**MEDIDA CAUTELAR – Suspensión provisional – Características**

La suspensión provisional prevista en el artículo 238 de la Constitución Política, como medida cautelar, es una figura excepcional y restrictiva, derivada del principio de legalidad, la cual tiene por objeto suspender los atributos de fuerza ejecutoria y ejecutiva del acto administrativo, en protección de los derechos –subjetivos y/o colectivos– que se pueden ver conculcados con su expedición. En este orden de ideas, dicha figura constituye un importante instrumento para evitar que los actos contrarios al ordenamiento jurídico continúen surtiendo efectos, al menos mientras se decide de fondo sobre su constitucionalidad o legalidad.

**SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Procedencia**

Para la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo cuya nulidad se pretenda, el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo exige que se reúnan los siguientes requisitos: **i)** Que sea solicitada por la parte demandante, **ii)** que la violación surja del “… *análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud* …” y **iii)** en el evento que se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, debe probarse, al menos sumariamente, la existencia de los mismos.

**SUPENSIÓN PROVISIONAL – Condicionamiento**

Conviene destacar que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado y bajo el régimen anterior (es decir, el del Código Contencioso Administrativo), la suspensión provisional operaba si la medida se solicitaba antes de que se decidiera la admisión de la demanda y, en todo caso, si se demostraba que la violación era manifiestamente contraria a las disposiciones jurídicas invocadas por el actor como violadas; en otros términos, la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo estaba condicionada a que la vulneración del ordenamiento jurídico fuera evidente, ostensible, palmaria o *prima facie* –a primera vista–, conclusión a la que se podía llegar mediante una simple y elemental comparación de textos entre el acto administrativo demandado y las normas invocadas como transgredidas. No obstante, la ley 1437 de 2011 suprimió esta última exigencia y, para el efecto, dispuso que el juez puede analizar la transgresión bien sea: **i)** con la **confrontación** entre el acto y las normas superiores invocadas o **ii)** con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud (sin que ello implique prejuzgamiento). Así, pues, consagró la posibilidad de que el juez suspenda los efectos del acto administrativo cuestionado, acudiendo para ello tanto a la confrontación normativa como al análisis de las pruebas allegadas con la solicitud

**ACUERDO MARCO DE PRECIOS – Concepto**

De conformidad con las definiciones legales, un acuerdo marco de precios es un contrato suscrito entre la Agencia Nacional de Contratación Estatal (Colombia Compra Eficiente) y unos proveedores de bienes o servicios, en cuya virtud se pactan la forma, el plazo y las condiciones bajo las cuales se llevará a cabo la provisión de ciertos bienes o servicios a las entidades estatales. Se trata, entonces, de una forma de contratación que se desarrolla en dos etapas: la primera (operación principal), en donde la entidad encargada de las compras públicas (Colombia Compra Eficiente) fija las condiciones contractuales uniformes respecto de los bienes o servicios requeridos por las entidades públicas y, la segunda (operación segundaria), donde la entidad adquiriente o compradora concreta el número o cantidad de bienes o servicios que requiere para la satisfacción de sus necesidades. Esta última se concreta en una *orden de compra,* la cual se debe ceñir a las condiciones contractuales previamente pactadas entre Colombia Compra Eficiente y los proveedores seleccionados.

**ACUERDO MARCO DE PRECIOS – Propósito**

Lo que se pretende con la introducción de los “*Acuerdos Marco de Precios*” no es otra cosa que la eficiencia en la gestión pública contractual

**SUMINISTRO DE BIENES Y SERVICIOS** **– Contratación – Criterios de selección**

Bajo este escenario, para el Despacho es claro y evidente que, de la simple confrontación del pliego de condiciones con la norma superior invocada, resulta clara la violación que invoca el actor para solicitar la medida cautelar de suspensión provisional, pues el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 sujeta las contrataciones para el suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes al *menor precio ofrecido*, como único criterio de selección objetivo de las ofertas, mientras que en el pliego de condiciones impugnando se incluyeron factores adicionales distintos como criterios de selección, esto es, se insiste, el criterio “*técnico”* y el de “*incentivo a la industria nacional”*. En tales condiciones, resulta palmario que los numerales VII y X del pliego de condiciones de la licitación pública de que trata la Resolución 1065 de 2016, expedida por la Agencia Nacional de Contratación Estatal, violan el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en la medida en que desconocen abiertamente la exigencia legal de incluir el “menor precio” como único factor de selección objetiva; así, pues, se encuentra acreditada la vulneración de la norma superior, lo cual permite disponer la suspensión provisional de dichos numerales.

**ACUERDO MARCO DE PRECIOS** **– Órbita de competencia**

*So pretexto* de implementar el acuerdo marco de precios, la demandada no podía invadir la órbita de competencia que fue deferida por el legislador a la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Lo anterior, sin duda, supone una extralimitación de sus funciones, pues, con miras a asegurar la cumplida ejecución de tal acuerdo marco de precios, no podía modificar o ampliar aspectos técnicos de los servicios postales, respecto de los cuales la competencia está radicada en otra autoridad; en otros términos, Colombia Compra Eficiente en ningún caso cuenta con facultad creadora, modificadora o derogadora que interfiera las competencias asignadas por el legislador a otra entidad o autoridad.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

Bogotá D.C, trece (13) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00142-00(57875)**

**Actor: MIGUEL ÁNGEL MEJÍA BRAVO**

**Demandado: NACIÓN – AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA COLOMBIA COMPRA EFICIENTE**

**Referencia: NULIDAD**

Procede el Despacho a resolver la solicitud de suspensión provisional formulada en el presente asunto.

1. **A N T E C E D E N T E S**

El señor Miguel Ángel Mejía Bravo, en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -C.P.A.C.A.-), formuló demanda con el fin de obtener la nulidad de la Resolución 1065 de 2016 y del acto contentivo del “*Pliego de Condiciones para seleccionar a los Proveedores de un Acuerdo Marco de Precios para el Servicio de Distribución*”, expedidos por la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–; adicionalmente, solicitó la **suspensión provisional** de dichos actos, cuyo fundamente será expuesto más adelante.

Los actos acusados establecen, respectivamente, lo siguiente (se subrayan y resaltan los apartes cuya suspensión se solicita):

**1. Apertura de licitación:**

*“****RESOLUCIÓN NÚMERO 1065 DE 2016***

*“Por la cual se ordena la apertura de la Licitación Pública Nº LP-AMP-106-2016*

*“… La Directora de Colombia Compra Eficiente, en uso de sus facultades legales y reglamentarias en especial las que confieren la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el artículo 2.2.1.1.2.1.5. del Decreto 1082 y el Decreto Ley 4170 de 2011.*

*“****Considerando:***

*“Que el numeral 7 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011 le señala a Colombia Compra Eficiente la función de ‘Diseñar, organizar y celebrar los Acuerdos Marco de Precios y demás mecanismos de agregación de demanda’ proceso que de acuerdo con el artículo 2.2.1.2.1.2.10. del Decreto 1082 de 2015 se lleva a cabo a través de una licitación pública.*

“***Que los Acuerdos Marco de Precios son una herramienta que permite agregar la demanda del Estado y coordinar sus adquisiciones, pues con este instrumento se puede consolidar la información del mercado e identificar oportunidades de cooperación entre entidades, y ofrecer a los servidores públicos un proceso ágil para adquirir bienes y servicios de características técnicas y uniformes y de común utilización.***

*“****Que Colombia Compra Eficiente*** (sic) ***con base en los Planes Anuales de Adquisiciones de las Entidades Estatales****,* ***determinó una lista de bienes y servicios para promover la celebración de Acuerdo Marco de Precios, entre los que está la adquisición de dotación escolar***(sic).

*“Que Colombia Compra Eficiente publicó el 28 de junio de 2016 en el SECOPII,https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/Opportunity/Detail/Index?noticeUID=CO1.NTC.65713: (i) el aviso de convocatoria púbica; (ii) el estudio de mercado; (iii) los estudios previos; (iv) el proyecto de pliego de condiciones junto con sus formatos y anexos y (v) el proyecto de minuta del Acuerdo Marco de Precios para el proceso de Contratación LP-AMP-106-2016.*

*“Que los interesados en el proceso de contratación LP-AMP-106-2016 presentaron observaciones a los Documentos del proceso sobre las cuales Colombia Compra Eficiente se pronunció en escrito publicado en el SECOPII,https.//community.secop.gov.co/Public/Tendering/Opportunity/Detail/Index?noticeUID=CO1.NTC.65713.*

*“Que de conformidad del el artículo 2.2.2.1.5.6. del Decreto 1082 de 2015, la Entidad contratante* (sic) *por medio de acto administrativo de carácter general, debe de forma motivada ordenar la apertura de los procesos de contratación.*

*“****Resuelve:***

*“****Artículo 1: Ordenar la apertura de la Licitación Publica No. LP-AMP-106-2016 con las siguientes condiciones:***

 *“1. Objeto del Acuerdo Marco: El objeto del Acuerdo Marco es establecer: (a) las condiciones para los servicios de distribución al amparo del Acuerdo Marco;* ***(b) las condiciones en las cuales las Entidades*** (sic) ***Compradoras*** (sic)***se vinculan al Acuerdo Marco****; y (c) las condiciones para el pago de los Servicios de Distribución por parte de las Entidades Compradoras.*

*“*(…)”*.*

**2. Pliego de condiciones** (se transcribe conforme obra, inclusive con errores)**:**

*“****Pliego de Condiciones para seleccionar a los Proveedores de un Acuerdo Marco de Precios para el Servicio de Distribución***

*“…* ***IV Descripción del objeto del Acuerdo Marco***

***“(…)***

***“ B. Especificaciones técnicas del Servicio de Distribución***

*“****1. Segmentos***

*“El Proponente debe presentar su Oferta en al menos uno de los siguientes tres (3) Segmentos definidos por Colombia Compra Eficiente: (i) mensajería expresa nacional; (ii) mensajería expresa internacional; y (iii) transporte de carga.*

*“****(a) Segmento 1: mensajería expresa nacional***

*“En el Segmento 1 están los Servicios de Distribución de Objetos Postales con peso menor o igual a cinco (5) kilogramos. Los siguientes objetos están excluidos del servicio: (i) títulos valores; (ii) dinero; (iii) alimentos; (iv) explosivos; (v) líquidos inflamables; (vi) armas; (vii) sustancias prohibidas; (viii) mascotas; (ix) elementos químicos.*

*“****(b) Segmento 2: mensajería expresa internacional***

*“En el Segmento 2 están los Servicios de Distribución de Objetos Postales hacía destinos fuera de Colombia. Los objetos excluidos del servicio son los que cuentan con prohibición de transporte de acuerdo con las disposiciones de la Unión Postal Universal –UPU– 2 o por restricciones instauradas por autoridades locales. Dentro de las prohibiciones están, entre otros objetos: (i) drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas; (ii) material explosivo; (iii) monedas, billetes o cheques; (iv) joyas, piedras o metales preciosos; (v) armas; y (vi) líquidos inflamables.*

 *“****(c) Segmento 3: transporte de carga nacional***

*“En el Segmento 3 están los Servicios de Distribución de bienes con peso mayor a cinco (5) kilogramos. Los siguientes objetos están excluidos del servicio: (i) títulos valores; (ii) dinero; (iii) alimentos; (iv) explosivos; (v) líquidos inflamables; (vi) armas; (vii) sustancias prohibidas; (viii) mascotas; (ix) elementos químicos.*

*“****2. Fichas Técnicas del Servicio de Distribución***

*“El Proveedor debe cumplir con las Fichas Técnicas del Servicio de Distribución detalladas en el Anexo 1 del presente documento.*

*“****3. Tiempos máximos de entrega***

 *“Los Proveedores del Segmento 1 y del Segmento 2 debe cumplir con los tiempos definidos por Colombia Compra Eficiente para cada zona, de acuerdo con la siguiente tabla.*

 *Tabla 2 Tiempos máximos de distribución (días hábiles)*

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| ***Zona***  | ***Urbana***  | ***Departamental***  | ***Nacional***  | ***Difícil acceso***  |
| ***Segmento***  |
| *1. Mensajería expresa nacional*  | *1*  | *2*  | *3*  | *6*  |
| *3. Transporte de carga*  | *1*  | *2*  | *7*  | *10*  |

*Fuente. Elaborado por Colombia Compra Eficiente*

*“(…)*

*“****VII. Criterios de evaluación de las Ofertas***

“***Colombia Compra Eficiente evalúa en cada Segmento las Ofertas de los Proponentes que hayan acreditado los requisitos habilitantes y los requisitos mínimos técnicos de las secciones IVB, y VI.***

“***En la evaluación Colombia Compra Eficiente tiene en cuenta el factor económico, el factor técnico, y el apoyo a la industria nacional previsto en la Ley 816 de 2003, de acuerdo con los puntajes indicados a continuación****:*

*Tabla 6 Puntaje por criterio de evaluación*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ***Nº*** | ***Criterios de evaluación***  | ***Puntaje*** |
| ***1*** | ***Factor económico***  | ***70*** |
| ***2*** | ***Factor técnico***  | ***20*** |
| ***3*** | ***Puntaje para estimular la industria nacional***  | ***10*** |
| ***Total puntos*** | ***100*** |

*Fuente: Cálculos realizados por Colombia Compra Eficiente.*

*“(…).*

“***B. Factor Técnico***

“***El puntaje de la Oferta técnica es el siguiente:***

***Tabla 7 Puntaje por factor técnico***

|  |  |
| --- | --- |
| ***Componente***  | ***Puntaje*** |
| ***Sistema de rastreo***  | ***10*** |
| ***Puntos de logística***  | ***10*** |
| ***Total***  | ***20*** |

*Fuente: Colombia Compra Eficiente.*

 “***1. Sistema de rastreo***

*Para el Segmento 1, el Segmento 2 y el Segmento 3, el Proponente que acredite la propiedad de un sistema de rastreo web de envíos de uso gratuito para las Entidades Compradoras, obtendrá los diez (10) puntos del puntaje técnico por sistema de rastreo. El Proponente debe acreditar la propiedad del sistema de rastreo con una copia del certificado de registro de soporte lógico expedido por la Dirección Nacional de Derechos de Autor adscrita al Ministerio del Interior.*

*El Proponente que acredite el licenciamiento de un sistema de rastreo web de envíos que sea de uso gratuito para las Entidades Compradoras obtendrá cinco (5) puntos del puntaje técnico por sistema de rastreo. El Proponente debe acreditar el sistema de rastreo con una copia de la licencia de uso del software referido.*

*“****2. Puntos de logística***

*Para los Segmentos 1, 2 y 3 el Proponente obtendrá el puntaje de puntos de logística según el número de ciudades capitales de departamento en los que tenga puntos de atención, centros de control y/o centros de clasificación, según la Tabla 8. Colombia Compra Eficiente incluye dentro de las ciudades capitales de departamento a San Andrés.*

***Tabla 8 Puntaje por puntos de logística***

|  |  |
| --- | --- |
| ***Puntos de logística*** | ***Puntaje*** |
| *2 o menos* | *0* |
| *3-6* | *3* |
| *7-10* | *4* |
| *11-14* | *5* |
| *15-18* | *6* |
| *19-21* | *7* |
| *22-25* | *8* |
| *26-29* | *9* |
| *30 o más* | *10* |

*Fuente: Colombia Compra Eficiente.*

“(…)”.

1. **C O N S I D E R A C I O N E S**

**1. Competencia**

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) –Ley 1437 de 2011– estableció en el numeral 1 del artículo 149 que, cuando se pretende la nulidad simple respecto de actos administrativos del orden nacional, la competencia es de esta Corporación en única instancia, así:

*“El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:*

*“1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden ...”.*

La anterior norma resulta aplicable*,* comoquiera que el medio de control de nulidad simple instaurado por la parte demandante controvierte un acto expedido por la Agencia Nacional de Contratación Estatal –Colombia Compra Eficiente–, entidad del orden nacional, según lo dispuesto en el Decreto 4170 de 2011 que establece:

***“Artículo 1.*** *Créase la Unidad Administrativa Especial denominada Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, como una entidad descentralizada de la rama ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera, adscrita al Departamento Nacional de Planeación”.*

De igual manera, es competente este Despacho para adoptar la decisión que jurídicamente corresponda respecto de la solicitud de suspensión provisional, en atención a que, si bien se trata de la adopción de una medida cautelar de suspensión provisional (lo cual, en principio, compete a la Sala de Decisión, conforme a los artículos 125 y 143, numeral 2, del C.P.A.C.A.), el *sub lite* es un proceso de nulidad adelantado en única instancia ante el Consejo de Estado, razón por la cual se hace aplicable la excepción establecida en la parte final del artículo 125 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dice:

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

**2. El caso concreto**

**2.1** La suspensión provisional prevista en el artículo 238 de la Constitución Política[[1]](#footnote-1), como medida cautelar, es una figura excepcional y restrictiva, derivada del principio de legalidad, la cual tiene por objeto suspender los atributos de fuerza ejecutoria y ejecutiva del acto administrativo, en protección de los derechos –subjetivos y/o colectivos– que se pueden ver conculcados con su expedición. En este orden de ideas, dicha figura constituye un importante instrumento para evitar que los actos contrarios al ordenamiento jurídico continúen surtiendo efectos, al menos mientras se decide de fondo sobre su constitucionalidad o legalidad.

Para la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo cuya nulidad se pretenda, el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo exige que se reúnan los siguientes requisitos: **i)** Que sea solicitada por la parte demandante[[2]](#footnote-2), **ii)** que la violación surja del “… *análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud* …” y **iii)** en el evento que se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, debe probarse, al menos sumariamente, la existencia de los mismos[[3]](#footnote-3).

Conviene destacar que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado y bajo el régimen anterior (es decir, el del Código Contencioso Administrativo), la suspensión provisional operaba si la medida se solicitaba antes de que se decidiera la admisión de la demanda y, en todo caso, si se demostraba que la violación era manifiestamente contraria a las disposiciones jurídicas invocadas por el actor como violadas; en otros términos, la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo estaba condicionada a que la vulneración del ordenamiento jurídico fuera evidente, ostensible, palmaria o *prima facie* –a primera vista–, conclusión a la que se podía llegar mediante una simple y elemental comparación de textos entre el acto administrativo demandado y las normas invocadas como transgredidas.

No obstante, la ley 1437 de 2011 suprimió esta última exigencia y, para el efecto, dispuso que el juez puede analizar la transgresión bien sea: **i)** con la **confrontación** entre el acto y las normas superiores invocadas o **ii)** con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud (sin que ello implique prejuzgamiento)[[4]](#footnote-4). Así, pues, consagró la posibilidad de que el juez suspenda los efectos del acto administrativo cuestionado, acudiendo para ello tanto a la confrontación normativa como al análisis de las pruebas allegadas con la solicitud. Sobre el particular, en sentencia del 11 de julio de 2013, esta Corporación afirmó (se transcribe literal):

“… *lo que en la Ley 1437 de 2011 representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que antes era exigencia sine quanon que la oposición normativa apareciera manifiesta por confrontación directa con el acto o mediante los documentos públicos adicionales con la solicitud. Entonces ello excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio pues la trasgresión debía aparecer prima facie. Ahora, la norma da la apertura de autorizar al juez administrativo para que desde este momento procesal, obtenga la percepción de si hay la violación normativa alegada, pudiendo al efecto:* ***1°)*** *realizar un* ***análisis*** *entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y* ***2°)****…* ***estudiar*** *las pruebas allegadas con la solicitud*.

*“Pero a la vez es necesario que el juez tenga en cuenta el perentorio señalamiento del 2º inciso del artículo 229 del C. de P.A. y de lo C.A., en cuanto ordena que ‘la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento’”*[[5]](#footnote-5) (negritas y subrayas del texto).

Por otro lado, es importante destacar que, a diferencia de lo previsto en el código anterior, la suspensión provisional puede pedirse antes de que sea notificado “… *el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso*” (se resalta, art. 229 del CPACA).

Con fundamento en lo expuesto, el Despacho procederá a analizar si existe o no una infracción del orden jurídico, por parte de los actos demandados, de la que se pueda concluir la viabilidad de la medida cautelar solicitada.

**2.2** El actor solicitó la suspensión provisional de la Resolución 1065 de 2016 y del acto contentivo del “*Pliego de Condiciones para seleccionar a los Proveedores de un Acuerdo Marco de Precios para el Servicio de Distribución*”, toda vez que, en su criterio: ***i)*** se violó el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, pues, cuando se trata de la adquisición de bienes y servicios de condiciones técnicas uniformes, el menor precio es el único criterio de selección objetiva a tener en cuenta y no, como sucede en el presente asunto, los otros factores dispuestos para la evaluación de las propuestas [se refiere a los factores “*técnico*” y “… *para estimular la industria nacional*”], ***ii)*** se violó la competencia de la Comisión de Regulación de Comunicaciones en materia regulatoria de los servicios postales, pues Colombia Compra Eficiente modificó la modalidad de mensajería expresa sin tener facultades para ello (se desconocieron los artículos 1, 2, 3, 11 y 12 de la Ley 1369 de 2009, así como los artículos 29 y 65 de la Ley 336 de 1996) y ***iii)*** se desconoció la reserva legal establecida para el Operador Postal Oficial de Colombia –Servicios Postales Nacionales S.A.– (artículo 15 de la Ley 1369 de 2009), al tiempo señaló que, con los actos acusados, se fomentan prácticas restrictivas de la competencia, como los monopolios u oligopolios, proscritas en nuestro ordenamiento jurídico (artículos 365 y 333 de la Constitución Política) (folios 28 a 34 del cuaderno principal).

El Despacho centrará su análisis en el pliego de condiciones acusado, teniendo en cuenta que es el acto que se puede confrontar directamente –al menos en esta oportunidad– con las normas presuntamente vulneradas en el presente asunto [la Resolución 1065 de 2016 abrió la licitación pública *LP-AMP-106-2016,* pero nada dijo en relación con las condiciones que regirían tal proceso].

**2.2.1** El actor sostiene la violación del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en tanto se sometió la selección de los proveedores a criterios diferentes al menor precio, único criterio de selección objetiva a tener en cuenta, según él, en la medida en que se trata de un acuerdo marco de precios para la prestación de servicios de condiciones técnicas uniformes y de común utilización.

De conformidad con las definiciones legales, un acuerdo marco de precios es un contrato suscrito entre la Agencia Nacional de Contratación Estatal (Colombia Compra Eficiente) y unos proveedores de bienes o servicios, en cuya virtud se pactan la forma, el plazo y las condiciones bajo las cuales se llevará a cabo la provisión de ciertos bienes o servicios a las entidades estatales[[6]](#footnote-6).

Se trata, entonces, de una forma de contratación que se desarrolla en dos etapas: la primera (operación principal), en donde la entidad encargada de las compras públicas (Colombia Compra Eficiente) fija las condiciones contractuales uniformes respecto de los bienes o servicios requeridos por las entidades públicas y, la segunda (operación segundaria), donde la entidad adquiriente o compradora concreta el número o cantidad de bienes o servicios que requiere para la satisfacción de sus necesidades. Esta última se concreta en una *orden de compra,* la cual se debe ceñir a las condiciones contractuales previamente pactadas entre Colombia Compra Eficiente y los proveedores seleccionados.

Lo que se pretende con la introducción de los “*Acuerdos Marco de Precios*” no es otra cosa que la eficiencia en la gestión pública contractual; al respecto, en la exposición de motivos presentada en el proyecto de ley 20 de 2005 (que dio lugar a la Ley 1150 de 2007) se dijo:

*“… las experiencias exitosas a nivel internacional demuestran que el criterio de distinción que debe gobernar un esquema contractual eficiente,* (sic) *es el de modular las modalidades de selección****en razón a*** (sic) ***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,* (sic) *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”* (Senado, Gaceta del Congreso 458 de 1 de agosto de 2005 –se resalta–).

Descendiendo al caso concreto se tiene que el pliego de condiciones allegado con la demanda da cuenta de que la licitación pública de que trata la Resolución 1065 de 2016*,* acá demandada, tiene por objeto suscribir el Acuerdo Marco de Precios para el Servicio de Distribución de los Servicios Postales, acuerdo a través del cual se establecen las condiciones de distribución, así como de vinculación de los proveedores y de pago por parte de las entidades compradoras.

En efecto, el Acuerdo Marco de Precios objeto de la licitación pública de que trata la resolución citada tiene por finalidad la contratación se servicios postales que, según la demanda, tienen las características de *condiciones técnicas uniformes y común utilización*; por consiguiente, es claro que dicho proceso contractual se debe sujetar al *menor precio*, como único criterio de selección objetiva, según lo dispone el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 que, a la letra, dice:

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

*“1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6° de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.*

*“2. (…)*

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

Pues bien, el Despacho observa que en el pliego de condiciones demandado se incluyeron factores distintos al *menor precio* como criterios de evaluación de las ofertas; así, se lee en los pliegos acusados (se transcribe conforme obra, inclusive con errores):

*“****VII. Criterios de evaluación de las Ofertas***

“*Colombia Compra Eficiente evalúa en cada Segmento las Ofertas de los Proponentes que hayan acreditado los requisitos habilitantes y los requisitos mínimos técnicos de las secciones IVB, y VI.*

“***En la evaluación Colombia Compra Eficiente tiene en cuenta el factor económico, el factor técnico, y el apoyo a la industria nacional previsto en la Ley 816 de 2003, de acuerdo con los puntajes indicados a continuación****:*

*Tabla 6 Puntaje por criterio de evaluación*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ***Nº*** | ***Criterios de evaluación***  | ***Puntaje*** |
| ***1*** | ***Factor económico***  | ***70*** |
| ***2*** | ***Factor técnico***  | ***20*** |
| ***3*** | ***Puntaje para estimular la industria nacional***  | ***10*** |
| ***Total puntos*** | ***100*** |

*Fuente: Cálculos realizados por Colombia Compra Eficiente.*

Lo anterior se encuentra corroborado en el acápite de adjudicación definido en el pliego de condiciones, donde se reiteraron los factores “*técnico*” y el “*incentivo a la industria nacional*” (que, obviamente, son diferentes al *menor precio*), como criterios de selección para la contratación de los servicios de que trata la licitación *LP-AMP-106-2016:*

*“****X. Adjudicación***

*“Colombia Compra Eficiente debe asignar un puntaje a los Proponentes teniendo en cuenta el* ***factor económico, el factor técnico y el incentivo a la industria nacional****. Colombia Compra Eficiente debe seleccionar los mayores puntajes teniendo en cuenta las Ofertas presentadas por los Proponentes que cumplan con lo estipulado en las secciones V y VI y los cupos indicados en la Tabla 11.*

*“(…)”.*

Bajo este escenario, para el Despacho es claro y evidente que, de la simple confrontación del pliego de condiciones con la norma superior invocada, resulta clara la violación que invoca el actor para solicitar la medida cautelar de suspensión provisional, pues el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 sujeta las contrataciones para el suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes al *menor precio ofrecido*, como único criterio de selección objetivo de las ofertas, mientras que en el pliego de condiciones impugnando se incluyeron factores adicionales distintos como criterios de selección, esto es, se insiste, el criterio “*técnico”* y el de “*incentivo a la industria nacional”*.

En tales condiciones, resulta palmario que los numerales VII y X del pliego de condiciones de la licitación pública de que trata la Resolución 1065 de 2016, expedida por la Agencia Nacional de Contratación Estatal, violan el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, en la medida en que desconocen abiertamente la exigencia legal de incluir el “menor precio” como único factor de selección objetiva; así, pues, se encuentra acreditada la vulneración de la norma superior, lo cual permite disponer la suspensión provisional de dichos numerales.

**2.2.2** En segundo lugar, la parte actora considera que se violó la competencia de la Comisión de Regulación de Comunicaciones en materia regulatoria de los servicios postales, pues la demandada modificó la modalidad del servicio postal de mensajería expresa, sin tener competencia para ello (se confronta con los artículos 1, 2, 3, 11 y 12 de la Ley 1369 de 2009, así como los artículos 29 y 65 de la Ley 336 de 1996).

Pues bien, por disposición del artículo 11 de la Ley 1369 de 2009, “… *La Comisión de Regulación de comunicaciones -CRC-,* (sic) *es la* ***Autoridad competente*** *para regular el régimen de tarifas y los niveles de calidad de los Servicios Postales distintos a aquellos pertenecientes al Servicio Postal Universal …*” (se resalta).

Tal competencia fue reiterada en el artículo 3, numeral 2.3, de la misma ley 1369 de 2009 que, en relación con los servicios de mensajería expresa, estableció:

*“… 2.3 Servicio de Mensajería Expresa. Servicio postal urgente que exige la aplicación y adopción de características especiales para la recepción, recolección, clasificación, transporte y entrega de objetos postales hasta de 5 kilogramos. Este peso será reglamentado por la Comisión de Regulación de Comunicaciones”.*

En desarrollo de lo anterior, la Comisión de Regulación de Comunicaciones reglamentó la prestación del servicio de mensajería expresa (en los ámbitos local, nacional e internacional) y dispuso que los tiempos de entrega serían los siguientes (artículo 6 de la Resolución 3095 de 2011):

## *“El tiempo de entrega (D+n) definido en el numeral 2.10 del artículo 2º de la presente resolución se discrimina por cada uno de los ámbitos local, nacional e internacional saliente* [el mencionado numeral 2.10 establece que el tiempo de entrega ‘… corresponde al tiempo transcurrido entre la fecha de imposición (D) de un objeto postal por parte del usuario remitente y la fecha de entrega al usuario destinatario (n) por parte del operador postal, medido en horas hasta el primer intento de entrega’]*. Los objetos postales que sean impuestos en horas en las que el operador no tenga disponibilidad para la distribución de los mismos, se tendrán como admitidos a la primera hora del siguiente horario de atención al usuario previsto por el operador. De igual manera, los objetos que sean admitidos con posterioridad a la última hora prevista para la recolección en una determinada oficina o punto de atención del operador postal, se tendrán como impuestos a la primera hora del siguiente horario de atención al usuario previsto por el operador.*

*“Las metas en cuanto al porcentaje mínimo de objetos entregados en el tiempo de entrega para los envíos individuales, se establecen … así:*

|  |  |
| --- | --- |
| ***Ámbito*** | ***Indicador***  |
| *Urbano* | *D+24 hrs*  |
| *Nacional* | *D+48 hrs*  |
| *Internacional saliente* | *D+96 hrs*  |

“(…)”

Ahora, como se citó anteriormente [págs. 3 y 4 *supra*], en el pliego de condiciones se establecieron tres segmentos para que los proponentes presentaran sus ofertas, esto es, “*… (i) mensajería expresa nacional, (ii) mensajería expresa internacional y (iii) transporte de carga”*. Asimismo, se establecieron los tiempos de entrega, de la siguiente forma:

*“****3. Tiempos máximos de entrega***

 *“Los Proveedores del Segmento 1 y del Segmento 2* (sic) *deben cumplir con los tiempos definidos por Colombia Compra Eficiente para cada zona, de acuerdo con la siguiente tabla.*

 *Tabla 2 Tiempos máximos de distribución (días hábiles)*

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| ***Zona***  | ***Urbana***  | ***Departamental***  | ***Nacional***  | ***Difícil acceso***  |
| ***Segmento***  |
| *1 Mensajería expresa nacional*  | *1*  | *2*  | *3*  | *6*  |
| *3 Transporte de carga*  | *1*  | *2*  | *7*  | *10*  |

*Fuente. Elaborado por Colombia Compra Eficiente*

*“Los Proveedores del Segmento 2 deben cumplir con los tiempos máximos de entrega definidos en el Anexo 2 del presente documento”.*

Por lo anterior, para el Despacho es claro que Colombia Compra Eficiente estableció las condiciones en que se debe prestar el servicio postal de mensajería expresa en abierto desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1369 de 2009, norma que radicó expresamente la competencia para ello en la Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC–.

En efecto, Colombia Compra Eficiente usurpó las competencias que, por ley, están asignadas a la Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC–, en tanto ésta es la única competente para regular el “… *régimen de tarifas y los niveles de calidad de los Servicios Postales distintos a aquellos pertenecientes al Servicio Postal Universal …”* (ibídem); adicionalmente, cambió los tiempos de entrega del servicio postal (de “*horas” a “días* *hábiles”*)*,* aumentó el plazo dispuesto para las entregas en el ámbito nacional (de 48 horas a 3 días) y creó dos nuevos destinos, esto es, “*departamental*” y “*difícil acceso*” (cuyas entregas se deben realizar en 2 y 6 días hábiles, respectivamente, para la mensajería expresa nacional y en 2 y 10 días, en su orden, para el transporte de carga), sin contar con facultad legal para ello.

*So pretexto* de implementar el acuerdo marco de precios, la demandada no podía invadir la órbita de competencia que fue deferida por el legislador a la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Lo anterior, sin duda, supone una extralimitación de sus funciones, pues, con miras a asegurar la cumplida ejecución de tal acuerdo marco de precios, no podía modificar o ampliar aspectos técnicos de los servicios postales, respecto de los cuales la competencia está radicada en otra autoridad; en otros términos, Colombia Compra Eficiente en ningún caso cuenta con facultad creadora, modificadora o derogadora que interfiera las competencias asignadas por el legislador a otra entidad o autoridad.

Por lo expuesto, se impone concluir que también le asiste razón al demandante por este cargo, motivo por el cual se suspenderá el numeral 3 del acápite IV del pliego de condiciones acusado.

**2.2.3** De otra parte, el extremo demandante considera que los actos acusados desconocen la reserva legal establecida para el Operador Postal Oficial de Colombia –Servicios Postales Nacionales S.A.–, en tanto éste es el único *“… autorizado para prestar los servicios de correo a las entidades definidas como integrantes de la Rama Ejecutiva, Legislativa y Judicial del Poder Público*” (art. 15 de la Ley 1369 de 2009); al respecto, es de anotar que tal vulneración no se verifica con la mera *confrontación*[[7]](#footnote-7) de los actos administrativos que se piden suspender y la norma presuntamente vulnerada –art. 15 *ejusdem–,* así como tampoco con las pruebas aportadas con la solicitud de suspensión provisional, pues, sin duda, es necesario realizar un verdadero juicio de valor sobre los antecedentes de los actos demandados, con miras a, de esta manera, establecer si los supuestos de quebrantamiento normativo invocados se encuentran probados o no, es decir, si los actos acusados de ilegalidad desconocieron la mencionada reserva legal.

Igual consideración se predica en relación con las supuestas prácticas restrictivas de la competencia (último cargo formulado), pues tal aspecto no es un asunto que se pueda determinar con la simple confrontación de los actos acusados con las normas presuntamente vulneradas o con las pruebas aportadas al solicitar la suspensión provisional.

**2.2.4** Finalmente, se reitera que no existen elementos de juicio que permitan establecer la violación en que presuntamente incurrió la Resolución 1065 de 2016, pues la parte que se acusa de ilegalidad se refiere únicamente a “… *las condiciones en las cuales las Entidades* (sic) *Compradoras* (sic) *se vinculan al Acuerdo Marco …”* y no reglamenta la prestación misma de los servicios postales a contratar (como si ocurre de manera amplia en el pliego de condiciones). Así las cosas, tal circunstancia debe ser objeto de probanza y controversia dentro del proceso, pues no es posible determinar en este momento si existe la violación que se le endilga a dicha resolución.

Bajo este panorama, el Despacho decretará únicamente la suspensión provisional de los acápites VII y X del pliego de condiciones, que contienen los criterios para la selección objetiva de los proveedores del acuerdo marco de precios de que trata la Resolución 1065 de 2016, expedida por la Agencia Nacional de Contratación Estatal, así como del numeral 3 del acápite IV del mismo pliego, que estableció los “tiempos de entrega” para los servicios *postales de mensajería expresa*.

En mérito de lo expuesto, se

**R E S U E L V E :**

**PRIMERO: SUSPENDER**,de manera provisional, los acápites VII y Xdel pliego de condiciones de que trata la Resolución 1065 de 2016, expedida por la Agencia Nacional de contratación Estatal, así como el numeral 3 del acápite IV del mismo acto demandado.

**SEGUNDO: NEGAR** la suspensión provisional de la Resolución 1065 de 2016, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Esta norma establece: "*La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial*". [↑](#footnote-ref-1)
2. También se puede decretar de oficio, únicamente en los procesos que tengan por “… *finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*” (art. 229, parág., ley ejusdem). [↑](#footnote-ref-2)
3. En su tenor literal, dicha norma contempla:

“*Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas* ***en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado****, cuando tal violación* ***surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas*** *o del* ***estudio de las pruebas allegadas con la solicitud****. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos*” (se resalta). [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículo 229 del CPACA. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de julio de 2013, radicado 2013-00021-00, demandante: Tito Llerena Salazar y otro, demandado: Ssuperintendencia de vigilancia y seguridad privada. Consúltese también la sentencia del 3 de diciembre de 2012, expediente 2012-00290-00. [↑](#footnote-ref-5)
6. Artículo 2, parágrafo 5, de la ley 1150 de 2007, “… *Los acuerdos marco de precios … 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*”. [↑](#footnote-ref-6)
7. Recuérdese que, según el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, la violación debe surgir “… *del análisis del acto demandado y su* ***confrontación*** *con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud …”*; así, pues, es un simple ejercicio de comparación o de cotejo entre los mismos (el verbo infinitivo “confrontar” significa *“… cotejar dos cosas, especialmente escritos”.* En: [*http://www.rae.es/*](http://www.rae.es/)*,* consulta realizada en línea el 11 de septiembre de 2017)*.* [↑](#footnote-ref-7)