmente que la segunda

¹⁴⁰ “3.1.- El lenguaje, entendido en sus manifestaciones escritas, corporales o de cualquier otra naturaleza, constituye el eje medular de las relaciones humanas por cuanto él permite el surgimiento de la interacción entre los individuos por medio de un

regla jurídica enunciada otorga una competencia al reglamentador, en virtud de la cual bien podría este, desde una perspectiva apenas lógica adoptar una de dos conductas elementales permitidas: agregar otras especies contractuales al listado de aquellas donde no se demandan garantías o no agregar ningún contrato, bien por expresarlo así o por guardar silencio sobre la materia.

7.7.2.1.5.- De otro tanto, el reglamento, en el aparte pertinente del artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 2015, dispuso dos cuestiones concretas: *i)* Una regla general consistente en no exigir garantías contractuales cuando se celebren órdenes de compra derivadas de un Acuerdo Marco y *ii)* Una excepción a esa regla general, la que consiste en ordenar la exigibilidad de éstas sí y solo si lo prevé el Acuerdo Marco de Precios.

7.7.2.1.6.- Advertida esta interpretación del texto legal, la Sala no encuentra contradicción normativa entre los enunciados contrapuestos pues considera que el Gobierno Nacional hizo uso de la habilitación que expresamente le defirió la Ley en esta materia y, sobre esa situación, resolvió disponer que en las órdenes de compra derivadas de los Acuerdos Marco tampoco se exigirán las garantías contractuales; advirtiendo que por ese solo hecho no se deriva ilegalidad alguna, pues no se comprende que haber decidido tal cosa pugne contra norma superior alguna, a lo que se agrega que el actor nada alegó sobre este particular.

7.7.2.1.7.- Empero, aun cuando la interpretación textual del asunto resulta suficiente en este caso para resolver el cargo planteado, no pierde de vista esta judicatura la razonabilidad de esa habilitación legislativa al Gobierno Nacional en esta materia, que obedece tanto al *conocimiento* y a la mejor posición en que se encuentra ubicada la Administración para hacer una estimación técnica y ponderada de los riesgos existentes en ciertas especies contractuales y valorar esas contingencias a los fines de determinar si en las mismas no resulta necesaria la constitución de tales garantías; como también a la *dinámica* y el poder con que cuenta la Administración de disponer de reglamentación flexible y adaptable que se ajuste a la realidad social y las demandas de regulación según las vicisitudes que ella misma determine con la puesta en marcha de la actividad contractual.

conjunto ordenado y/o articulado de signos o manifestaciones conforme a los cuales se llega a la expresión coherente de órdenes, deseos o pensamientos en general.

(...)

3.5.- Así, la interpretación textual de una determinada disposición hace referencia a la formulación de normas jurídicas con fundamento, esencialmente, en dos tipos de ejercicios por parte del intérprete, el primero que refiere al entendimiento de la estructura sintáctica de la disposición, a fin de comprender los signos gramaticales, la naturaleza de los enunciados allí fijados (sujeto, verbo, predicado, etc), su función y las repercusiones para el entendimiento de la estructura de la oración; y segundo, consistente en la comprensión semántica de los términos que componen la disposición jurídica, punto en el que se ha establecido que hay lugar a interpretar las palabras bien sea en el sentido natural y obvio que la comunidad de hablantes le haya atribuido o siguiendo los significados técnicos que tengan, si es del caso.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 20 de abril de 2015, Exp. 50219.

7.7.2.1.8.- Por consiguiente, como el actor apalancó su pretensión de nulidad en que el reglamentador excepcionó la exigibilidad de garantías contractuales respecto de las órdenes de compra derivadas de los Acuerdos Marco de Precios y se advirtió que esa potestad de reglamentación fue expresamente deferida por el legislador y en su ejercicio no se advirtió violación a norma superior alguna, se concluye que ese pedimento de nulidad no tiene vocación de prosperar, como en efecto se declarará en un punto resolutivo de esta decisión.

8.- Síntesis de esta decisión.

8.1.- Correspondió a la Sala determinar si dos apartes del artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 2015 han excedido la potestad reglamentaria encomendada, por disposición constitucional, al Presidente de la República en el artículo 189.11, que en criterio de esta Corporación encuentra límites en los criterios de necesidad y competencia sin que le sea dado al Gobierno Nacional exceder los preceptos de la ley que dice reglamentar o pronunciarse sobre materias que ya fueron agotadas por el legislador.

8.2.- Se precisó, previamente, la tutela constitucional de las libertades económicas, se determinó el alcance de la libertad de empresa y la libre competencia, la intervención del Estado en la economía como director de ésta y la sujeción de tales intervenciones a un escrutinio de razonabilidad compuesto por un elemento formal (reserva de Ley) y otro sustancial (razonabilidad y proporcionalidad de la medida), siendo un juicio de intensidad leve o débil, por regla general. Al hilo de esas consideraciones se reafirmó el rol protagónico de la Administración en el logro de los postulados económicos de la Carta.

8.3.- Se revisó la vinculación de la Administración pública por vía del instrumento de la contratación estatal con los principios y valores constitucionales, enfatizando en la fuerza normativa del artículo 209 constitucional como cláusula de competencia especial de la Administración donde se revalida el interés general como fin último de su accionar; en este contexto el contrato estatal, como actividad de provisión de bienes o servicios, está inspirado por entero en esas consideraciones sustantivas, de ahí que el uso de las herramientas de dirección y manejo del contrato respondan a la concreción de esos principios constitucionales.

8.4.- Advirtió la Sala algunas consideraciones básicas sobre la figura de los Acuerdos Marco de Precios, donde destacó el hecho de ser un contrato o acuerdo marco o normativo, que se desarrollada en dos etapas; una donde el organismo centralizado de

compras pacta condiciones contractuales uniformes con ciertos proveedores y una segunda etapa consistente en la concreción de órdenes de compra individuales, negocios particulares en los que se entienden trasfundidos el clausulado pactado en el Acuerdo marco. Destacó que por vía de ese instrumento se realizan los principios de celeridad y economía, empero advirtió los riesgos latentes del uso de esta figura frente a las libertades económicas, por lo que se insistió en la rigurosidad del deber de planeación de esos negocios y el establecimiento de condiciones reales para operar conforme a las libertades de empresa y de competencia, reconocidas en el plexo constitucional.

8.5.- En el caso concreto, se revisó el primero de los apartes demandados: *“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”*, verificando que no se estructura el vicio de ilegalidad planteado, toda vez que el Gobierno Nacional reglamentó en general la contratación mediante selección abreviada, se determinó que Colombia Compra Eficiente cuenta con competencias legales de diseño, organización y celebración de los Acuerdos Marco de Precios, lo que le habilita para establecer las condiciones logísticas, operacionales y jurídicas para la ejecución de la figura, no siendo ejercicio de potestad reglamentaria de la Ley sino regulación administrativa para la ejecución cumplida del Acuerdo Marco, como negocio jurídico, competencia, subordinada a la Ley y al reglamento. De otro tanto, argumentó la Sala que el cumplimiento de los términos del Acuerdo Marco se reafirmaba con la naturaleza de contrato normativo, de este tipo de negocios, lo que está previsto desde la Ley 1150 de 2007.

8.6.- Finalmente, la Sala desestimó el cargo de nulidad propuesto contra el segundo aparte demandado del artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 2015 cuyo tenor literal es el siguiente: *“(…) 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.”*. No advirtió esta judicatura vicio de nulidad, pues lo dispuesto en ese precepto es concreción de la delegación que le dispensó expresamente el legislador en el artículo 7° de la Ley 1150 de 2007 para incluir otras especies contractuales en las que no resulta exigibles tales garantías. En consecuencia, se desestimó esa pretensión de nulidad.

En mérito de lo expuesto, la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la nulidad de los apartes “*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*”, del artículo 2.2.1.2.1.2.9 del Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015, por los motivos expuestos en esta providencia.

SEGUNDO: COMUNICAR esta decisión a la comunidad en general por la página web de esta Corporación y por los demás medios electrónicos de que se disponga.

TERCERO: ARCHIVAR el proceso de la referencia, una vez en firme esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaración de Voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de Sala de Subsección C



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Radicación número: 11001032600020160001600 (56.166)

Actor: ÁLVARO MEJÍA MEJÍA

Demandado: NACIÓN-DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD

ACUERDOS MARCO DE PRECIOS-No dan competencia regulatoria ni reglamentaria a Colombia Compra Eficiente. POTESTAD REGLAMENTARIA-No es asimilable a acto administrativo de carácter general expedido por autoridades administrativas distintas al Presidente de la República. CONTROL JUDICIAL DE LEGALIDAD-No influyen en la decisión consideraciones de oportunidad y conveniencia. OBITER DICTM-Potestad reglamentaria y libertad de empresa.

ACLARACIÓN DE VOTO

1. Comparto la decisión adoptada en la providencia del 16 de agosto de 2017 que negó la solicitud de nulidad contra el artículo 2.2.1.2.1.29 del Decreto 1082 de 2015, porque la norma acusada no entraña el traslado de la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente de la República, a una autoridad que no la ostenta.

2. Según el fallo algunas autoridades administrativas diferentes al Presidente de la República ostentan facultad reglamentaria, pues expiden actos administrativos de carácter general (numeral 2).

Aunque los órganos autónomos e independientes (art. 113 inc. 2 CN) ostentan lo que se ha denominado “potestad reglamentaria difusa”, la potestad reglamentaria no debe confundirse con la facultad de expedir actos administrativos de carácter general y abstracto, pues la potestad reglamentaria, en el ámbito de la norma ejecutiva, recae exclusivamente en el Presidente de la República (art. 189 num. 11), tal y como lo expresé en la aclaración de voto 47.693/2016.

3. Las consideraciones de constitucionalidad, oportunidad y conveniencia respecto de la norma demandada son ajenas, como lo señala el fallo, al control de legalidad que atañe al Consejo de Estado.

Por ello, cualquier valoración sobre la bondades de la utilización de los acuerdos marco de precios que pudieran llegar a inferirse de la lectura de la providencia objeto de la aclaración, escapan a las razones de la decisión.

4. Ahora bien, este fallo no podía resolver materias propias de la definición del legislador y que atañen, se insiste, a un juicio de oportunidad ajeno a la jurisdicción, ni correspondía a la Sala aclarar interrogantes como los siguientes:

¿La forma como están concebidos los acuerdos marcos de precios se ajusta a la estructura orgánica diseñada en la Ley 489 de 1998, en materias de descentralización, desconcentración y delegación (art. 7, 8 y 9 de la Ley 489 de 1998)?

¿La creación de un “ente rector” de política pública en materia de compra pública supone una verdadera reducción de los “costos de transacción”?

¿La concentración funcional que establece el Decreto Ley 4170 de 2011 es una respuesta adecuada a la dispersión normativa en materia de contratación

pública, propia de un sistema de contratación pública carente de reglas fijas y soportado en principios?

¿El diseño institucional previsto por el legislador extraordinario garantiza la independencia e invulnerabilidad de Colombia Compra Eficiente a su “captura” por parte de grupos de interés?

¿Se han medido las eventuales implicaciones que en materia de derecho a la competencia puede tener en el futuro, este esquema de compra pública?

5. Como las consideraciones contenidas en los apartados n.º 3 y 4 sobre la potestad reglamentaria y la libertad de empresa escapan a las razones estrictamente relacionadas con el caso y a los límites que debe tener todo juez al momento de desatar una controversia, esto es, resolver el problema jurídico, constituyen un *obiter dictum*, tal y como lo señalé en las aclaración de voto 47.693/2016.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE