**LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA - Interés directo - Tercero - Colombia Compra Eficiente**

De otro tanto, en lo que corresponde a los sujetos contra los cuales se dirigió la demanda, se tiene que ésta sólo se incoó en relación al Departamento Nacional de Planeación, sin perjuicio de ello, esta judicatura ordenará tener como terceros con interés directo en el asunto al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y a la Agencia Nacional de Contratación Estatal – Colombia Compra Eficiente, en razón a la materia del asunto, su importancia y las competencias de una y otra autoridad administrativa sobre este tópico. En consecuencia, se dispondrá en la parte resolutiva de esta decisión que la misma les sea notificada personalmente corriéndosele el traslado previsto en el artículo 184 de la Ley 1437 de 2011, para lo pertinente.

**MEDIDAS CAUTELARES - Aplicación**

Los artículos 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 consagran un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo que son aplicables en aquellos casos en que se consideren “necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”, conforme a las notas del mismo artículo, de donde se infiere que la institución cautelar es una manifestación legislativa concreta de la garantía de efectividad del derecho al acceso a la administración de justicia; comoquiera que se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien que acude a la jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón

**MEDIDAS CAUTELARES - Finalidad**

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

**MEDIDAS CAUTELARES - Urgencia - Propósito**

Por último, el Despacho pone de presente el carácter decididamente autónomo de la tutela cautelar a través de las denominadas “medidas cautelares de urgencia”, establecidas en el artículo 234 del Código y con las que se procura la adopción de una medida provisional de manera inmediata, en donde – dada la situación de inminente riesgo de afectación de los derechos del interesado – se prescinde del trámite de notificación a la contraparte y puede ordenarse la misma, inclusive, de manera previa a la notificación del auto admisorio de la demanda (conforme al artículo 229 del Código)….Esta disposición constituye una protección reforzada al derecho convencional de toda persona de contar con un recurso judicial efectivo en caso de graves violaciones de derechos humanos, dejando la medida de ser accesoria y subordinada al proceso contencioso administrativo principal y adquiriendo unas características y particularidades diferenciadas, pues en sí misma constituye, a la luz del procedimiento contencioso, un recurso judicial sui generis de urgencia para la protección de los derechos de los asociados. Es en estos términos, como una medida autónoma garante de los Derechos Humanos, que se debe interpretar y aplicar, por parte de los Jueces, la tutela cautelar de urgencia.

**MEDIDAS CAUTELARES - Criterios**

Por otro lado, en cuanto a los criterios que debe seguir el juez para determinar la procedencia de una medida cautelar, es preciso reconocer que éste cuenta con una razonada y proporcional discrecionalidad para adoptarla, así como para modular sus efectos en el caso concreto. En este contexto, debe el Juez tener en cuenta el principio de proporcionalidad como, de hecho, se desprende, además de las exigencias constitucionales y convencionales, de la normativa sobre las medidas cautelares al establecer como uno de los requisitos para el decreto de la cautela que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla

**MEDIDAS CAUTELARES - Suspensión provisional**

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

**SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Procedencia**

De acuerdo con los anteriores argumentos, cabe afirmar que la suspensión provisional como medida cautelar diseñada para el procedimiento contencioso administrativo procede, a petición de parte, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de pruebas allegadas con la solicitud, figura que ha sido ampliamente definida en cuanto a su contenido y procedencia por la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación… Su procedencia está determinada por la violación al ordenamiento jurídico mediante la subsunción de un acto administrativo con el universo normativo de principios y valores al cual está sujeto, y la necesidad de proteger provisionalmente la legalidad en sentido amplio mientras se profiere la decisión definitiva respecto del acto administrativo demandado.

**SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Requisitos**

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

**IDONEIDAD -** **Proceso de selección de contratista - Evaluación**

En efecto, si se acepta que la idoneidad comprende un juicio de valor de naturaleza racional (técnico y empírico) que evalúa la relación medios y fines, se sigue de allí que algo (una medida) o alguien (persona) será idóneo si se puede predicar que resulta capaz de contribuir de manera eficaz a la realización del fin u objetivo propuesto. Nótese, entonces, cómo surgen de bulto dos parámetros antagónicos a ser considerados i) hay idoneidad si se está (la medida o las calidades del sujeto) racionalmente vinculado al fin y ii) no hay idoneidad si se concluye que la medida o el sujeto resulta abiertamente incapaz de realizar ese propósito o fin pretendido. Agréguese a ello que el texto del artículo 3° brinda otros referentes que alimentan ese criterio de idoneidad, como lo es la experiencia de la entidad en el objeto a contratar, el objeto estatutario de la misma y la exigencia de definir en los documentos del proceso las características que deben ser acreditadas.

**PRINCIPIO DE PLANEACIÓN - Propósito**

Esto último 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 en cuanto a selección de fines y medios para su pronta y cumplida satisfacción 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.”

**DECRETO 092 DE 2017 - Suspensión provisional - Colombia Compra Eficiente**

Esta judicatura encuentra que a partir de un examen prima facie propio de la instancia cautelar, no prospera la medida de suspensión provisional en relación con el artículo 3° del Decreto 092 de 2017. Suspensión Provisional por haber delegado en Colombia Compra Eficiente reglamentación sobre la materia. Sostienen los ciudadanos demandantes que el Decreto incurre en un vicio de inconstitucionalidad al delegar en una Entidad que no integra el Gobierno Nacional la reglamentación de la materia dispuesta en el inciso segundo del artículo 355 constitucional, esto es, la contratación con entidades sin ánimo de lucro. Del escrito de medida cautelar plantean que tal cuestión resulta violatoria del artículo 4°, 189.11, 211 y 355 constitucionales, esto son, el principio de supremacía constitucional, la competencia reglamentaria del Presidente de la República, las competencias delegables por el Presidente de la República y, finalmente, la competencia otorgada por el constituyente al Gobierno Nacional para reglamentar la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro. (…) Este Despacho no encuentra una contradicción analítica inicial entre el precepto reglamentario y las normas constitucionales que han sido invocadas por los ciudadanos demandantes. En efecto, se encuentra que el ordenamiento jurídico ha conferido a la Agencia Nacional de Contratación Pública amplias competencias relativas al desarrollo de políticas públicas, directrices, programas, normas e instrumentos relativos a la contratación pública, como se desprende de los artículos 2° y 3 numeral 2° del Decreto 4170 de 3 de noviembre de 2011, toda vez que aquel señala como objetivo de la Agencia, a la que califica como ente rector, “desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación, de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado”, mientras que éste enseña como una de las funciones de la Agencia “Desarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado y promueven las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad del mismo, a fin de que se cumplan los principios y procesos generales que deben gobernar la actividad contractual de las entidades públicas”. Por consiguiente, se advierte, ab initio que la referencia que se hace en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 092 de 2017 no es otra cosa que la reafirmación de las amplias competencias en el ámbito administrativo con las que cuenta la Agencia Nacional de Contratación Pública sobre la materia, sin que, en principio, se logre evidenciar del texto del Decreto una suerte de delegación pues lo único que se hace allí es una remisión a significados de ciertos términos contenidos en el Decreto y no un desprendimiento de las competencias reglamentarias del Gobierno Nacional relativas al artículo 355 constitucional; lo primero (la fijación de significados) consiste en una llana estipulación del sentido y alcance razonable que se deriva en el argot técnico, jurídico, especializado de un término y per se no tiene potencialidad para hacer surgir consecuencias normativas (prohibido, permitido, obligatorio), lo que sí es connatural y propio del poder reglamentario conferido al Gobierno Nacional en el artículo 355 constitucional.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C., cinco (5) de julio de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 11001-03-26-000-2017-00083-00(59493)**

**Actor: JULIÁN ANDRÉS COTES BUITRAGO Y OTROS**

**Demandado: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN**

**Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD (AUTO)**

Decide el Despacho la admisibilidad de la demanda interpuesta por los ciudadanos Antonio Alejandro Barreto Moreno y otros con la que persiguen la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad algunos apartes del Decreto No. 092 de 23 de enero de 2017[[1]](#footnote-1) proferido por el Gobierno Nacional *“Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política”*.

**ANTECEDENTES**

**1.-** En escrito de 8 de junio de 2017, los ciudadanos Antonio Alejandro Barreto Moreno, Manuel Andrés López Rojas, Yuli Paola Contreras Sánchez, Ana María González Becerra, Julián Andrés Cotes Buitrago, Stefanny Villamizar Montero y Karen Aslendy González en ejercicio del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad solicitaron se declarara la nulidad de algunos apartes del Decreto No. 092 de 23 de enero de 2017 proferido por el Gobierno Nacional. Solicitaron a esta judicatura dictara medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los apartes del acto objeto del presente control jurisdiccional.

**CONSIDERACIONES**

**1.- Competencia**

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 ordenamiento[[2]](#footnote-2), 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 tercero[[3]](#footnote-3).

1.2.- Ello responde, en esencia, al hecho de que el de competencia es un concepto normativo toda vez que es el propio derecho el que prescribe el modo, forma y condiciones de producción de las normas jurídicas (autorregulación) y en este escenario es que tiene lugar la determinación de los sujetos que fungen como autoridades normativas con poder decisorio para emitir actos jurídicos. Por tal razón, la averiguación sobre si un sujeto de derecho público es competente no es un asunto que demande reflexiones internas en torno a la decisión, esto es, su ilicitud, imposibilidad o inexistencia, ni su motivación o finalidad, sino que se contrae a indagar, en el marco del universo jurídico vigente, si tal o cual contenido normativo podía ser emitido por cierta autoridad[[4]](#footnote-4).

1.3.- En cuanto hace al caso concreto, se reúne el presupuesto de competencia de esta Corporación para avocar conocimiento, tramitar y decidir el asunto puesto a su consideración con arreglo a las siguientes razones: *i)* los ciudadanos invocan y ejercen el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, *ii)* la Constitución Política atribuyó, en los términos del artículo 237 numeral 2°[[5]](#footnote-5), competencia a la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado para conocer el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, *iii)* del escrito de demanda se identifica que *a)* los ciudadanos promueven este medio de control contra un decreto de carácter general dictado por el Gobierno Nacional, esto es, el Decreto No. 092 de 23 de enero de 2017, *b)* que ese Decreto no es de aquellos cuyo control jurisdiccional está sometido a conocimiento de la Corte Constitucional, a tenor de los artículos 237 y 241 de la Constitución y *c)* se han formulado contra ese acto jurídico cargos de infracción directa de la Constitución[[6]](#footnote-6); concurriendo así los elementos normativos propios del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad conforme lo dispone el artículo 135 de la Ley 1437 de 2011[[7]](#footnote-7), *iv)* la materia del Decreto demandado versa sobre cuestiones relativas a contratación estatal[[8]](#footnote-8) y esta causa ha sido repartida a uno de los Despachos que integran la Sección Tercera de la Sala Contenciosa, a la que se le ha asignado el conocimiento, *inter alia*, de *‘las controversias de naturaleza contractual’[[9]](#footnote-9)*, lo cual deviene conforme al artículo 184 de la Ley 1437 de 2011[[10]](#footnote-10).

1.4.- Ergo, la reunión favorable de los prenotados presupuestos afirma la competencia de adjudicación judicial de esta Corporación en el *sub judice*.

**2.- Admisibilidad de la demanda**

2.1.- *Aspectos formales.* En lo que respecta a los requerimientos de forma de la presentación de la demanda, contenidos en los artículos 162 y 184[[11]](#footnote-11) de la Ley 1437 de 2011, estos concurren en debida forma, en razón a que en el libelo introductorio del proceso los ciudadanos expusieron con claridad las pretensiones de la demanda, los fundamentos fácticos y jurídicos en que estas encuentran sustento, así como la relación de pruebas que pretende se valoren en el proceso y la dirección para notificaciones.

En lo concerniente a los anexos obligatorios de la demanda –artículo 166 CPACA- junto a ésta se acompañaron copia simple del acto demandado, Decreto No. 092 de 23 de enero de 2017[[12]](#footnote-12), copias de la demanda y de sus anexos para la notificación a las partes y demás intervinientes; escrito separado de solicitud de medida cautelar de suspensión provisional de efectos[[13]](#footnote-13) y copia de la demanda en medio magnético.

Ahora, en relación con el caso en concreto, el numeral 1° del artículo 184 de la Ley 1437 de 2011, señala que se deberán indicar las normas constitucionales que se consideren infringidas y exponer las razones por las cuales se sustenta la constitucionalidad alegada, lo cual se satisface toda vez que los ciudadanos en acápite separado titulado “*III.- Normas Constitucionales Vulneradas*” identificaron como tales al Preámbulo y los artículos 2, 4, 150-26, 189-11, 211 y 335 de la Constitución.

2.2.- *Terceros con interés.* De otro tanto, en lo que corresponde a los sujetos contra los cuales se dirigió la demanda, se tiene que ésta sólo se incoó en relación al Departamento Nacional de Planeación, sin perjuicio de ello, esta judicatura ordenará tener como terceros con interés directo en el asunto al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y a la Agencia Nacional de Contratación Estatal – Colombia Compra Eficiente, en razón a la materia del asunto, su importancia y las competencias de una y otra autoridad administrativa sobre este tópico. En consecuencia, se dispondrá en la parte resolutiva de esta decisión que la misma les sea notificada personalmente corriéndosele el traslado previsto en el artículo 184 de la Ley 1437 de 2011, para lo pertinente.

2.3.- *Solicitudes de conceptos.* Enseña el literal c) del numeral 4° del artículo 184 de la Ley citada que es competencia del Magistrado Ponente invitar a *“entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso”* a que presenten ante esta Sala conceptos sobre cuestiones de relevancia para la elaboración del fallo.

Siendo verdad que la legitimidad de una decisión jurídica reposa en su capacidad de ser reflejo del principio discursivo, su aptitud para ser intersubjetivamente comprendida en términos racionales, como también en ser concreción de los mejores argumentos ofrecidos en la deliberación, el Despacho advierte en el citado precepto legal la institucionalización de un mecanismo procesal que potencia la participación democrática y plural de diversos actores, reconoce la trascendencia e impacto social de ciertos litigios, que no alcanza a ser cubierta con la intervención de los tradicionales sujetos procesales que toman parte en las causas judiciales y valora positivamente la posibilidad de recibir contribuciones inteligentes y razonadas que proporcionan elementos de juicio de provecho para la discusión, la estructuración de problemas jurídicos y aproximación a otros puntos de vista relevantes.

En razón a ello se ordenará extender invitación, por conducto de la Secretaría de la Sección Tercera, a las Facultades o Escuelas de Derecho/Jurisprudencia de los siguientes centros universitarios: Universidad Nacional de Colombia, Universidad de Antioquia, Universidad Industrial de Santander, Universidad de Nariño, Universidad del Cauca, Universidad del Norte, Universidad Libre – Sede Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Universidad del Rosario, Universidad de Los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Eafit y Universidad Icesi, como también a la Federación Nacional de Departamentos, Federación Colombiana de Municipios y la Cámara Colombiana de la Infraestructura para que, si lo estiman conveniente, emitan con destino a esta Sala concepto u opinión especializada sobre las cuestiones relativas a las disposiciones que son materia de impugnación del Decreto No. 092 de 23 de enero de 2017, dentro de los diez (10) días siguientes al recibido de la comunicación de esta decisión.

Así las cosas, por reunir los requisitos formales, este Despacho dispondrá la admisión de la demanda, para lo cual se dictarán las previsiones que dispone el artículo 184 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**3.- Medida cautelar de suspensión provisional de efectos jurídicos.**

Junto al escrito de demanda los ciudadanos solicitaron se decretara la suspensión provisional de los apartes demandados del Decreto 092 de 2017. Como el literal c) del numeral 4° del artículo 184 de la Ley 1437 de 2011 enseña que la petición de suspensión provisional del acto se resolverá en el auto admisorio, procede el Despacho a considerar la procedencia de esa medida cautelar, por las razones que pasan a exponerse.

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

3.1.1.- Los artículos 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 consagran un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo que son aplicables en aquellos casos en que se consideren *“necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”*, conforme a las notas del mismo artículo, de donde se infiere que la institución cautelar es una manifestación legislativa concreta de la garantía de efectividad del derecho al acceso a la administración de justicia[[14]](#footnote-14)-[[15]](#footnote-15); comoquiera que se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien que acude a la jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda *“la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón”*[[16]](#footnote-16).

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

3.1.3.- Avanzando en la tipología desarrollada por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se diferencia entre medidas cautelares *preventivas*, tendientes a operar como una suerte de acción impeditiva para que no se pueda consolidar una afectación a un derecho; *conservativas* que buscan mantener o salvaguardar un *statu quo ante*; *anticipativas*, en donde se pretende satisfacer por adelantado la pretensión perseguida por el demandante, mediante una decisión que propiamente correspondería al fallo que ponga fin al proceso y que se justifica en tanto que de no adoptarse se incurriría en un perjuicio irremediable para el actor, y de *suspensión* que corresponde a la medida tradicional en el proceso contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.

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

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

3.1.6.- Esta disposición constituye una protección reforzada al derecho convencional de toda persona de contar con un recurso judicial efectivo en caso de graves violaciones de derechos humanos[[17]](#footnote-17), dejando la medida de ser accesoria y subordinada al proceso contencioso administrativo principal y adquiriendo unas características y particularidades diferenciadas, pues en sí misma constituye, a la luz del procedimiento contencioso, un recurso judicial *sui generis* de urgencia para la protección de los derechos de los asociados. Es en estos términos, como una medida autónoma garante de los Derechos Humanos, que se debe interpretar y aplicar, por parte de los Jueces, la tutela cautelar de urgencia.

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

“Huelga manifestar que casos como el presente, el juez podrá pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, inclusive sin haber admitido la demanda, supeditando la continuidad del proceso a que se demuestre el cumplimiento del requisito de procedibilidad, en los términos establecidos para el efecto, en virtud de que este mismo precepto lo autoriza cuando no sea posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, proferir simultáneamente el auto admisorio de la demanda junto con la medida cautelar.

En ese orden, no escapa el hecho de que una cosa es que la conciliación extrajudicial constituye requisito de procedibilidad de la demanda, mas no de la solicitud de la medida cautelar. De suerte que, estamos en presencia de dos figuras diferentes y que se pueden estructurar en momentos distintos, sin que esto implique su incompatibilidad procesal.

Tal precisión conduce a que efectivamente es posible solicitar el decreto y práctica de la medida cautelar, aun sin haber agotado previamente el requisito de procedibilidad. De ahí que, esta alternativa materializa la prevalencia del derecho sustancial frente al formal, toda vez que implica la adecuación e interpretación de la norma procesal con miras a la efectividad de los derechos sustanciales de los ciudadanos”[[18]](#footnote-18).

3.1.8.- Con base en la anterior jurisprudencia, cabe comprender y reconocer a la institución cautelar como un procedimiento autónomo al proceso contencioso administrativo, de ahí, entonces, que se conciba como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia. Conforme a ello, para la procedencia de las medidas cautelares debe tenerse en cuenta presupuestos constitucionales, convencionales y legales, lo que lleva a decir que al Juez Administrativo le corresponde remover los obstáculos eminentemente formales que llegaren a impedir la adopción de estas medidas en los casos en que exista una seria y verdadera amenaza de vulneración de derechos, bienes o intereses jurídicos. Este argumento encuentra mayor peso, aún, en el caso de las denominadas medidas cautelares de urgencia, las cuales, conforme a la lectura dada por la Sala Plena, así como por la finalidad que están llamadas a satisfacer, implican que se concreten como verdaderas medidas preliminares cautelares de eficacia inmediata para la protección de los derechos[[19]](#footnote-19).

**3.1.9.- Criterio de aplicación.** Por otro lado, en cuanto a los criterios que debe seguir el juez para determinar la procedencia de una medida cautelar, es preciso reconocer que éste cuenta con una razonada y proporcional discrecionalidad para adoptarla, así como para modular sus efectos en el caso concreto. En este contexto, debe el Juez tener en cuenta el principio de proporcionalidad como, de hecho, se desprende, además de las exigencias constitucionales y convencionales, de la normativa sobre las medidas cautelares al establecer como uno de los requisitos para el decreto de la cautela que “el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, ***mediante un juicio de ponderación de intereses***, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla” (artículo 231 CPAyCA) (Resaltado propio).

3.1.10.- Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleja la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que en el escenario de las medidas cautelares, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*[[20]](#footnote-20), debe proceder a un estudio de ponderación y sus subprincipios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad[[21]](#footnote-21). Sobre la aplicación de la proporcionalidad en escenarios de discrecionalidad, se ha sostenido en anteriores ocasiones:

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

Conforme a este entendimiento de la discrecionalidad, sobra advertir, entonces, que en cualquier ordenamiento jurídico sustentado en la cláusula del Estado social y democrático de derecho[[22]](#footnote-22), se debe partir de un concepto de discrecionalidad sustentado en la idea de una simple *“habilitación”* normativa a la autoridad para la concreción del derecho bajo escenarios de indeterminación, sustrayendo, por lo tanto, cualquier explicación del fenómeno de la artificial y peligrosa argumentación de estar vinculada su existencia a un ámbito de *“libertad de selección*”, arbitraria, subjetiva o pasional del servidor público.

(…)

6.- Se trata, entonces, de una concepción realmente material, sustancial y positiva de la discrecionalidad en cuanto norma habilitante del juez administrativo para adoptar decisiones acordes con los preceptos del Estado social y democrático de derecho[[23]](#footnote-23), en contra de posturas estrictamente formales o negativas, desconocedoras de parámetros de racionalidad y justificación para la decisión discrecional, fundadas por fuera de la racionalidad[[24]](#footnote-24).

7.- El asunto resulta elemental: allí donde el juez administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización[[25]](#footnote-25), luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial[[26]](#footnote-26). Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad.”[[27]](#footnote-27)

3.1.11.- En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica **i)** que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); **ii)** que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario **iii)** llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación[[28]](#footnote-28), en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos[[29]](#footnote-29) (pasos a y b) y, luego de ello, se procede a c) que ordena analizar si se encuentra *justificado* que la satisfacción de uno de los principios afecte al otro; aplicando las consideraciones vertidas en iii) en la materia que se está tratando, hay que decir que ello implica valorar si está justificada la adopción de la medida cautelar para la protección de un derecho en circunstancias de amenaza, en desmedro de la administración. El propio artículo 231 del CPAyCA da lugar a estar consideración imperativa en el numeral 4 literales a) y b) cuando prescribe como exigencia

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

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

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

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

3.2.1.- En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el procedimiento contencioso administrativo se encuentra la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Nacional y desarrollada por los artículos 231 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. La suspensión provisional constituye un importante instrumento de naturaleza cautelar, temporal y accesoria, tendiente a evitar que actos contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso donde se hubiere decretado la medida, como producto de una solicitud fundamentada que en consideración del juzgador sea procedente en razón de la claridad de la infracción. En consecuencia, es presupuesto básico de la medida que el acto esté produciendo sus efectos jurídicos[[30]](#footnote-30). En este sentido, su finalidad no puede ser otra que la de evitar, transitoriamente, que el acto administrativo surta efectos jurídicos, en virtud de un juzgamiento provisorio del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho[[31]](#footnote-31).

3.2.2.- De acuerdo con los anteriores argumentos, cabe afirmar que la suspensión provisional como medida cautelar diseñada para el procedimiento contencioso administrativo procede, a petición de parte, *“cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de pruebas allegadas con la solicitud”,* figura que ha sido ampliamente definida en cuanto a su contenido y procedencia por la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación[[32]](#footnote-32), precedente vigente para entender el alcance de la Ley 1437 de 2011 en esta materia, en los siguientes términos:

“… En efecto, la figura de la suspensión provisional es una medida cautelar de raigambre constitucional, de estricto carácter provisional, objetivo y accesorio, inherente a las funciones de control preventivo de la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos, atribuida a la jurisdicción de lo contencioso administrativa que impide, previa decisión motivada de la autoridad judicial competente, que los actos de esta naturaleza que sean manifiestamente contrarios al orden jurídico continúen produciendo efectos mientras se decide de fondo en el proceso correspondiente sobre su constitucionalidad o legalidad, previniendo de esta manera el peligro que tal situación implica para el interés general de las instituciones y en particular para los asociados,[[33]](#footnote-33) por lo tanto, instrumento vital de carácter material consolidador de los presupuestos de la cláusula constitucional del Estado social de derecho…”

Es provisional porque su existencia es precaria toda vez que el pronunciamiento de la decisión final normalmente la extingue, sin olvidar que puede ser modificada o levantada en presencia de las circunstancias previstas por la ley; objetiva porque la decisión que la adopte debe fundarse en estrictas consideraciones de clara y evidente contradicción entre el acto administrativo y el ordenamiento jurídico superior, y no en consideraciones personales o subjetivas del juzgador; accesoria porque no constituye el centro del debate procesal y está sujeta a lo que disponga el fallo que ponga fin al proceso; y, finalmente, motivada porque siendo una decisión judicial, la garantía del debido proceso y el deber del sometimiento del juez al imperio de la ley, exigen una adecuada y suficiente exposición,[[34]](#footnote-34) argumentación y reflexión de las razones en que se fundamenta[[35]](#footnote-35) la manifiesta y ostensible infracción del ordenamiento jurídico por el acto administrativo impugnado.

En consecuencia, tal como lo ha sostenido esta Corporación,[[36]](#footnote-36) el hecho de exigirse una violación manifiesta para la procedencia de la suspensión provisional, no excluye en manera alguna la interpretación de la ley ni la debida y suficiente motivación por parte del juez de lo contencioso administrativo.

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

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

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

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

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

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

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

Afortunadamente, ya hace mucho tiempo que se superaron las concepciones formalistas y deductivistas de la interpretación, según las cuales la actividad judicial se limitaba a la simple verificación del derecho y a su aplicación automática a unos determinados hechos y, en consecuencia, el Juez sería simplemente “la boca que pronuncia las palabras de la ley; unos seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza, ni el rigor de aquella.”[[37]](#footnote-37)

Pretender que el Juez no desarrolle ningún ejercicio hermenéutico ni argumentativo ante una expresión legal (Como por ejemplo la incluida en el artículo 152 del C. C. A: “manifiesta infracción de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma”), sino que aplique sin consideración alguna la disposición, es desconocer abiertamente la necesaria relación entre interpretación, argumentación, actividad judicial y el deber de los jueces de motivar sus decisiones, postulado propio de toda sociedad enmarcada en los preceptos del Estado social y democrático de derecho.”[[38]](#footnote-38)

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

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

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

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

**3.2.8.- Requisitos de la solicitud de suspensión provisional.**

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

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

(…)

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

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

3.3.- **El texto del Decreto 092 de 23 de enero de 2017** (Apartes subrayados por los demandantes)**.**

“DECRETO NÚMERO 092 DE 23 DE ENERO DE 2017

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA En ejercicio de la facultad constitucional que le confiere el artículo 355 de la Constitución Política y.

CONSIDERANDO: (…)

DECRETA:

Artículo 1. Objeto. El objeto del presente decreto es reglamentar la forma como el Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal contrata con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de Desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política.

Para la interpretación del presente decreto, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado indicado en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- para la aplicación del presente decreto.

Artículo 2. Procedencia de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Las Entidades Estatales del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal pueden contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en los términos del artículo 355 de la Constitución Política y del presente decreto, siempre que el Proceso de Contratación reúna las siguientes condiciones:

a) Que el objeto del contrato corresponda directamente a programas y actividades de interés público previstos en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, de acuerdo con el nivel de la Entidad Estatal, con los cuales esta busque exclusivamente promover los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana;

b) Que el contrato no comporte una relación conmutativa en el cual haya una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, ni instrucciones precisas dadas por esta al contratista para cumplir con el objeto del contrato; y

c) Que no exista oferta en el mercado de los bienes, obras y servicios requeridos para la estrategia y política del plan de desarrollo objeto de la contratación, distinta de la oferta que hacen las entidades privadas sin ánimo de lucro; o que, si existe, la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro represente la optimización de los recursos públicos en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo. En los demás eventos, la Entidad Estatal deberá aplicar la Ley 80 de 1993, sus modificaciones y reglamentos.

La Entidad Estatal del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal que contrate bajo esta modalidad deberá indicar expresamente en los Documentos del Proceso, cómo el Proceso de Contratación cumple con las condiciones establecidas en el presente artículo y justificar la contratación con estas entidades en términos de eficiencia, eficacia, economía y manejo del Riesgo.

Estas Entidades Estatales pueden contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en los términos del presente decreto, previa autorización expresa de su representante legal para cada contrato en particular que la Entidad Estatal planee suscribir bajo esta modalidad. El representante legal de la Entidad Estatal no podrá delegar la función de otorgar esta autorización.

La Entidad Estatal deberá acreditar en los Documentos del Proceso la autorización respectiva.

Artículo 3. Reconocida idoneidad. La entidad sin ánimo de lucro es de reconocida idoneidad cuando es adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del Proceso de Contratación y cuenta con experiencia en el objeto a contratar. En consecuencia, el objeto estatutario de la entidad sin ánimo de lucro le deberá permitir a esta desarrollar el objeto del Proceso de Contratación que adelantará la Entidad Estatal del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal.

La Entidad Estatal debe definir en los Documentos del Proceso las características que debe acreditar la entidad sin ánimo de lucro. Para el efecto, deberá tomar en consideración las pautas y criterios establecidos en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente, la cual deberá tener en cuenta las normas de trasparencia y acceso a la información aplicable a las entidades privadas sin ánimo de lucro que contratan con cargo a recursos de origen público y las mejores prácticas en materia de prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés.

Artículo 4. Proceso competitivo de selección cuando existe más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad. La Entidad Estatal del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal deberá adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista, cuando en la etapa de planeación identifique que el programa o actividad de interés público que requiere desarrollar es ofrecido por más de una Entidad sin ánimo de lucro.

En el proceso competitivo la Entidad Estatal deberá cumplir las siguientes fases: (i) definición y publicación de los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas; (ii) definición de un plazo razonable para que las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad presenten a la Entidad Estatal sus ofertas y los documentos que acrediten su idoneidad, y (iii) evaluación de las ofertas por parte de la Entidad Estatal teniendo en cuenta los criterios definidos para el efecto.

Las Entidades Estatales no están obligadas a adelantar el proceso competitivo previsto en este artículo cuando el objeto del Proceso de Contratación corresponde a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que solo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas, condición que debe justificarse en los estudios y documentos previos.

Artículo 5. Asociación con entidades privadas sin ánimo de lucro para cumplir actividades propias de las Entidades Estatales. Los convenios de asociación que celebren entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad y Entidades Estatales para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que a estas les asigna la Ley a los que hace referencia el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, no estarán sujetos a competencia cuando la entidad sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de esas actividades en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio. Los recursos que compromete la entidad sin ánimo de lucro pueden ser propios o de cooperación internacional.

Si hay más de una entidad privada sin ánimo de lucro que ofrezca su compromiso de recursos en dinero para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones asignadas por Ley a una Entidad Estatal, en una proporción no inferior al 30% del valor total del convenio, la Entidad Estatal debe seleccionar de forma objetiva a tal entidad y justificar los criterios para tal selección.

Estos convenios de asociación son distintos a los contratos a los que hace referencia el artículo 2 y están regidos por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y los artículos 5, 6, 7 y 8 del presente decreto.

Artículo 6. Prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades. Las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades establecidas en la Constitución y en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, y en las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, o en cualquier otra norma especial, son aplicables a la contratación a la que hace referencia el presente decreto.

Artículo 7. Aplicación de los principios de la contratación estatal. La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a los principios de la contratación estatal y a las normas presupuestales aplicables. En consecuencia, las normas relativas a la publicidad son de obligatorio cumplimiento, por lo cual, la actividad contractual y los Documentos del Proceso de que trata el presente decreto deberán ser objeto de publicación en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP). Adicionalmente, la entidad privada sin ánimo de lucro contratista deberá entregar a la Entidad Estatal, y ésta publicar en el SECOP, la información relativa a los subcontratos que suscriba para desarrollar el programa o actividad de interés público previsto en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo, incluyendo los datos referentes a la existencia y representación legal de la entidad con quien contrató y la información de pagos.

Artículo 8. Aplicación de normas generales del sistema de contratación pública. La contratación a la que hace referencia el presente decreto está sujeta a las normas generales aplicables a la contratación pública excepto en lo reglamentado en el presente decreto.

Artículo 9. Registro de entidades privadas sin ánimo de lucro en el SECOP. Las entidades privadas sin ánimo de lucro que contraten con las Entidades Estatales en desarrollo del artículo 55 de la Constitución Política y el presente decreto deberán estar registradas en el SECOP, el cual será el medio para acreditar los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo definidos por las Entidades Estatales.

Artículo 10. Exclusión del Registro Único de Proponentes (RUP). Las Entidades Estatales no requerirán la inscripción de las entidades privadas sin ánimo de lucro en el RUP para la contratación a la que hace referencia el presente decreto.

Artículo 11. Vigencia y derogatorias. El presente decreto empieza a regir el 1 de junio de 2017 y deroga el Decreto 777 de 1992, el Decreto 1403 de 1992 y el Decreto 2459 de 1993. Los contratos suscritos antes de la entrada en vigencia del presente decreto continuarán ejecutándose de acuerdo con las normas vigentes en el momento en que fueron suscritos.”

**3.4.- Argumentos en los que apoyan los ciudadanos la solicitud de medida cautelar.**

3.4.1.- En el escrito de demanda los ciudadanos presentaron como cargos de nulidad por inconstitucionalidad del Decreto 092 de 2017 tres argumentos, a saber: i) expusieron los actores que el Decreto viola el ordenamiento jurídico superior toda vez que a su juicio del artículo 355 se sigue el deber del Gobierno Nacional de establecer características claras, específicas y concisas sobre lo que debe entenderse por “reconocida idoneidad”, aparte este contenido en ese artículo constitucional. No obstante, señalan, el artículo 3° del Decreto demandado se limitó a determinar que hay reconocida idoneidad *“cuando es adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del Proceso de Contratación”*, lo que fue calificado por los ciudadanos como una fórmula abstracta y vacía sin contenido jurídico, siendo una omisión de los principios constitucionales de transparencia, selección objetiva y el principio del mérito; ii) los ciudadanos formularon como segundo cargo de nulidad el que en el texto del Decreto el Gobierno Nacional delegara la expedición de reglamentos de carácter general a Colombia Compra Eficiente, lo cual deviene en inconstitucional toda vez que el constituyente tuvo la intención de dejar en manos de un ente preciso (el Gobierno Nacional) la reglamentación de esta materia y en el caso *sub judice* resulta que, a tenor del Decreto Ley 4170 de 2011 la Agencia de Contratación Colombia Compra Eficiente no conforma el Gobierno Nacional y, por ende, es ajena a la competencia reglamentaria de que trata el artículo 355 constitucional, y, finalmente, iii) el último de los argumentos expuestos por los ciudadanos dice relación con el exceso de facultad reglamentaria en la que incurrió el Gobierno Nacional toda vez que, en criterio de los ciudadanos, el artículo 355 constitucional “no otorga facultad al Gobierno de crear un procedimiento de selección o escogencia del contratista”, pues consideran que la Constitución reconoce que se trata de contratación directa; sin embargo, el Decreto demandado estableció en el artículo 4° un proceso competitivo de selección, con lo cual se excedió la competencia reglamentaria pues el único que puede crear un procedimiento de selección de contratistas es el Congreso de la República, según el artículo 150 inciso final de la Constitución.

3.4.2.- En el memorial separado donde solicitaron la medida cautelar de suspensión provisional de efectos los ciudadanos presentaron de manera resumida los cargos antes expuestos. Insistieron en que la Agencia Nacional de Contratación Estatal no hace parte del Gobierno Nacional y, por ende, ocurrió una extralimitación del acto demandado. Dijeron que el Gobierno tenía la obligación de reglamentar de manera general un contrato estatal lo cual no atendió en cuanto atañe al concepto de “reconocida idoneidad”, pues no dio un criterio claro y objetivo, dejando en manos de las entidades determinar ello. Finalmente los actores presentaron el siguiente esquema:

|  |  |
| --- | --- |
| **Norma vulnerada** | **Norma acusada** |
| **Preámbulo. Constitución Política.** El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana (…) | Decreto 092 de 2017. Artículo 3. Reconocida idoneidad. La entidad sin ánimo de lucro es de reconocida idoneidad ***cuando es adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del proceso de Contratación (…)*** |
| **Artículo 2. Constitución Política**.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; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. | Decreto 092 de 2017. Artículo 3. Reconocida idoneidad. La entidad sin ánimo de lucro es de reconocida idoneidad ***cuando es adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del proceso de Contratación (…)*** |
| **Artículo 4. Constitución Política**. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (…) | Decreto 092 de 2017. Artículo 1. Objeto (…)Para la interpretación del presente decreto, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser ***entendidas con el significado indicado en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente*** para la aplicación del presente decreto. |
| **Artículo 189. Constitución Política**. 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. | Decreto 092 de 2017. Artículo 1. Objeto (…)Para la interpretación del presente decreto, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser ***entendidas con el significado indicado en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente*** para la aplicación del presente decreto. |
| **Artículo 209. Constitución Política.** 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. | **Decreto 092 de 2017. Artículo 3. Reconocida idoneidad**. (...) Para el efecto, deberá tomar en consideración las pautas y criterios establecidos en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente la cual deberá tener en cuenta las normas de transparencia y acceso a la información aplicable a las entidades privadas sin ánimo de lucro que contratan con cargo a recursos de origen público y las mejores prácticas en materia de prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés. |
| Artículo 211 Constitución Política. ***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. | **Decreto 092 de 2017. Artículo 1. Objeto**. (...) Para la interpretación del presente decreto, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado indicado en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- para la aplicación del presente decreto. |
| Artículo 355 Constitución Política. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. ***El Gobierno Nacional reglamentará la materia.*** | **Decreto 092 de 2017. Artículo 1. Objeto**. (...) Para la interpretación del presente decreto, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser ***entendidas con el significado indicado en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente-*** para la aplicación del presente decreto. |

3.5.- **La medida cautelar en el caso concreto.**

3.5.1.- En el presente asunto la parte demandante pretende la suspensión provisional de varios apartes el Decreto 092 de 2017 como se acaba de exponer por violación directa de varios preceptos constitucionales. Se argumenta, en síntesis, que el Gobierno Nacional omitió reglamentar en debida forma el elemento “reconocida idoneidad” contenido en el artículo 355 constitucional, delegó –sin tener competencia para ello- en la Agencia de Contratación Estatal Colombia Compra Eficiente reglamentación sobre la materia y, finalmente, extralimitó sus funciones al crear un procedimiento contractual, cuestión que es de resorte del legislativo.

3.5.2.- Conforme al anterior marco teórico, encuentra el Despacho que la medida cautelar solicitada por los demandantes no tiene vocación de prosperar, por cuanto no encuentra configurada, desde una aproximación analítica inicial, una contradicción normativa entre los preceptos del Acto demandado y las normas superiores, de orden constitucional, que se dicen violentadas. Para tal efecto, se procede a exponer consideraciones separadas para cada uno de los tres cargos formulados en los respectivos escritos de intervención de los ciudadanos.

3.5.3.- *Suspensión Provisional por no establecer parámetros claros y objetivos sobre el concepto de “reconocida idoneidad”*. Como se tuvo oportunidad de exponer previamente, los ciudadanos plantean un singular cargo de inconstitucionalidad contra el artículo 3° del Decreto 092 de 2017 al fustigar la omisión del Gobierno Nacional en establecer un contenido normativo más robusto y detallado que diera sentido a la ya multicitada expresión “reconocida idoneidad” recogida en el artículo 355 superior; es decir, a juicio de los actores lo que deviene inconstitucional es una suerte de *omisión reglamentaria* [el texto no regula cuestiones que debió regular]. El texto del artículo 3° del Decreto 092 de 2017 es el siguiente:

“Artículo 3. ***Reconocida idoneidad***. La entidad sin ánimo de lucro es de reconocida idoneidad ***cuando es adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del Proceso de Contratación*** y cuenta con experiencia en el objeto a contratar. En consecuencia, el objeto estatutario de la entidad sin ánimo de lucro le deberá permitir a esta desarrollar el objeto del Proceso de Contratación que adelantará la Entidad Estatal del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal.

La Entidad Estatal debe definir en los Documentos del Proceso las características que debe acreditar la entidad sin ánimo de lucro. Para efecto, deberá tomar en consideración las pautas y criterios establecidos en la guía que expida Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente la cual deberá tener en cuenta las normas de trasparencia y acceso a la información aplicable a las entidades privadas sin ánimo de lucro que contratan con cargo a recursos de origen público y las mejores prácticas en materia de prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés.” (Resaltado propio).

*3.5.4.- Prima facie* no concurren razones para que esta judicatura decrete la suspensión provisional del aparte demandado toda vez que advierte que existe un contenido mínimo regulatorio en el artículo 3° del Decreto que refiere a la “reconocida idoneidad” que deben tener una entidad sin ánimo de lucro y ello es *“cuando es adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del Proceso de Contratación y cuenta con experiencia en el objeto a contratar”*. Nótese cómo del aparte en cita se extrae un referente claro y objetivo como es, en sí mismo, la comprensión de la noción de “idoneidad” no ya como fórmula vacua carente de contenido jurídico sino como auténtica pauta de racionalización de cualquier actividad jurídica y humana.

3.5.5.- En efecto, si se acepta que la idoneidad comprende un juicio de valor de naturaleza racional (técnico y empírico) que evalúa la relación medios y fines, se sigue de allí que algo (una medida) o alguien (persona) será idóneo si se puede predicar que resulta capaz de contribuir de manera eficaz a la realización del fin u objetivo propuesto. Nótese, entonces, cómo surgen de bulto dos parámetros antagónicos a ser considerados i) hay idoneidad si se está (la medida o las calidades del sujeto) racionalmente vinculado al fin y ii) no hay idoneidad si se concluye que la medida o el sujeto resulta abiertamente incapaz de realizar ese propósito o fin pretendido. Agréguese a ello que el texto del artículo 3° brinda otros referentes que alimentan ese criterio de idoneidad, como lo es la experiencia de la entidad en el objeto a contratar, el objeto estatutario de la misma y la exigencia de definir en los documentos del proceso las características que deben ser acreditadas. Esto último obliga a posar la mirada, indefectiblemente, sobre uno de los principios constitucionales que permea la contratación estatal cual es el de planeación[[39]](#footnote-39), que no hace más que defender y garantizar la vigencia del interés general, exigir racionalización y ordenación de la acción estatal en cuanto a selección de fines y medios para su pronta y cumplida satisfacción 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.”[[40]](#footnote-40)

3.5.6.- Y ello deviene armónico en un todo, con la afirmación del deber del operador jurídico, en general, y de las autoridades administrativas, en particular, de interpretar el ordenamiento dando pleno alcance y sentido a los principios, valores y reglas convencionales y constitucionales de manera sistemática, lo que de suyo supone una empresa que excede la aplicación de los tradicionales métodos de interpretación legal. Como tal cosa es así, resulta claro, por caso, que de ninguna manera la literalidad o el espíritu de la reglamentación comprendida en el Decreto No. 092 de 23 de enero de 2017 excluye o anula la aplicación de los principios constitucionales que rigen la función administrativa, recogidos enunciativamente en el artículo 209 constitucional, a saber: interés general, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad[[41]](#footnote-41), por el contrario, estos se encuentran ínsitos en el ejercicio las competencias administrativas y, por contera, se afirman como faro inseparable de la fatigosa labor jurídica, no ya como pautas supletorias, sino como auténticas directivas interpretativas, en tanto justas exigencias de moralidad y justicia que subyacen a las prácticas de una sociedad, ordenan un algo, colisionan entre sí y demandan de todo operador su acatamiento en la mayor medida posible, como mandatos de optimización que son. Vale recordar, al efecto, lo sentenciado por esta Sala de Subsección en decisión de 20 de abril de 2015, Exp. 50219, donde reafirmó esta línea de pensamiento en los siguientes términos:

“6.1.- Conforme lo expuesto, la Sala encuentra que la interpretación de las normas, en el contexto constitucional y convencional en que está envuelta la actividad jurídica, implica ejercicios interpretativos que no solo tengan en cuenta los tradicionales métodos establecidos en el Código Civil, los cuales son necesarios como primer paso para los partícipes de la práctica jurídica, más no devienen en suficientes; además de ello, entiende la Sala que la atribución de significado de la Ley (en lato sensu) debe guardar correspondencia con los principios y valores convencionales y constitucionales, ya que estos no solo amplifican el marco del lenguaje jurídico en materia de contratación estatal sino que también incorporan esta materia dentro de la sistemática del ordenamiento jurídico de modo tal que ese lenguaje viene a articularse con los principios y valores en ellos establecidos.”

3.5.7.- Por lo expuesto, esta judicatura encuentra que a partir de un examen *prima facie* propio de la instancia cautelar, no prospera la medida de suspensión provisional en relación con el artículo 3° del Decreto 092 de 2017.

3.5.8.- *Suspensión Provisional por haber delegado en Colombia Compra Eficiente reglamentación sobre la materia.* Sostienen los ciudadanos demandantes que el Decreto incurre en un vicio de inconstitucionalidad al delegar en una Entidad que no integra el Gobierno Nacional la reglamentación de la materia dispuesta en el inciso segundo del artículo 355 constitucional, esto es, la contratación con entidades sin ánimo de lucro. Del escrito de medida cautelar plantean que tal cuestión resulta violatoria del artículo 4°, 189.11, 211 y 355 constitucionales, esto son, el principio de supremacía constitucional, la competencia reglamentaria del Presidente de la República, las competencias delegables por el Presidente de la República y, finalmente, la competencia otorgada por el constituyente al Gobierno Nacional para reglamentar la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro.

3.5.9.- Sobre el particular, un examen preliminar de la cuestión no brinda al Despacho suficientes elementos de juicio como para acceder a la medida cautelar solicitada. Se sabe, de una parte, que a tenor del artículo 115 constitucional *“El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros de despacho los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno”*, como también se tiene averiguado que la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente ha sido organizada como una Unidad Administrativa Especial, como entidad descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional con personería jurídica y adscrita al Departamento Nacional de Planeación, según lo prescribe el artículo 1° del Decreto 4170 de 3 de noviembre de 2011. De otro tanto, el contenido normativo censurado por los actores se ubica en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 092 de 2017 cuyo tenor es como sigue:

“Artículo 1. Objeto. El objeto del presente decreto es reglamentar la forma como el Gobierno Nacional, departamental, distrital y municipal contrata con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de Desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política.

**Para la interpretación del presente decreto, las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado indicado en la guía que expida la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente- para la aplicación del presente decreto**” (Resaltado propio).

3.5.10.- Este Despacho no encuentra una contradicción analítica inicial entre el precepto reglamentario y las normas constitucionales que han sido invocadas por los ciudadanos demandantes. En efecto, se encuentra que el ordenamiento jurídico ha conferido a la Agencia Nacional de Contratación Pública amplias competencias relativas al desarrollo de políticas públicas, directrices, programas, normas e instrumentos relativos a la contratación pública, como se desprende de los artículos 2° y 3 numeral 2° del Decreto 4170 de 3 de noviembre de 2011, toda vez que aquel señala como objetivo de la Agencia, a la que califica como ente rector, *“desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación, de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado”*, mientras que éste enseña como una de las funciones de la Agencia *“Desarrollar, implementar y difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado y promueven las mejores prácticas, la eficiencia, transparencia y competitividad del mismo, a fin de que se cumplan los principios y procesos generales que deben gobernar la actividad contractual de las entidades públicas”*.

3.5.11.- Por consiguiente, se advierte, *ab initio* que la referencia que se hace en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 092 de 2017 no es otra cosa que la reafirmación de las amplias competencias en el ámbito *administrativo* con las que cuenta la Agencia Nacional de Contratación Pública sobre la materia, sin que, en principio, se logre evidenciar del texto del Decreto una suerte de *delegación* pues lo único que se hace allí es una remisión a significados de ciertos términos contenidos en el Decreto y no un desprendimiento de las competencias reglamentarias del Gobierno Nacional relativas al artículo 355 constitucional; lo primero (la fijación de significados) consiste en una llana estipulación del sentido y alcance razonable que se deriva en el argot técnico, jurídico, especializado de un término y *per se* no tiene potencialidad para hacer surgir consecuencias normativas (prohibido, permitido, obligatorio), lo que sí es connatural y propio del poder reglamentario conferido al Gobierno Nacional en el artículo 355 constitucional.

3.5.12.- Como de la revisión preliminar propia de la instancia cautelar no se desprende que el texto del inciso segundo del artículo 1° del Decreto bajo examen pueda ser considerado como una delegación de competencias, este Despacho no accederá a decretar la suspensión provisional de efectos de ese apartado.

3.5.13.- *Suspensión Provisional por exceso de facultad reglamentaria del Gobierno Nacional al crear un procedimiento de selección o escogencia de contratistas.* Argumentan los ciudadanos que el artículo 4° del Decreto 092 de 2017 creó un procedimiento de selección o escogencia de contratistas lo que, en criterio de estos actores, es de competencia del legislativo, exclusivamente. El texto del artículo en cita es como sigue:

“Artículo 4. Proceso competitivo de selección cuando existe más de una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad. La Entidad Estatal del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal deberá adelantar un proceso competitivo para seleccionar la entidad sin ánimo de lucro contratista, cuando en la etapa de planeación identifique que el programa o actividad de interés público que requiere desarrollar es ofrecido por más de una Entidad sin ánimo de lucro.

En el proceso competitivo la Entidad Estatal deberá cumplir las siguientes fases: (i) definición y publicación de los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas; (ii) definición de un plazo razonable para que las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad presenten a la Entidad Estatal sus ofertas y los documentos que acrediten su idoneidad, y (iii) evaluación de las ofertas por parte de la Entidad Estatal teniendo en cuenta los criterios definidos para el efecto.

Las Entidades Estatales no están obligadas a adelantar el proceso competitivo previsto en este artículo cuando el objeto del Proceso de Contratación corresponde a actividades artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana, que solo pueden desarrollar determinadas personas naturales o jurídicas, condición que debe justificarse en los estudios y documentos previos.”

3.5.14.- No se evidencia, en el marco de esta revisión preliminar de la causa, una contradicción analítica inicial entre el artículo transcrito y el ordenamiento jurídico superior, puntualmente el inciso final del artículo 150 constitucional, esto es, *“Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”*, en razón a que el Decreto objeto de esta revisión judicial no es de aquellos expedidos en desarrollo de la potestad reglamentaria del Presidente de la República de que trata el artículo 189 numeral 11 de la Constitución[[42]](#footnote-42) sino que corresponde a uno de los denominados Decretos o Reglamentos Constitucionales Autónomos por cuanto ha sido directamente el Constituyente el que ha otorgado competencia al Gobierno Nacional en el inciso segundo del artículo 355 para reglamentar un determinado tópico constitucional, no siendo, entonces, ejercicio de una potestad administrativa supeditada a la existencia de norma legal previa sino *sui generis* de naturaleza constitucional, por ende, su jerarquía normativa no resulta inferior a la de la ley[[43]](#footnote-43).

3.5.15.- Por consiguiente, un examen normativo preliminar del contenido del artículo 4° del Decreto 092 de 2017 permite concluir que i) corresponde a un desarrollo reglamentario del artículo 355 constitucional y ii) su naturaleza jurídica, como la de todo el Decreto bajo examen, es la propia de un reglamento constitucional autónomo con fuerza jurídica superior a la de los reglamentos expedidos con arreglo al artículo 189.11 de la Constitución. Ahora, en cuanto a la contradicción normativa planteada por los ciudadanos demandantes entre el inciso final del artículo 150 de la Constitución y lo normado en el artículo 4° del Decreto, la misma no aparece como evidente toda vez que, *prima facie*, el contenido normativo del artículo 4° constituye un desarrollo normativo de la norma constitucional al establecer un procedimiento de selección cuando exista más de una entidad sin ánimo de lucro y, diferente a lo planteado por los actores, del artículo 355 constitucional no se desprende de manera unívoca que la atribución reglamentaria allí dispuesta sólo comprenda cuestiones relativas a la tipología contractual y no a procedimientos o trámites precontractuales para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro.

3.5.16.- Por lo expuesto, también se desestimará la solicitud de suspensión provisional del artículo 4° del Decreto 092 de 2017 dictado por el Gobierno Nacional.

En mérito de lo expuesto,

**RESUELVE**

**PRIMERO:** **ADMITIR** la demanda de nulidad por inconstitucionalidad instaurada por los ciudadanos Antonio Alejandro Barreto Moreno y otros contra unos apartes del Decreto No. 092 de 23 de enero de 2017 proferido por el Gobierno Nacional.

**SEGUNDO: VINCULAR** como terceros con interés directo en este asunto a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente y al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

**TERCERO: NOTIFICAR** personalmente esta decisión a la parte demandada, Departamento Nacional de Planeación, a la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República e igualmente al Procurador General de la Nación y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

**CUARTO: ORDENAR** al Departamento Nacional de Planeación y al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República remitir los antecedentes administrativos del Decreto 092 de 23 de enero de 2017 proferido por el Gobierno Nacional, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta decisión.

**QUINTO: COMUNICAR** la existencia de este proceso a la comunidad en general a través de publicación visible de manera permanente por el término de diez (10) en la página web del Consejo de Estado.

**SEXTO: FIJAR** en la Secretaría de la Sección un aviso sobre la existencia de este proceso por diez (10) días.

**SÉPTIMO: SURTIR** por Secretaría de la Sección Tercera, el traslado de la demanda a la parte demandada y al Procurador General de la Nación por el término de diez (10) días conforme al artículo 184 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y a la normatividad procesal vigente.

**OCTAVO: EXTENDER** invitación, por conducto de la Secretaría de la Sección Tercera, a las Facultades o Escuelas de Derecho/Jurisprudencia de los siguientes centros universitarios: Universidad Nacional de Colombia, Universidad de Antioquia, Universidad Industrial de Santander, Universidad de Nariño, Universidad del Cauca, Universidad del Norte, Universidad Libre – Sede Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Universidad del Rosario, Universidad de Los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Eafit y Universidad Icesi, como también a la Federación Nacional de Departamentos, Federación Colombiana de Municipios y la Cámara Colombiana de la Infraestructura para que, si lo estiman conveniente, emitan con destino a esta Sala concepto u opinión especializada sobre las cuestiones relativas a las disposiciones que son materia de impugnación del Decreto No. 092 de 23 de enero de 2017, dentro de los diez (10) días siguientes al recibido de la comunicación de esta decisión.

**NOVENO: NEGAR** la medida cautelar de suspensión provisional de efectos jurídicos de los apartes demandados del Decreto 092 de 23 de enero de 2017.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

1. Publicado en el Diario Oficial No. 50125, Año CLII de 23 de enero de 2017, páginas 18-19. [↑](#footnote-ref-1)
2. Así lo ha reflejado Kelsen al decir que *“Cuando una norma califica el acto de cierto individuo como supuesto jurídico o consecuencia de derecho, esto significa que sólo ese individuo es ‘capaz’ de realizar dicho acto; o sea que sólo él es ‘competente’ para realizarlo (usado el término en un sentido más amplio).”* [KELSEN, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. 2° edición, 1958. Universidad Nacional Autónoma de México. Pág. 106.] De manera que las consecuencias de contar o no con esta atribución repercutirán en el ejercicio de la actuación desplegada por el órgano, pues *“sólo si este individuo capaz y competente realiza o deja de realizar el acto, pueden producirse la acción o la omisión que de acuerdo con la norma constituyen la condición o la consecuencia jurídicas”* [KELSEN, Hans. Ibíd. pág. 106.]*.* [↑](#footnote-ref-2)
3. Debe decirse que en el marco de la teoría del derecho el concepto de competencia y la naturaleza de las reglas que sobre ésta se profieren resultan siempre de interés y amplia discusión. Así, vale la pena traer, por lo menos, dos contribuciones de la teoría jurídica a este tema.

El primero de ellos es la postura de HART, HLA en torno a la determinación de las reglas de competencia (de adjudicación) como reglas secundarias, teniendo como particularidad distintiva el hecho de que se trata de normas que “facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha trasgredido una regla primaria. (…) Además de identificar a los individuos que pueden juzgar, tales reglas definen también el procedimiento a seguir.” H.L.A. HART. El concepto de Derecho. 3ª edición, 2ª reimpresión, 2012. Buenos Aires, Abeledo Perrot. Pág. 120. Es de interés resaltar que la trasgresión o desconocimiento de este tipo de reglas es caracterizada por el autor inglés como nulidad, así no se puede asimilar como “un castigo establecido por una regla para que uno se abstenga de las actividades que la regla prohíbe (…) simplemente dichas reglas no le acuerdan reconocimiento jurídico.” HART, HLA. El concepto de derecho. Ob. Cit. Pág. 43.

Por último, Atienza y Manero, califican a las reglas de competencia o aquellas que confieren poderes como de carácter constitutivo que no participan de la categoría de normas deónticas: “el “poder” de una regla que confiere poder es el de alcanzar determinados resultados normativos por el hecho de que, dadas ciertas circunstancias, efectuamos una acción que, por otro lado, puede estar permitida, ser obligatoria o estar prohibida; lo opuesto a poder, en este segundo caso, es ser incompetente, es decir, no tener capacidad para producir un determinado resultado normativo; y, finalmente, las reglas que confieren poder no pueden tampoco incumplirse, pero no por la razón por la que no pueden incumplirse las permisiones, sino porque ellas no son normas deónticas: lo único que cabe con las reglas que confieren poder es usarlas con éxito o no.” ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos. 2ª edición, 2004. Barcelona, Ariel. Pág. 99. [↑](#footnote-ref-3)
4. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 19 de septiembre de 2016, Exp. 47693. [↑](#footnote-ref-4)
5. Constitución Política. Artículo 237. Son atribuciones del Consejo de Estado: (…) 2° Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. Reiterado en el numeral 9° del artículo 37 de la Ley 270 de 1996 y en el numeral 5° del artículo 111 de la Ley 1437 de 2011. [↑](#footnote-ref-5)
6. Cfr. folio 8 escrito de demanda donde los ciudadanos identifican como normas constitucionales vulneradas el Preámbulo y los artículos 2, 4, 150-26, 189-11, 211 y 335 de la Constitución. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ley 1437 de 2011. Artículo 137. Nulidad por inconstitucionalidad. Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad del os decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución. (…). [↑](#footnote-ref-7)
8. Como se decanta del título del Decreto y la totalidad de su contenido. Al efecto el artículo 1° prescribe: “Artículo 1. Objeto. El objeto del presente decreto es reglamentar la forma como el Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal contrata con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de Desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política.” [↑](#footnote-ref-8)
9. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo No. 058 de 1999 del Consejo de Estado, modificado por el artículo 1° del Acuerdo No. 055 de 2003. [↑](#footnote-ref-9)
10. Ley 1437 de 2011. Artículo 184. Proceso especial para la nulidad por inconstitucionalidad. La sustanciación y ponencia de los procesos contenciosos de nulidad por inconstitucionalidad corresponderá a uno de los Magistrados de la Sección respectiva, según la materia, y el fallo a la Sala Plena. (…) [↑](#footnote-ref-10)
11. Ley 1437 de 2011. Artículo 184. Proceso especial para la nulidad por inconstitucionalidad. (…) 1. En la demanda de nulidad por inconstitucionalidad se deberán indicar las normas constitucionales que se consideren infringidas y exponer en el concepto de violación las razones que sustentan la inconstitucionalidad alegada. [↑](#footnote-ref-11)
12. Fls 19-22, c1. [↑](#footnote-ref-12)
13. Cuaderno No. 2 [↑](#footnote-ref-13)
14. Al respecto la jurisprudencia ha sostenido que: 5.2. La Corte Constitucional ha señalado en repetidas oportunidades que las medidas cautelares tienen amplio sustento en el texto de la Constitución Política, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia, son un elemento integrante del derecho de todas las personas a acceder a la administración de justicia  y contribuyen a la igualdad procesal (CP arts. 13, 228 y 229). Han sido previstas como aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, un derecho que está siendo controvertido dentro de ese mismo proceso, teniendo en cuenta el inevitable tiempo de duración de los procesos judiciales.” Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 2009. En el mismo sentido C-490 de 2000. [↑](#footnote-ref-14)
15. “4. (…) el propósito de las medidas provisionales, en los sistemas jurídicos nacionales (derecho procesal interno) en general, es preservar los derechos de las partes en controversia, asegurando que la ejecución de la sentencia de fondo no se vea obstaculizada o impedida por las acciones de aquéllas, *pendente lite.*

5. (…) en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no sólo cautelar, en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas. Siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo.”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de 22 de septiembre de 2006. Solicitud de medidas cautelares por parte de la Comisión IDH respecto de la República de Colombia a favor de Mery Naranjo y otros. En el mismo sentido véase: Caso Del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II (Cárcel De Yare). Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 Marzo de 2006, considerando cuarto; Caso Del Internado Judicial De Monagas (“La Pica”). Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de enero de 2006, considerando cuarto. [↑](#footnote-ref-15)
16. CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di diritto processuale civile, Edit. Jovene, 1960, vol. 1. P. 147. [↑](#footnote-ref-16)
17. Ha dicho sobre este punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva sobre las Garantías Judiciales en Estados de Emergencia: “la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 24. [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de marzo de 2014, exp. 2013-06871. [↑](#footnote-ref-18)
19. Al respecto es valioso resaltar el hecho de que otras jurisdicciones han experimentado la adopción de este tipo de medidas preliminares, autónomas y de eficacia inmediata para la protección de los derechos de las personas, tal como se refleja en el sistema jurídico brasilero en donde se ha establecido la llamada “medida liminar” comentada por Berizonce en los siguientes términos “La medida liminar se dispone inaudita parte en el proveimiento inicial, salvo en el mandato colectivo donde solo puede otorgarse después de la audiencia de la persona jurídica de derecho público (art. 22 § 2°). El poder del juez no está limitado a la suspensión del acto impugnado; puede dictar medidas activas, de anticipación de la tutela, siempre que resulte indispensable para la efectividad del derecho que se invoca. Como se ha señalado, lo que autoriza el art. 7°, III, es un proveimiento de amplio espectro, que tanto puede configurar una medida cautelar, como también una satisfactiva, capaz de agotar incluso el objeto de la pretensión, como p.e. excepcionalmente la orden de provisión de medicamentos.”. BERIZONCE, Roberto Omar. Tutela de urgencia y debido proceso. Hacia la reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia. En: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. No. 37. Disponible en el enlace web: <http://www.icdp.co/revista/articulos/37/RobertoOmarBerizonce.pdf> [sin numeración en el documento digital]. En similar sentido, el ordenamiento jurídico francés, desde el año 2000 (Ley No. 2000-597 de 30 de junio) ha conocido la formulación de los denominados réferé que corresponde a un conjunto de medidas de urgencias que pueden ser adoptadas por el “juge des réferés” y consistente en i) un réferé de suspensión, mediante el cual se puede ordenar la suspensión de la ejecución de cierta decisión, y de ciertos efectos siempre que la urgencia así lo justifique (artículo 5°), ii) un réferé de libertad, mediante el cual el Juez puede ordenar las medidas que se consideren necesarias para dejar a salvo una libertad fundamental que está siendo afectada por una persona de derecho público o particular encargado de la gestión de un servicio público, siempre que sea un atentado grave y manifiestamente ilegal (artículo 6°) y iii) el réferé conservativo, dirigido a adoptar las “medidas útiles” en un procedimiento administrativo en donde aún no se ha adoptado una decisión por parte de la autoridad (artículo 7°). Para un comentario de tales medidas véase la intervención realizada por el señor Consejero de Estado francés Marc Durand-Viel a la ponencia de la Dra. Ruth Stella Correa Palacio sobre medidas cautelares en el marco del seminario franco-colombiano de reforma a la jurisdicción contenciosa administrativa. La memoria de dicho encuentro (págs. 157-159, c1) se encuentra disponible en el enlace web: <http://www.consejodeestado.gov.co/memorias/medidas%20cautelares.pdf> [Consultado el 6 de marzo de 2014] El texto de la Ley puede verse en el siguiente enlace web: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000204851&categorieLien=id> [Consultado el 6 de marzo de 2014]. [↑](#footnote-ref-19)
20. Como ya se ha sostenido, estos principios del periculum in mora y el fumus boni iuris significan que “siempre se tendrá que acreditar en el proceso el peligro que representa el no adoptar la medida y la apariencia del buen derecho respecto del cual se persigue un pronunciamiento definitivo en la sentencia que ponga fin al litigio.”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de 27 de febrero de 2013, exp. 45316 (entre otras decisiones similares). [↑](#footnote-ref-20)
21. En cualquier clase de decisiones jurídicas debe considerarse la razonabilidad de esta, que no solo se agota con la simple aplicación lógico-formal de la norma, sino que supone velar porque la decisión en el caso concreto consulte criterios de justicia material y no devenga en irrazonable, desproporcionada o, en suma, contraria a la constitución; se trata, entonces, de adoptar una decisión que satisfaga el criterio de aceptabilidad; y para lograr ello en buena medida contribuye la valoración de los principios constitucionales. [↑](#footnote-ref-21)
22. MELKEVIK, Bjarne. Rawls o Habermas. Un debate de filosofía del derecho. 1a ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006, p.141: En el otro extremo, y que cabe comprender también dentro del discurso de la modulación de la discrecionalidad se encuentra la tesis de Habermas acerca del estado de derecho democrático: “El Estado de derecho democrático no es simplemente un Estado de dominación, de amenaza, como lo había preconizado MAX WEBER. HABERMAS llega incontestablemente a una conclusión opuesta. En efecto, WEBER concibe el derecho como una dominación y sostiene así una concepción positivista del derecho ajena a toda cuestión de legitimidad. Por el contrario, HABERMAS, como lo habíamos mencionado, fusiona las nociones de legitimidad y de legalidad, lo cual es símbolo del paradigma democrático de la autolegislación que se efectúa por intermedio del proceso democrático que debe situarse dentro del corazón mismo del Estado moderno. Se desprende de lo anterior que el Estado no puede ser legítimo o legal sino en la medida en que respete al proceso democrático. Dicho de otra manera, el Estado democrático no puede ser sino el destinatario de la legitimidad y de la legalidad que le otorga el mencionado proceso. El respeto a los derechos, a las normas y a las instituciones seleccionadas, así como la institucionalización de la seguridad y de la estabilidad jurídicas reposan, en consecuencia, exclusivamente sobre los procesos democráticos. Esta es la razón por la cual el Estado de derecho democrático no puede en adelante estructurarse a partir del poder y de la dominación. No tiene otra fuente de legitimidad y de legalidad que aquella que le otorgan esos procesos democráticos”. [↑](#footnote-ref-22)
23. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial. Madrid, 2004, pp.79 a 86. [↑](#footnote-ref-23)
24. ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. 2a ed. 1a reimp. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008, pp.208 y 209. [↑](#footnote-ref-24)
25. ALEXY, Robert, “Deber ideal”, en BEADE, Gustavo A.; CLÉRICO, Laura (eds). Desafíos a la ponderación. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2011, p.14. [↑](#footnote-ref-25)
26. STONE SWEET, Alec; MATTHEWS, Jud. Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global. 1a ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2013, pp.174 a 177 (Colección Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, No.64). [↑](#footnote-ref-26)
27. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El principio de proporcionalidad: Instrumento para la reconducción objetiva de la actividad judicial en escenarios de discrecionalidad. (próximo a ser publicado). El presente trabajo constituye un desarrollo de la línea de investigación en materia de aplicación del principio de proporcionalidad que se inició con los estudios que sobre la materia incorporé en mi tesis doctoral titulada “El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos”, dirigida por el Catedrático de Derecho Administrativo D. Luciano Parejo Alfonso, presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España) el 25 de febrero de 2010, la cual obtuvo la máxima calificación sobresaliente cum laude otorgada por el Tribunal respectivo. El artículo aborda de manera resumida el modelo metodológico que hemos adoptado para resolver los conflictos a que tiene que enfrentarse cualquier autoridad (administrativa, judicial o legislativa), en los casos en los que deba adoptar decisiones en escenarios de discrecionalidad. Este planteamiento teórico que utilicé para resolver los problemas jurídicos de mi tesis doctoral, lo he venido empleando en diferentes trabajos e investigaciones académicas publicados en los últimos tres años y relacionados en la siguiente forma: El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Tesis Doctoral presentada y sustentada en el Departamento de Derecho Público del Estado de la Universidad Carlos III de Madrid (España), 25 de febrero de 2010, dirigida por el Catedrático Luciano Parejo Alfonso, pp. 20,22, 29, 58, 67, 74, 78, 81, 240, 366, 369, 416 a 452, 454 a 476, 483, 490 a 498, 503 a 509, 515, 516, 519, 569, 591, 595 a 599, 606, 610, 612 y 615; Procedimientos administrativos y tecnología. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp.270; “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”, en BREWER-CARIAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp.178, 180, 185, 187, 191, 207, 226, 256, 257, 261, 271, 279, 280 a 292, 324 y 330; “Aproximaciones a los procedimientos administrativos en la Ley 1480 de 2011. El Estatuto del Consumidor y sus relaciones con la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo”, en VALDERRAMA ROJAS, Carmen Ligia (Dir). Perspectivas del derecho del consumo. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013; “Reflexiones en torno a la potestad administrativa sancionadora. El principio de proporcionalidad y su vincularidad a esta actividad administrativa”, Ponencia presentada en el XII Foro de Derecho Administrativo Latinoamericano, Arequipa (Perú) celebrado entre el 28 de octubre y el 1 de noviembre de 2013 (próximo a publicarse en Lima, Perú, y como libro en Bogotá por el Departamento de Derecho Minero y Energético de la Universidad Externado de Colombia en 2014); “El Contrato de Concesión de Servicios Públicos: Reglas para su debida estructuración”, en MATILLA CORREA, Andry; CAVALCANTI, Bruno (Coords). Estudios Latinoamericanos sobre concesiones y PPP. Ratio Legis, Madrid, 2013, pp.63 a 150 (próximo a publica en México como libro). [↑](#footnote-ref-27)
28. La ley de ponderación, siguiendo a Alexy, quiere decir que “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales (Epílogo). 2° edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [Trad. Carlos Bernal Pulido] 2008, p. 529. [↑](#footnote-ref-28)
29. A través de una escala tríadica de leve, medio o intenso. [↑](#footnote-ref-29)
30. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 18 de julio de 2002, exp. 22477, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez: “La jurisprudencia ha precisado que, por tratarse de una medida cautelar, su procedencia quedará obstaculizada cuando el acto se ha cumplido y sus efectos –y por consiguiente el perjuicio- se han consumado”. [↑](#footnote-ref-30)
31. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de derecho administrativo. Contencioso Administrativo, T.III, 3ª reimp., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.482. [↑](#footnote-ref-31)
32. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 22 de marzo de 2011, CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 38.924. [↑](#footnote-ref-32)
33. Corte Constitucional. Sentencia C-977 de 1992. [↑](#footnote-ref-33)
34. Corte Constitucional, Sentencia T-064 de 2010. [↑](#footnote-ref-34)
35. Artículo 303 del C. P. C. que desarrolla los artículos 29, 228 y 230 de la Constitución, aplicable por remisión del artículo 267 del C. C. A. [↑](#footnote-ref-35)
36. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 27 de Mayo de 2009, (Expediente 36.476). [↑](#footnote-ref-36)
37. Montesquieu, Charles Louis de Secondat. Del Espíritu de las leyes. Primera Parte, Libro XI, Capitulo 6. [↑](#footnote-ref-37)
38. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 22 de marzo de 2011, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 38924. [↑](#footnote-ref-38)
39. “14.10.- Es en virtud del principio de planeación que compete a las Entidades Estatales explorar las contingencias del negocio, identificar los riesgos que pueden tener lugar en la fase precontractual y en la ejecución del mismo, establecer instrumentos de respuesta a tales eventualidades y abordar una composición jurídica completa y detallada del objeto contractual de modo que el contenido negocial comprenda las estipulaciones necesarias para la satisfacción de las necesidades estatales. Ello encuentra correspondencia, a nivel legislativo, en lo preceptuado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 cuando refiere al contenido del contrato estatal en su inciso primero así: *“Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza”*, quiere decir esto no otra cosa diferente a que las partes incorporarán todo aquel clausulado que sea necesario para la satisfacción del objeto contractual pactado, cuestión a la que sólo se puede llegar, ciertamente, luego de una ponderada y juiciosa planeación del negocio, como no puede ser de otro modo.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de 5 de mayo de 2016, Exp. 56166. [↑](#footnote-ref-39)
40. 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. [↑](#footnote-ref-40)
41. “4.2.2.- Pero además, existe una cláusula de competencia especial para la Administración que deriva de las funciones que le asignó el constituyente en el artículo 209 constitucional, siendo estas: i) Estar al servicio de los intereses generales, por oposición a los partidistas, gremiales u otros que no representen el bien común; ii) Ceñirse a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y, por último, iii) Ejercer estas funciones mediante los instrumentos de la descentralización, la delegación y la desconcentración de ellas. Así, de la lectura de dichos principios es claro que se derivan en el ordenamiento jurídico – en materia de contratación pública – otros tales como el de planeación del negocio, legalidad, economía de mercado, llamados a gobernar la acción de la Administración.

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

4.2.4.- Por lo anterior, se tiene que **a partir de una juiciosa lectura de tales principios y valores es que se encuentra que las actuaciones de la Administración no constituyen un rito ciego a la forma por la forma, la magnificación de lo adjetivo sobre lo material o de mero ejecutor formal de la Ley; contrario a ello, resulta que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho los procedimientos que ésta tiene a su cargo tienen un derrotero específico, cual es concretar la “profunda vocación protectora y garantizadora de los derechos e intereses tanto individuales como colectivos en relación con la actividad de la Administración, predeterminando para ella senderos forzosos de actuación, y marcos sustanciales de contención a la arbitrariedad**.”.” (resaltado propio) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 20 de abril de 2015, Exp. 50219. [↑](#footnote-ref-41)
42. “el Consejo de Estado ha establecido que la potestad reglamentaria se encuentra limitada por dos criterios, a saber: *la competencia y la necesidad*. 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*”.

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 indispensable.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 20 de octubre de 2015, Exp. 50219. [↑](#footnote-ref-42)
43. Cfr. En este sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 14 de agosto de 2008, Exp. 16230. “Se caracterizan, en consecuencia, por constituir un desarrollo directo de la Constitución, por manera que, en el sistema de fuentes del Derecho, ostentan una jerarquía igual a la de la ley ⎯más allá de que su contenido es materialmente legislativo⎯, aunque, claro está, únicamente se pueden desarrollar por esta vía las facultades constitucionalmente atribuidas al organismo en cuestión de manera expresa, sin que el reglamento constitucional autónomo pueda invadir la órbita competencial correspondiente al Legislador.” [↑](#footnote-ref-43)