Bogotá, D.C, treinta y uno (31) de octubre de 2024.

Señores
JUZGADO QUINTO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE CALI
pctoes05cali@cendoj.ramajudicial.gov.co
E. S. D.

CLASE DE PROCESO	ACCIÓN DE TUTELA
RADICACIÓN	760013107005-2024-00104-00
ACCIONANTE	MARÍA ANDREA ANGULO LLANOS EN CALIDAD DE REPRESENTANTE LEGAL DE CALIMPIEZA S.A.S. - BIC
ACCIONADO	AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE
ASUNTO	CONTESTACIÓN TUTELA

FAHID NAME GÓMEZ, mayor de edad, abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.020.713.739, y portador de la Tarjeta Profesional No. 278.371 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado judicial de la **AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA- COLOMBIA COMPRA EFICIENTE-** (en adelante -ANCP-CCE- o la Agencia)**,** según poder conferido por el Secretario General (E) de la Entidad, el Dr. **GUILLERMO BUENAVENTURA CRUZ,** acudo ante su despacho**,** tratándose de acciones constitucionales como la que nos ocupa, de conformidad con los artículos 1[1] y 8[2] de la Ley 2213 de 2022 y en armonía con los artículos 118[3] y 106[4] del Código General del Proceso, para contestar la acción de tutela de la referencia.

Es importante poner de presente que el 30 de octubre de 2024, estando dentro del plazo de **UN (01) DÍA contado a partir de la notificación del auto del veintinueve (29) de octubre de 2024**, se radicó solicitud de prórroga para dar contestación a la presente acción de tutela, ya que nos encontrábamos a la espera de los insumos necesarios para referirnos a los hechos alegados por el accionante.

I. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS DEL ESCRITO DE TUTELA

Frente a los hechos primero al quinto, no nos constan, por lo tanto, no los aceptamos.

---

[1] LEY 2213 DE 2022, ARTÍCULO 1°. OBJETO. Esta Ley tiene por objeto adoptar conde legislación permanente las normas contenidas en el Decreto Ley 806 de 2020 con el fin de implementar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales y agilizar el trámite de los procesos judiciales ante la jurisdicción ordinaria en las especialidades civil, laboral, familia, jurisdicción de lo contencioso administrativo, **jurisdicción constitucional** y disciplinaria, así como las actuaciones de las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales y en los procesos arbitrales.

[2] LEY 2213 DE 2022. ARTÍCULO 8°. NOTIFICACIONES PERSONALES. (…) **La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje** y los términos empezarán a contarse cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje.

[3] LEY 1564 DE 2012, ARTÍCULO 118. COMPUTO DE TERMINOS. El término que se conceda en audiencia a quienes estaban obligados a concurrir a ella correrá a partir de su otorgamiento. En caso contrario, correrá a partir del día siguiente al de la notificación de la providencia que lo concedió. **El término que se conceda fuera de audiencia correrá a partir del día siguiente al de la notificación de la providencia que lo concedió.**

[4] LEY 1564 DE 2012, ARTÍCULO 106. ACTUACIÓN JUDICIAL. Las actuaciones, audiencias y diligencias judiciales se adelantarán **en días y horas hábiles**, sin perjuicio de los casos en que la ley o el juez dispongan realizarlos en horas inhábiles.

Frente a los hechos sexto a décimo segundo, la Agencia se pronuncia de la siguiente manera:

Inicialmente, es importante mencionar lo señalado por la Circular 008 del 30 de septiembre de 2022, en la que menciona: "*La Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, en cumplimiento de las funciones conferidas por los numerales 2, 5, 8 y 10 del artículo 31 del Decreto Ley 4170 de 2011, actuando como ente rector del Sistema de Compra Pública y administrador del Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP-, es competente para desarrollar e impulsar políticas públicas, programas, herramientas y normas orientadas a la organización y articulación de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública, así como para promover las mejores prácticas en la gestión contractual del Estado con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos públicos*".

Esta Circular menciona igualmente lo relacionado con la implementación de los Acuerdos Marco de Precios, siguiendo lo establecido en el numeral 7 del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011, donde se estableció entre las funciones de Colombia Compra Eficiente el diseño, organización y celebración de los Acuerdos Marco. La función de suscribirlos la asignó a la Dirección General, y a la Subdirección de Negocios le fijó: (i) identificar y promover mecanismos de adquisición y de agregación de demanda; y (ii) diseñar, organizar y celebrar Acuerdos Marco.

En este sentido es preciso señalar a la señora Juez cuales son las etapas para el diseño e implementación de un acuerdo marco, es así como la citada Circular menciona lo siguiente: "*La ejecución de los Acuerdos Marco de Precios se enmarca en la materialización de dos tipos de transacciones: una operación principal y una operación secundaria. En la primera etapa, la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- celebra con los proveedores un negocio jurídico de larga duración en virtud del cual se pactan las condiciones contractuales uniformes que serán observadas para la adquisición de ciertos bienes y/o servicios por cuenta de las entidades públicas durante un tiempo prefijado, haciéndose consistir su efecto normativo en su aptitud para gobernar los términos jurídicos de los futuros negocios subsecuentes que se realizarán a su amparo. Así pues, la operación principal corresponde a la planeación, trámite, selección y celebración del Acuerdo Marco de Precios, a través del diseño y dirección del Proceso de Contratación, en el cual la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- desarrolla todo lo que por disposición legal le fue asignado en la Ley 1150 de 2007. Ello significa que ya han sido establecidas las condiciones de participación, los anexos técnicos del bien o servicio, el régimen de mecanismos de cobertura del riesgo, las condiciones de ejecución de los contratos, el análisis del sector, los estudios y documentos previos, entre otros aspectos sustanciales. Por tanto, la operación principal cuenta entre otras, con las siguientes características importantes y determinantes para entender el objeto de un Acuerdo Marco de Precios: (i) la no ejecución de recursos públicos con la firma del Acuerdo Marco de Precios; y (ii) la inexistencia de afectación presupuestal, para la suscripción del Acuerdo Marco de Precios.*

La operación secundaria, que es posterior a la suscripción del acuerdo marco de precios, consiste en la concreción, en cada caso en particular, de órdenes de compra de bienes y/o servicios de cada entidad pública obligada a contratar conforme al Acuerdo Marco según sus necesidades a satisfacer, ciñéndose a las

condiciones contractuales previamente pactadas entre la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente- y los Proveedores, la cual se hace efectiva con la colocación de la orden de compra. En los términos establecidos en el parágrafo 5 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, la orden de compra constituye un contrato estatal entre la entidad compradora y el proveedor."

Ahora bien, es importante mencionar que el Estatuto General de Contratación Estatal contempla la autonomía de las entidades estatales para establecer los documentos del proceso de selección (Licitación Pública – Acuerdo Marco de Precios) donde se señalarán las condiciones de participación de los proponentes, las cuales deben ser objetivas, claras y que obedezcan a las necesidades evidenciadas por la entidad dentro de la etapa precontractual. Tal y como lo contempla el H. Consejo de Estado en la Sentencia del consejero ponente: Dr. ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013) Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642) que reza lo siguiente:

> *"(...) Los pliegos de condiciones son clara manifestación de los principios de planeación, transparencia, selección objetiva y de igualdad, ya que en ellos es obligación de la administración establecer reglas y procedimientos claros y justos, que permitan la mejor escogencia del contratista con arreglo a las* ***necesidades públicas*** *y el interés general."* (Negrilla fuera de texto)

Así mismo, y de acuerdo con el parágrafo 2 del Artículo 2.2.1.2.1.2.7 Procedencia del Acuerdo Marco de Precios, del Decreto 1082 de 2015, el cual menciona: *"La implementación de nuevos Acuerdos Marco de Precios organizados y celebrados por la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente - de uso obligatorio por parte de las entidades territoriales estará precedida de un estudio de agregación de demanda, en el que se tendrá en cuenta las particularidades propias de los mercados regionales, la necesidad de promover el desarrollo empresarial en las entidades territoriales a través de las Mipymes y evitar en lo posible, la concentración de proveedores en ciertas ciudades del país,* ***salvo que exista la respectiva justificación técnica, económica y/o jurídica."*** (Negrilla fuera texto)

De conformidad con ello, es la Ley la que otorga a las entidades públicas la discrecionalidad en la configuración del pliego de condiciones, el Estatuto General de Contratación establece los requisitos mínimos que debe contener el pliego de condiciones, por lo anterior la discrecionalidad administrativa en la configuración del pliego de condiciones, obedece a que en la Ley no se preestablece un formato común de elaboración de pliegos para cada uno de los contratos que puede celebrar el Estado, esto encuentra su lógica cuando la misma Ley establece que se debe realizar un estudio individual para cada proceso de selección que incluya los análisis requeridos para establecer tanto los requisitos habilitantes como los que otorgan puntaje.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 30 de julio de 2.008 con ponencia de Mauricio Fajardo Gómez, señala:

> *"(…) la configuración de pliegos de condiciones constituye un paradigmático ejemplo útil a efecto de ilustrar la dinámica que envuelve la concepción que de la discrecionalidad administrativa ha venido prohijando la Sala, partiendo de diferenciar las denominadas definiciones "materiales" o "positivas" de dicha figura, de las catalogadas como "formales" o "negativas" de la misma. Las primeras consideran que la discrecionalidad opera en circunstancias en las cuales el interés general, para el caso concreto, no se encuentra exhaustivamente precisado por la ley lo cual evidentemente ocurre tratándose de las referidas normas que regulan el contenido mínimo de los pliegos de condiciones, de suerte que la discrecionalidad surge como autorización que se confiere expresa o implícitamente a la Administración para que, previa ponderación de todos los hechos, intereses, derechos o principios jurídicos comprometidos en el caso concreto, encuentre una solución para el mismo intentando «elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público: éste se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea para la que se confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional".* (Consejo de Estado, Exp: 23003, 2008)

En concordancia con lo anterior y teniendo claro que la Ley y la jurisprudencia permiten la discrecionalidad en la configuración de los pliegos de condiciones, se debe analizar el caso en concreto en cuanto a la aplicación de principios y límites de los requerimientos realizados, para esto se debe analizar el principio de selección objetiva, el cual orienta a garantizar que la selección de contratistas se realice de manera imparcial y basada en criterios claros y preestablecidos. A continuación, se detallan los aspectos clave de este principio:

Definición y Características

1. Objetividad en la Selección: La selección objetiva implica que la escogencia del contratista debe basarse exclusivamente en factores de evaluación previamente definidos en los pliegos de condiciones o términos de referencia. Esto asegura que no haya influencias subjetivas o arbitrarias en el proceso.
2. Parámetros Claros: Los criterios para la selección deben ser claros, concretos y completos, permitiendo que todos los oferentes comprendan cómo serán evaluadas sus propuestas, esto incluye aspectos como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo y precio.
3. Imparcialidad y Equidad: La selección objetiva busca promover la igualdad entre todos los proponentes, evitando cualquier trato preferencial o discriminatorio. Este principio se traduce en un tratamiento igualitario para todos los oferentes que participen bajo las mismas condiciones.
4. Transparencia y Motivación: Las decisiones tomadas durante el proceso de selección deben estar debidamente motivadas y ser públicas, lo cual permite el control social y la posibilidad de controversia por parte de los interesados. Esto refuerza la confianza en el proceso administrativo.

De acuerdo con lo anterior, el requisito debe ser analizado bajo la óptica de estos aspectos, los cuales desde el punto de vista de la Agencia Nacional de

Contratación Pública se considera de manera tajante que se han cumplido a cabalidad. Respecto a la objetividad, la claridad y la transparencia y motivación no nos pronunciaremos ya que no han sido objetados en la tutela y procederemos a realizar el análisis de la imparcialidad y equidad del requisito.

Teniendo en cuenta lo indicado, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente -, determinó que para el presente proceso de selección verificaría como exigencia los requisitos financieros de las empresas correspondientes al último periodo fiscal, lo anterior para garantizar que los componentes financieros, económicos y jurídicos de los interesados en esta nueva generación permitan desarrollar a cabalidad el objeto del mecanismo durante toda su vigencia, para ello, estableció en el pliego de condiciones en el numeral 4 Nota 1, lo siguiente:

> "*Colombia Compra Eficiente para el presente proceso evaluará el cumplimiento de los requisitos de capacidad financiera y organizacional teniendo en cuenta el último año fiscal registrado en el RUP, con la finalidad de garantizar la idoneidad del proponente, que le permitan cumplir a cabalidad con el objeto del mecanismo, de acuerdo con lo evidenciado en las generaciones anteriores*".

En este punto es importante recordar que los derechos fundamentales como el de igualdad, libertad económica y la libre concurrencia por mencionar algunos no son derechos absolutos y permiten excepciones para alcanzar los fines estatales. Esto ha sido reiterado en varias oportunidades la H. Corte Constitucional, como lo dice la Sentencia C-713 DE 2009, Sin embargo, la libertad de concurrencia admite excepciones fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista.

Así mismo, es preciso mencionar que la igualdad se debe predicar entre iguales y la finalidad misma de cualquier proceso de selección es generar la diferenciación de los interesados en participar, diferenciación que se materializa en dos conceptos que son i) requisitos habilitantes y ii) requisitos puntuables, de acuerdo con esto es claro que la Ley exige establecer unos de requisitos habilitantes técnicos, jurídicos y financieros, estos requisitos son los encargados de diferenciar las personas naturales o jurídicas que cuentan con la capacidad de ejecutar el contrato, estos requisitos deben atender el equilibrio entre la regulación necesaria para asegurar competencia justa y el respeto a los derechos de acceso a la contratación pública para lo cual la justificación del requisito se convierte en el factor fundamental para establecer si el mismo es pertinente o no.

El principio de libertad de concurrencia debe a su vez ponderarse con el principio de igualdad, ello implica que la multiplicidad de oferentes que se busca participen en el proceso de selección deben caracterizarse por tener **un punto común de partida entendido como los requisitos habilitantes.**

Aunado a lo anterior, este requisito también fue solicitado por los interesados como se evidencia en la etapa de observaciones del proceso de selección de la referencia, donde el proponente MARESTER SAS BIC señaló lo siguiente:

> *"De manera respetuosa solicito a ustedes considerar el requerir que las empresas acrediten por lo menos un año de antigüedad con la fecha de constitución registrada en cámara de comercio, pues esto cerraría la opción de que oferentes con mayor capacidad constituyan empresas de papel para seguir accediendo a todos los segmentos y zonas del acuerdo marco, bajo la modalidad de experiencia adquirida por intermedio de los socios."*

Por otro lado, es importante aclarar que, frente al hecho noveno del escrito de Tutela, el Decreto 399 de 2021 es una norma reglamentaria de la Ley 1150 de 2007, incorporadas al Decreto 1082 de 2015, que rigen desde su publicación. No obstante, los parágrafos transitorios delimitan su campo de acción temporalmente, pues serán aplicables para la inscripción de información financiera y contable en el RUP desde 1° de junio de 2021 y también se aplicarán para la inscripción o renovación del RUP en el año 2022, información que a su vez será certificada por las cámaras de comercio y evaluada por las entidades estatales según las reglas transitorias explicadas en el acápite anterior. Mientras el Gobierno Nacional no modifique la reglamentación transitoria, esta solo regirá en los años mencionados, por lo anterior la norma citada sobre la cual el tutelante soporta su argumentación no se encuentra vigente.

En conclusión, establecer esta condición no solo se justifica por razones legales, sino también por consideraciones prácticas que buscan asegurar la calidad, transparencia y efectividad en la ejecución de los contratos que se deriven del proceso.

II.- PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Me opongo a que se dicte sentencia de tutela en contra de -ANCP-CCE-, toda vez que esta no ha violado, ni se encuentra violando o amenaza violar los derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad y la libre concurrencia alegados por el accionante, pues el Acuerdo Marco de Precios es un contrato estatal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993[5], así las cosas, el Acuerdo surge como un acto jurídico[6] en el que converge la voluntad de la Administración, representada en la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente –, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 3 del Decreto - Ley 4170 de 2011. En virtud de este negocio: "*se pactan la forma, plazo y condiciones bajo las cuales se llevará a cabo la provisión de ciertos bienes o servicios a las Entidades Estatales; estipulaciones estas que tendrán vigencia durante un periodo fijado*"[7].

En este orden, procederé a fundamentar la defensa en el acápite siguiente sin perjuicio de lo manifestado en el capítulo "**PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LOS HECHOS DE LA ACCIÓN DE TUTELA"** en los que también expresé objeciones y

[5] Ley 80 de 1993 - Artículo 32. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto.
[6] Código de Comercio. Artículo 864. El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.
[7] Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 16 de agosto de 2017, Rad. 56166, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

aclaraciones que de suyo contienen elementos de juicio suficientes para que se declare la improcedencia de la acción de tutela referida en lo que respecta a la AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE-.

III. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA DEFENSA

1. SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

Es necesario resaltar que la naturaleza jurídica de la acción de tutela se circunscribe a la protección efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria de los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, puesto que la razón de la participación del Juez Constitucional se contrae en proteger derechos fundamentales cuando éstos estén siendo efectivamente vulnerados, lo cual no ocurre en el presente caso. Frente a la subsidiariedad la Corte Constitucional en sentencia T-375/18 señaló:

> *"El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte ha señalado que "permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos". Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos." (Subraya fuera de texto)*

En el mismo sentido, el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, dispone que toda persona puede contar con el mecanismo de la acción de tutela para reclamar ante los jueces en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad o particular, situación que, como podrá verse, no se configura para el presente caso.

En línea con lo anterior, la acción de tutela tiene como finalidad proteger derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados y/o afectados. Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T-130 de 2014, señaló:

> *"El objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria de los derechos fundamentales, "cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares."*

De lo anterior puede inferirse que el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, considerado como un requisito para la procedencia de esta también, en

temas de contratación pública establece que solo se puede acudir a este mecanismo cuando no exista otro medio de defensa judicial o cuando sea necesario evitar un perjuicio irremediable

Partiendo del anterior análisis sobre la naturaleza jurídica de la acción de tutela, puede afirmarse sin lugar a duda que el mecanismo de amparo constitucional que nos convoca se torna improcedente, entre otras causas, por no existir una actuación u omisión de esta Agencia, que haya amenazado o vulnerado los derechos y/o garantías fundamentales alegados.

Es oportuno indicar señora Juez, que el Acuerdo Marco de Precios es un contrato estatal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993[8], así las cosas, el Acuerdo surge como un acto jurídico[9] en el que converge la voluntad de la Administración, representada en la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente –, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 3 del Decreto - Ley 4170 de 2011. En virtud de este negocio: "*se pactan la forma, plazo y condiciones bajo las cuales se llevará a cabo la provisión de ciertos bienes o servicios a las Entidades Estatales; estipulaciones estas que tendrán vigencia durante un periodo fijado*"[10].

Así las cosas, fueron establecidos mecanismos contractuales para dar trámite a las controversias que llegasen a surgir, en dónde -valga la pena resaltar- prima el principio de la autonomía de la voluntad de las partes que suscribieron el Acuerdo Marco de precios y se obligan a dar cumplimiento de este y no es óbice para acudir al juez constitucional para obtener una respuesta que vaya en línea con los intereses de una de las partes del negocio jurídico. Sobre el acuerdo de voluntades el Consejo de Estado indicó:

> "*Se recuerda que un principio tutelar del contrato como acuerdo de voluntades generador de obligaciones es el pacta sunt servanda, según el cual las estipulaciones acordadas por las partes al celebrar un contrato, deben prevalecer durante todo el término de ejecución del mismo y sólo pueden variarse por un nuevo acuerdo de voluntades; en consecuencia, una de las partes no puede, en principio, unilateralmente, desconocer las condiciones en las que se obligó inicialmente y debe cumplir las prestaciones a su cargo exactamente en los términos en que se comprometió a hacerlo. Manifestación positiva de este principio, es el artículo 1602 del Código Civil, de acuerdo con el cual 'Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales'.*"[11]

---

[8] Ley 80 de 1993 - Artículo 32. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto.
[9] Código de Comercio. Artículo 864. El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.
[10] Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 16 de agosto de 2017, Rad. 56166, CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
[11] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de agosto 25 de 2011, Expediente 14461, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

2. IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA POR INEXISTENCIA DE PERJUICIO IRREMEDIABLE.

Sumado a lo anterior, el presente asunto no cumple con el requisito de procedibilidad consagrado en el numeral primero (1°) del artículo sexto (6°) del Decreto 2591 de 1991, relacionado con el perjuicio irremediable, norma según la cual, la acción de tutela es viable siempre y cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Como se observa, el referente normativo transcrito, consagra la obligación de acreditar el perjuicio irremediable para sea procedente la acción de tutela, exigiendo para el efecto, que el accionante acredite cierta carga de diligencia, materializada en el hecho de tener que probar, siquiera sumariamente, las circunstancias fácticas que acreditan el hecho vulnerador del derecho ius fundamental, sobre el cual solicita la protección constitucional.

Este tema ha sido ampliamente tratado por la Corte Constitucional, entre otros pronunciamientos, en la sentencia T-449/98, el tribunal constitucional indicó:

> *"No basta, pues, afirmar la irreparabilidad de un daño, sino, ofrecer las explicaciones y pruebas correspondientes, para que el juez de tutela adquiera certeza sobre su decisión y examine si los medios judiciales son eficaces."*

Reiterando la anterior postura jurisprudencial, se pronunció la Corte Constitucional, en el fallo T-210 de 2011, con ponencia del Dr. Juan Carlos Henao Pérez, así:

> *"6. En este sentido, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, cuando el peticionario interpone la acción de tutela, como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, este tiene la carga de probar, aunque sea sumariamente, la existencia de un perjuicio que: (i) sea inminente, es decir que produzca, de manera cierta y evidente, la amenaza de un derecho fundamental; (ii) imponga la adopción de medidas urgentes para conjurarlo; (iii) amenace gravemente un bien jurídico que sea importante en el ordenamiento jurídico y; (iv) dada su urgencia y gravedad, imponga la impostergabilidad del amparo a fin de garantizar el restablecimiento del orden social justo en toda su integridad, pues, de lo contrario, la acción se torna improcedente."*

En conclusión, por ser la acción de tutela un mecanismo protector de derechos fundamentales de carácter eminentemente subsidiario, su procedencia depende de la demostración de la inminencia del daño, requisito primordial que no fue expuesto ni probado por la accionante, lo que de suyo permite afirmar que este no es el medio para resolver las demandas del escrito de tutela.

Así las cosas, los requisitos principales para que proceda la acción de tutela no se encuentran demostrados y, aún cuando se presentara algún tipo de vulneración como la alegada por el accionante, este cuenta con otros medios de defensa judicial por medio de los cuales puede hacer valer sus derechos ante la jurisdicción contenciosa.

3. EL ACUERDO MARCO DE PRECIOS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ASEO Y CAFETERÍA

Sin perjuicio de lo anterior, y si el despacho considera procedente analizar las pretensiones esgrimidas por le tutelante, la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente ha estructurado desde el 2016 el Acuerdo Marco de Precios para la prestación del Servicio Integral de Aseo y Cafetería, contando así con cinco generaciones, de las cuales esta agencia ha evidenciado distintas oportunidades de mejora relacionadas con las condiciones del acuerdo marco de precios, la cobertura, los bienes y servicios que integraran el catálogo (modelo de negocio) y el comportamiento del sector objeto de este Mecanismo de Agregación de Demanda, que podemos resumir en los siguientes puntos:

1. Capacidad financiera y organizacional: Una de estas lecciones aprendidas está directamente relacionada con la capacidad financiera y organizacional que deben tener las futuras empresas adjudicatarias, toda vez que como se evidenció en la segunda y tercera generación de este Acuerdo Marco, algunas empresas se declararon en reorganización de acuerdo con la Ley 1116 de 2006, toda vez que lo requerido por las entidades compradoras en la operación secundaría, sobrepaso su capacidad para dar frente al cumplimiento oportuno de sus obligaciones. Por lo que adicionalmente, las entidades compradoras y esta Agencia se vieron en la obligación de adelantar diferentes procesos sancionatorios administrativos, que infortunadamente derivaron en la imposición de multas y sanciones, y traumatismos en la prestación del servicio.

   Es por lo anterior, que, desde la cuarta generación del Acuerdo Marco, esta Agencia ha buscado estrategias que eviten que las mencionadas situaciones vuelvan a darse, poniendo en riesgo la salud financiera de los proveedores y la creación de empresa, ya que como es sabido, todo esto puede finalmente resultar en una inhabilidad para contratar con el estado.

   En este sentido, el Pliego de Condiciones del Acuerdo Marco actualmente en estructuración, entre otros, tiene como finalidad adjudicar a proponentes que cuenten con las capacidades requeridas para para dar respuesta de forma oportuna a las órdenes de compra, en un escenario que les permita tener un sano flujo de caja, competencia y crecimiento. Por lo que, es esta Agencia la responsable de crear condiciones que así lo permitan y que por el contrario no establezca un contexto adverso para ellas.

   En términos generales el requisito objetado cuenta con la siguiente justificación que desde el punto de vista de la Agencia Nacional de Contratación Pública no solo es pertinente, sino que es necesario para garantizar la satisfacción de la necesidad de forma óptima.

   El requisito asegura que las empresas tengan una experiencia operativa mínima, lo que puede traducirse en una mayor capacidad técnica y administrativa para cumplir con los requisitos del contrato, esto es un factor crucial en la evaluación de la idoneidad de una empresa para ejecutar

proyectos públicos, ya que permite asegurar la capacidad para manejar los desafíos inherentes a los contratos estatales.

Desde el punto de vista económico es indicativo de la estabilidad de la empresa que es fundamental para asegurar que las empresas puedan afrontar los retos administrativos que se presenten sin comprometer la calidad del servicio.

Este requisito permite la reducción del Riesgo Operativo las empresas con más tiempo en el mercado suelen tener mejores prácticas operativas y una gestión más robusta, lo que reduce el riesgo operativo asociado a nuevos contratos. Esto es especialmente relevante en proyectos complejos como lo es el adelantado por la Agencia.

2. Concentración de las órdenes de compra: Teniendo en cuenta que, en los acuerdos marco de precios las órdenes de compra se adjudican al menor valor de acuerdo con lo indicado en la Minuta del mecanismo, se evidenció que, para la cuarta generación, más del 50% de las órdenes de compra están siendo adjudicadas a solo cuatro proveedores, a pesar de que se establecieron precios piso para la presentación de las ofertas, con el ánimo de mitigar que los proveedores presentaran ofertas con precios por fuera del mercado.

   No obstante, la concentración de órdenes de compra continuó y se debe a los constantes empates que se presentan en la operación secundaria del acuerdo marco, los cuales luego de surtir todo el proceso de evaluación de las ofertas, las entidades compradoras entran a verificar el cumplimiento de los factores de desempate establecidos en la Ley 2069 de 2020 en concordancia con el artículo 2.2.1.2.4.2.9. del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, dando como resultado que las empresas más grandes son las que ganan el desempate pues pueden acreditar mayores criterios.

   Lo anterior, se evidencia en el documento Estudio del Sector, capítulo 6. Identificación de los principales proveedores:

   Imagen No 1. Identificación de los principales proveedores

6. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROVEEDORES

La Cuarta Generación del Acuerdo Marco contó con 39 proveedores. La siguiente tabla muestra las ventas por proveedor del Servicio Integral de Aseo, la participación y la cantidad de órdenes de compra adjudicas.

Tabla 32 – Proveedores en la Cuarta Generación del Acuerdo Marco

No.	Proveedor	Valor de las órdenes de compra	Participación (%)	No. de órdenes de compra
1	UNIÓN TEMPORAL OUTSOURCING GIAF	$210.454,92	21,6%	234
2	UNIÓN TEMPORAL ECOLIMPIEZA 4G	$139.365,09	14,3%	160
3	UNION TEMPORAL SERVIASEAMOS	$118.103,46	12,1%	59
4	UNIÓN TEMPORAL EMINSER - SOLOASEO 2023	$73.711,81	7,6%	64
5	UNIÓN TEMPORAL EASYCLEAN ASEO PROFESIONAL	$58.716,75	6,0%	12
6	UNION TEMPORAL R&J 2022	$38.031,52	3,9%	122
7	UNIÓN TEMPORAL CCE AMP IV 2022	$33.814,62	3,5%	11
8	UNIÓN TEMPORAL SERVICIOS A y C COLOMBIA	$31.672,65	3,2%	16
9	UNIÓN TEMPORAL CONASEAR	$26.312,30	2,7%	29
10	CONSORCIO KIOS	$24.540,91	2,5%	60
11	SERVIASEO S.A	$24.329,64	2,5%	119
12	UNIÓN TEMPORAL GRUPO ADIN	$24.043,51	2,5%	25
13	UNION TEMPORAL CLEAN BOGOTA	$24.041,43	2,5%	28
14	LIMPIEZA INSTITUCIONAL LASU S.A.S.	$23.216,21	2,4%	28
15	UNIÓN TEMPORAL CLEAN COLOMBIA	$20.220,78	2,1%	47
16	UNIÓN TEMPORAL ASEO COLOMBIA AMP4	$17.257,24	1,8%	67
17	GRUPO GESTION EMPRESARIAL COLOMBIA SAS	$11.605,31	1,2%	71
18	CONSERJES INMOBILIARIOS LTDA	$9.735,68	1,0%	103
19	UNIÓN TEMPORAL LADOINSA 2022	$9.561,42	1,0%	16
20	CONSORCIO ELITE	$7.592,48	0,8%	13
21	ASECOLBAS LTDA	$7.435,48	0,8%	129
22	SOCIETY SERVICES GENERAL SAS	$6.451,06	0,7%	14
23	BRILLASEO S.A.S	$6.285,67	0,6%	3
24	UNIÓN TEMPORAL SERTOP	$5.578,84	0,6%	40
25	INTERNEGOCIOS S.A.S	$4.980,78	0,5%	54
26	UNION TEMPORAL ASEAMOS 2022 ACUERDO 4	$4.928,29	0,5%	42
27	SERVICIO INTEGRAL TALENTOS LTDA	$4.035,90	0,4%	44
28	INCINERADOS DEL HUILA - INCIHUILA S.A.S. E.S.P	$3.770,83	0,4%	11
29	N&R INTEGRAL SERVICE COMPANY SAS	$3.440,32	0,4%	6
30	KIOS SAS	$1.946,87	0,2%	3
	TOTAL GENERAL	**$975.697,73**	**100%**	**1639**

Fuente: Tienda Virtual del Estado Colombiano

Como se evidencia, el proveedor Unión Temporal Outsourcing GIAF registra una participación de 21,6%, el proveedor Unión Temporal Ecolimpieza 4G 14,3%, en tercer lugar la Unión Temporal Serviaseamos una participación del 12,1% y el proveedor Unión Temporal Eminser - Soloaseo 2023 7,6% sumando solo entre ellos cuatro el 55,5% de las ventas totales.

Colombia Compra Eficiente reviso esta información junto con la dinámica de desempates en la operación secundaría e identificó que aunque el Acuerdo Marco contempla precios desde la tercera generación y se formuló una estrategia de descuentos en la cuarta generación, existe una tendencia dentro de los proveedores que prestan el Servicio orientada a cotizar a los precios más bajos permitidos, por lo que finalmente se resultan adjudicando los eventos de cotización bajo la dinámica de desempate del Decreto 1860 de 2021.

En este sentido, y al determinarse ciertos criterios en la norma, aparentemente existen proveedores que resultan favorecidos bajo la aplicación del proceso de desempate, al cual no puede ser ajena la operación secundaría.

Es por lo anterior, que se establecieron nuevas estrategias en el modelo de negocio de la quinta generación encaminadas a:

1. Crear nuevas zonas de cobertura
2. Segmentar las zonas en la operación principal de acuerdo con los montos de los eventos de cotización
3. Eliminar los precios piso de algunos que ítems que no generen un riesgo en la ejecución de las órdenes de compra por su rotación o precio, pero que permitan mitigar la cantidad de empates en los eventos de cotización.

Esta Agencia aclara que eliminación parcial de precios obedece a la intención de evitar desequilibrios económicos en la operación secundaría, permitiendo que se garantice un mínimo en los precios ofertados por los proveedores.

Por lo que para la generación actualmente en estructuración, se tomaron nuevas medidas, que permitan crear un escenario de competencia.

3. Teniendo en cuenta la concentración de mercado detallada en el punto 2, esta Agencia segmentó la participación dentro del Acuerdo Marco buscando de esta forma, distribuir de forma más equitativa las ventas registradas las cuales sobrepasan los 1.3 billones de presos, por lo que el Pliego de Condiciones busca la participación de nuevas empresas, conforme **a su experiencia**, lo cual sin duda muestra un compromiso claro con las pequeñas empresas para que puedan participar en este Acuerdo Marco, sin comprometer su capacidad de respuesta como se relató en el punto 1.

Imagen No 2. Experiencia cuarta y quinta generación

Tabla 7. Experiencia regiones 12 a la 18

Región de Cobertura	Experiencia mínima requerida en SMMLV	No. De Contratos	No. De Contratos de Servicios Especiales	No. De certificaciones en venta, suministro o puesta a disposición
Región 12	320	1 hasta 5	1	1
Región 13	148			
Región 14	326			
Región 15	324			
Región 16	88			
Región 17	544			
Región 18	51			

Fuente: Colombia Compra Eficiente.

Experiencia: Cuarta Generación

Tabla 8 - Experiencia zonas 22 a la 28

Zona de cobertura	Segmento	Experiencia mínima requerida en SMMLV	No. de contratos	No. de Contratos de Servicios Especiales	No. de certificaciones en venta, suministro o puesta a disposición
22	1	19	1 hasta 10	1	1
	2	57			
	3	811			
23	1	21			
	2	64			
	3	914			
24	1	23			
	2	81			
	3	917			
25	1	10			
	2	18			
	3	1102			
26	1	10			
	2	10			
	3	397			
27	1	10			
	2	10			
	3	403			
28	1	10			
	2	10			
	3	314			

Experiencia – Quinta Generación

Como se evidencia, la cantidad de SMMLV solicitados en esta última generación, para algunos casos puede ser de hasta solo 19, mientras que, en la cuarta generación, lo mínimo permitido fue 51. Impactando a su vez la suficiencia de las garantías solicitadas, las cuales disminuyeron significativamente.

Cabe resaltar, que esta segmentación, se encuentra limitada, con el ánimo de evitar que empresas con gran capacidad puedan entrar a participar en los segmentos creados para las pequeñas empresas, lo cual puede generar un afán por parte de las grandes empresas, en crear nuevas empresas con calidad de MiPyme para de alguna forma entrar a estos segmentos y no perder su participación en el mercado.

Así mismo, esta nueva generación contempla también una nueva distribución geográfica, fomentando de esta forma la economía local, y por supuesto la participación de las MiPyme en las regiones.

Teniendo en cuenta la segmentación, esta Agencia previo la posibilidad de solicitudes relacionadas con la no aplicación de esta iniciativa, toda vez que significa para las empresas con mayor participación en el mercado, deban ceder una parte de sus ventas a nuevos competidores en los nuevos segmentos creados.

En este sentido, esta Agencia recibió alrededor de 25 observaciones, las cuales fueron nuevamente analizadas, sin embrago, la Subdirección de Negocios estimó más eficiente continuar con la aplicación de la segmentación, evitando de esta manera la participación de empresas creadas en el 2024 que pretendan participar en los pequeños segmentos al ser creadas por Grandes Empresas, con la finalidad de mantener su participación mayoritaria.

Para ejemplificar lo descrito, se indica lo siguiente.

Solicitudes remitidas por empresas que ya hacen parte del Acuerdo Marco:

Resulta importante mencionar peticiones como la elevada por Ladoinsa el día 23 de octubre, empresa que actualmente hace parte del Acuerdo Marco y registra como Gran Empresa, quién está solicitando no se requiera un año de antigüedad a las empresas que participarán:

Imagen No 3. Correo electrónico remitido por Laodnisa



Outlook

OBSERVACIONES CCENEG-077-01-2024

Desde Licitaciones - LADOINSA <licitaciones.ladoinsa@gmail.com>
Fecha Mié 23/10/2024 15:43
Para Guillermo Buenaventura Cruz <guillermo.buenaventura@colombiacompra.gov.co>; agregaciondedemanda <agregaciondedemanda@colombiacompra.gov.co>; Comunicaciones – Colombia Compra Eficiente <comunicaciones@colombiacompra.gov.co>; Laura Natalia Herrera <laura.herrera@colombiacompra.gov.co>

1 archivos adjuntos (75 KB)
OBSERVACION CCENEG-077-01-2024.pdf;

Cordial saludo

Adjunto observación para conocimiento y fines pertinentes

Quedo atenta

El proveedor Laodinsa, remite correo, con el siguiente documento adjunto:

Imagen No 4. Solicitud remitida por Laodnisa

UNO en limpieza

Bogotá D.C., 22 de octubre de 2024

Señores
AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA
COLOMBIA COMPRA EFICIENTE
Ciudad

Ref. OBSERVACION ACUERDO MARCO DE PRECIOS PARA LA PRESTACION DEL SERVICIO INTEGRAL DE ASEO Y CAFETERIA – CCENEG-077-01-2024

Respetados señores

Solicitamos a la entidad que las aclaración guarden correspondencia con las aclaraciones proferidas en el proceso a la fecha, con todo respeto solicitamos que las empresas nuevas puedan presentar oferta, y que mínimo puedan acreditar la información financiera del año fiscal inmediatamente anterior, ya que se nos vulnera la oportunidad de ser partícipes del proceso, lo que en todo caso significa que no podremos participar en los siguientes 3 años en los procesos públicos, vulnerando claramente nuestros derechos como Mipymes.

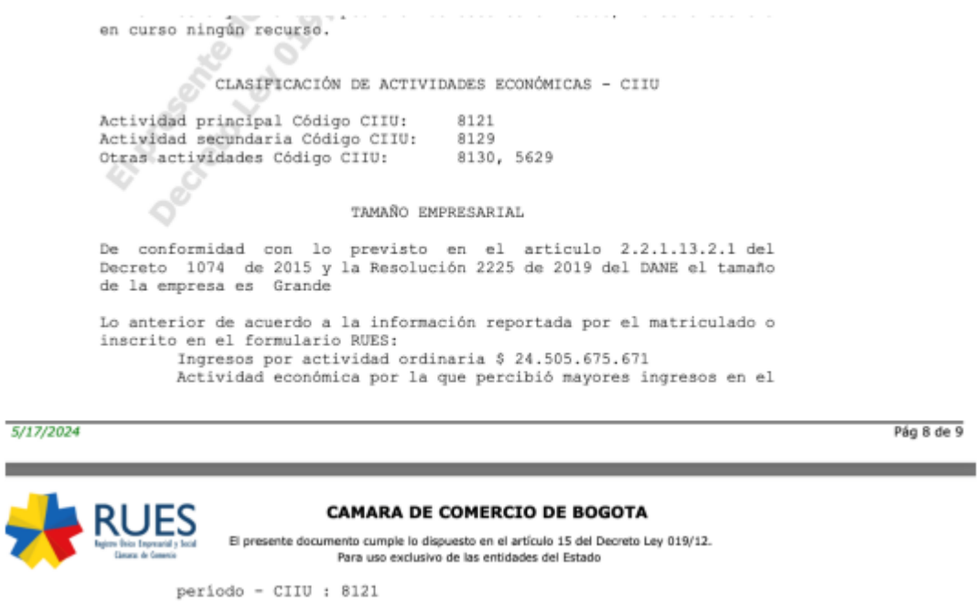
De acuerdo a la observación 95 al proyecto de pliego de condiciones la entidad respondió:
Observación:

De manera respetuosa solicito a ustedes considerar el requerir que las empresas acrediten por lo menos un año de antigüedad con la fecha de constitución registrada en cámara de comercio, pues esto cerraría la opción de que oferentes con mayor capacidad constituyan empresas de papel para seguir accediendo a todos los segmentos y zonas del acuerdo marco, bajo la modalidad de experiencia adquiridad por intermedio de los socios
Respuesta:

La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente -, no acepta la observación teniendo en cuenta que de solicitar dicha condición se estaría limitando la participación y la competencia de manera injustificada a este proceso de selección.
Por lo anterior solicitamos a la entidad se mantenga en la aclaración dada al proyecto de pliego.

Como se evidencia, el documento adjunto hace referencia a otra empresa distinta a Ladoinsa.

Imagen No 5. RUP de Ladoinsa, donde se puede evidenciar que dicha empresa registra como GRAN EMPRESA.



en curso ningún recurso.

CLASIFICACIÓN DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS - CIIU

Actividad principal Código CIIU: 8121
Actividad secundaria Código CIIU: 8129
Otras actividades Código CIIU: 8130, 5629

TAMAÑO EMPRESARIAL

De conformidad con lo previsto en el articulo 2.2.1.13.2.1 del Decreto 1074 de 2015 y la Resolución 2225 de 2019 del DANE el tamaño de la empresa es Grande

Lo anterior de acuerdo a la información reportada por el matriculado o inscrito en el formulario RUES:
Ingresos por actividad ordinaria $ 24.505.675.671
Actividad económica por la que percibió mayores ingresos en el

5/17/2024 Pág 8 de 9

RUES
CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA
El presente documento cumple lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Ley 019/12.
Para uso exclusivo de las entidades del Estado

periodo - CIIU : 8121

IV.- PETICIONES

PRIMERA: DECLARAR la IMPROCEDENCIA de la acción de tutela, toda vez que la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente no ha violado ni amenaza violar los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y libre concurrencia alegados por la accionante.

V. PRUEBAS

1. Registro Único Empresarial y Social de la empresa Ladoinsa.

2. Solicitud de fecha 22 de octubre de 2024, suscrita por la representante legal de la empresa *"UNO EN LIMPIEZA SAS BIC"*.

3. Correo electrónico de fecha 23 de octubre de 2024, remitido por Ladoinsa.

4. Estudio del sector soporte de la licitación pública para seleccionar a los proveedores de un acuerdo marco de precios para la prestación del servicio integral de aseo y cafetería (Quinta generación).

VI. ANEXOS

5. Poder especial a mi conferido.

6. Resolución de encargo n.º 570 de 2024 por la cual se nombra Secretario General (E) de Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente.

7. Resolución n.º 504 del 18 de agosto de 2023 *"Por el cual se delega algunas funciones"*.

VII. NOTIFICACIONES

Las que correspondan a la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, las recibiré en la Carrera 7ª No. 26-20 Piso 17 de la ciudad de Bogotá D.C. PBX. 7956600, o en la siguiente dirección electrónica: notificacionesjudiciales@colombiacompra.gov.co. Al suscrito a los correos electrónico notificaciones@nameabogados.com

Del señor juez,



FAHID NAME GÓMEZ
CC.1.020.713.739
T.P. 278.371