

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, quince (15) de julio de dos mil veintiséis (2026).

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 11001-03-26-000-2025-00042-00 (72.599)
Actor: ÁLVARO MEJÍA MEJÍA
Demandado: UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS (USPEC)
Medio de control: NULIDAD SIMPLE - CPACA
Temas: SENTENCIA EN ÚNICA INSTANCIA - SENTENCIA ANTICIPADA - PLIEGOS DE CONDICIONES – DESCUENTOS DE PUNTAJE POR HABER SIDO SANCIONADO POR COLUSIÓN

Síntesis del caso: el demandante pide la nulidad del literal A) del apartado “Descuentos de Puntaje” contenido en los estudios y documentos previos que hacen parte integral de los pliegos de condiciones de la licitación pública no. USPEC-LP-002-2025 que adelantó la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC) para la contratación del suministro de la alimentación para la población privada de la libertad; en la demanda se aduce que la disposición contraviene varios principios constitucionales y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007; por su parte, la entidad demandada sostiene que la norma tiene un propósito loable y plausible en aras de la protección de los recursos públicos.

Temas: medio de control de simple nulidad – pliegos de condiciones – naturaleza jurídica – control de legalidad – descuentos por haber sido sancionado previamente por colusión – la norma demandada introduce descuentos en los puntajes en caso de existir una sanción previa por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio – principios constitucionales – principio de legalidad de la sanción.

La Sala decide en única instancia y mediante sentencia anticipada la demanda presentada en ejercicio del medio de control jurisdiccional de nulidad simple en contra del literal A) del apartado “Descuentos de Puntaje” contenido en los estudios y documentos previos que hacen parte integral de los pliegos de condiciones de la licitación pública no. USPEC-LP-002-2025 (fl. 1 índice 2 SAMAI).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1) El 30 de marzo de 2025, el ciudadano Álvaro Mejía Mejía presentó demanda en ejercicio del medio de control jurisdiccional de nulidad simple (índice 2 SAMAI)¹ para que se anule el literal A) del acápite de “*Descuentos de Puntaje*” contenido en los estudios y documentos previos que hacen parte integral de los pliegos de condiciones de la licitación pública no. USPE-LP-002-2025 expedidos por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC); con ese propósito pide que se acceda a las siguientes pretensiones:

“PRIMERA. Que se declare nulo parcialmente el pliego de condiciones que fue proferido por la UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS (USPEC), correspondiente a la LICITACIÓN PÚBLICA no. USPEC-LP-002-2025, cuyo objeto es ‘suministrar el servicio de alimentación para la población privada de la libertad a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC), así como para las estaciones de policía y centros transitorios de detención, el cual se compone de desayuno, almuerzo, cena y refrigerio’, específicamente literal A (sic), DESCUENTOS DE PUNTAJE, que se encuentra en la página 56 de los estudios y documentos previos, que hace parte integral del pliego de condiciones, cuyo texto es el siguiente:

‘DESCUENTOS DE PUNTAJE

A. Los proponentes, o miembros de estructuras plurales, sancionados por la Superintendencia de Industria y Comercio por colusión, durante los cinco (5) años anteriores a la fecha de cierre del presente proceso tendrán una penalización del diez por ciento (10%) menos del puntaje obtenido, en caso de presentarse en estructuras plurales se descontará de igual manera a la estructura plural’.

SEGUNDA. Una vez ejecutoriada la sentencia que ponga fin a la presente acción, se comuniqué a la autoridad administrativa que profirió el acto, para los efectos legales consiguientes.

TERCERA. Condenar en costas a la parte demandada” (índice 2 SAMAI – mayúsculas fijas y negrillas del original).

2) El demandante sostiene que el aparte normativo demandado es nulo por el hecho de haber sido proferido con desconocimiento o infracción de las normas en que debía fundarse, para lo cual indicó que la disposición cuestionada contraviene los artículos 13 y 29 de la Constitución Política y el artículo 5 de la

¹ Archivo “3_DemandaWeb_Demanda_DEMANDANULIDADUSPEC2(.pdf) NroActua 2”.

Ley 1150 de 2007, modificado por los artículos 88 de la Ley 1474 de 2011 y 5 de la Ley 1882 de 2018.

3) En la demanda se invocó, como concepto de la violación que el literal A) establece un descuento de puntaje que desconoce los principios de igualdad, imparcialidad, *non bis in idem*, presunción de inocencia, libre concurrencia, selección objetiva y legalidad; que los factores de evaluación están definidos de forma objetiva por el precio, la calidad y la relación costo beneficio, sin que la entidad estatal contratante pueda incluir o establecer reducciones de puntaje, según su criterio, puesto que para ello existe reserva legal; de otra parte, que el precepto demandado desconoce abiertamente el principio de legalidad, a partir del cual no se pueden imponer sanciones que no estén expresamente previstas en la ley, así como también la prohibición constitucional de no ser juzgado por los mismos hechos dos veces. Finalmente, se puntualizó que el hecho de no haber sido sancionado por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) no es un factor de evaluación y selección objetiva, motivo por el cual los pliegos contravienen el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

2. El trámite de única instancia

1) En auto del 9 de mayo de 2025 se admitió la demanda (índice 6 SAMAI) y se ordenó su notificación a la entidad demandada y al Ministerio Público.

2) De otra parte, el 3 de septiembre de 2025 (índice 29 SAMAI) se negó la medida cautelar de suspensión provisional solicitada en la demanda en tanto que para ese específico momento el procedimiento precontractual ya había finalizado y, por consiguiente, el acto administrativo acusado surtido sus efectos.

3) La Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC) contestó la demanda para oponerse a las súplicas formuladas (índice 38 SAMAI) para lo cual propuso las excepciones de i) *“presunción de legalidad del acto administrativo”* y, ii) *“cumplimiento de las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*; alegó que como garantía de los principios de diligencia y precaución exigibles en el manejo de los recursos públicos es pertinente y prudente blindar los procesos de selección frente a posibles contratistas que tengan *“afectado su buen nombre por malas prácticas comprobadas,*

sancionadas y en firme por decisiones de autoridades competentes” (fl. 4 índice 38 SAMAI), razón por la cual la norma demandada no trasgrede ningún principio constitucional ni mucho menos el principio o postulado de selección objetiva.

3. El fundamento para dictar sentencia anticipada

Por auto del 16 de enero de 2026 se advirtió que se configuraban dos supuestos para dictar sentencia anticipada (índice 46SAMAI) de conformidad con el artículo 182A de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), pues, (i) la controversia es de puro derecho y, (ii) no era necesario decretar ni practicar pruebas motivo por los cuales se prescindió de la realización de la audiencia inicial, se fijó el litigio y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto.

4. Alegatos de conclusión

1) En términos generales, la parte actora reiteró los planteamientos y argumentos contenidos en la demanda (índice 58 SAMAI); sin embargo, agregó que en materia sancionatoria opera el principio de reserva legal lo cual significa que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, motivo por el cual no pueden operar descuentos de puntaje discrecionales a cargo de las entidades contratantes sin que estén previstos en la normatividad que regula la materia.

2) La entidad demandada, por su parte, adujo que estos descuentos no son elementos extraños o ajenos a los procesos de contratación pública (índice 57 SAMAI) y, por el contrario, guardan una estrecha, directa e inescindible relación con la actividad contractual, pues, ha quedado demostrado que la colusión - entendida como un acuerdo privado y secreto entre competidores para manipular precios, cuotas de mercado o procesos de selección- es una práctica reiterada entre las empresas que participan en este tipo de procedimientos de selección, con lo cual este tipo de disposiciones normativas cobran trascendental relevancia y necesidad para proteger los principios de transparencia, imparcialidad y de selección objetiva que rigen la contratación estatal.

El Ministerio Público guardó silencio (índice 59 SAMAI).

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, la Sala resuelve el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, 2) análisis del caso concreto, 3) conclusión general y, 4) condena en costas.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

El centro de la discusión consiste en determinar si la disposición censurada debe ser anulada por haber sido proferida con desconocimiento de las normas en que debían fundarse, concretamente, por contravenir varios principios constitucionales (artículos 13 y 29 CP) y el principio de selección objetiva contenido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

La Sala declarará la nulidad del literal A) del apartado “*Descuentos de Puntaje*” contenido en los estudios y documentos previos que hacen parte integral de los pliegos de condiciones de la licitación pública no. USPEC-LP-002-2025 proferidos por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC), por razón de infringir las normas de rango superior en las cuales debía fundarse debido a que establece una sanción o pena que no está prevista en la ley.

2. Análisis del caso concreto

2.1 Naturaleza, contenido y alcance del acto demandado

1) El artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) regula el medio de control jurisdiccional de simple nulidad; la norma dispone que cualquier persona puede solicitar por sí o por medio de representante que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general cuando hayan sido expedido, entre otras razones o circunstancias, con infracción o desconocimiento de las normas en que debían sustentarse.

2) El documento de estudios previos previsto en el apartado titulado “*Descuentos de puntaje*” hace parte integral del pliego de condiciones definitivo de la licitación pública no. USPEC-LP-002-2025 adelantada por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC) y, en ese sentido, es uno de los actos

previos al contrato que puede ser objeto del medio de control jurisdiccional de nulidad simple, como lo reconoció recientemente esta Sala en providencia que reitera la posición mayoritaria de esta Corporación².

En esa perspectiva, el acto demandado corresponde al pliego de condiciones definitivo de la licitación pública no. USPEC-LP-002-2025, proceso de selección contractual a cargo de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC), el cual incorporó los estudios previos con el apartado denominado “Descuentos de puntaje”.

En efecto, en esa precisa oportunidad la Sala discurrió *in extenso* de la siguiente manera³:

“(…) Es particularmente relevante anotar que, por regla general, los actos de trámite no son objeto o materia de control jurisdiccional de manera directa y autónoma, dado que solo es susceptible de estudio de legalidad el acto administrativo definitivo, esto es, el que pone fin a la actuación administrativa⁴; sin embargo, de manera excepcional es posible que ciertos actos previos o preparatorios sean impugnables judicialmente por cuanto (i) ponen fin a un procedimiento administrativo o impiden continuarlo, de allí que su legalidad pueda ser analizada por el hecho de frustrar y dar por terminada la etapa administrativa (v gr el acto que revoca el acto de apertura de la licitación pública) y, (ii) cuando la ley y la jurisprudencia han señalado que son controlables en virtud de sus efectos, la importancia que revisten respecto de los principios de la contratación pública y el interés general (v gr los pliegos de condiciones).

En efecto, sobre el particular la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 14 de febrero de 2012, proferida por importancia jurídica, en relación con los actos precontractuales controlables judicialmente precisó lo siguiente⁵:

‘En relación con los pliegos de condiciones, de manera pacífica esta Corporación ha entendido que comparten la naturaleza de verdadero acto administrativo de carácter general, y en cuanto al acto de apertura, se le ha considerado por regla general como simple acto de trámite.

Precisamente en cuanto a la naturaleza del pliego de condiciones como acto precontractual, esta Corporación ha mantenido su postura señalando que se trata de un acto administrativo de

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, auto del 26 de marzo de 2025, exp. 71.869, MP Fredy Ibarra Martínez.

³ *Ibidem*.

⁴ Cita del original. El artículo 43 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) prevé: “son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”.

⁵ Cita del original. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de febrero de 2012, expediente no. 11001-03-26-000-2010-00036-01 (IJ), MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

contenido general, es decir, una manifestación unilateral de la voluntad de la Administración que crea situaciones jurídicas generales, impersonales, abstractas y objetivas sujeto a control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo mediante la acción de nulidad, la cual fue ejercida en este caso por el actor.

Ahora, frente al acto de apertura de la licitación, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que se trata de un acto de mero trámite y, por tanto, en principio no podría ser impugnado autónomamente pues, por regla general, solo serían demandables ante esta jurisdicción los actos definitivos, esto es, los que ponen fin a un procedimiento administrativo, o los actos que crean situaciones jurídicas.

En efecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera ha clarificado desde tiempo atrás que si bien el acto de apertura de la licitación es de mero trámite, lo cual lo excluiría en principio de ser conocido por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en virtud de lo previsto en los artículos 49, 50 y 135 del C.C.A., lo cierto es que en algunas ocasiones resulta susceptible de ser enjuiciado, como cuando contiene decisiones sobre el fondo del asunto o que puedan afectar los principios que deben regir a la actividad contractual estatal' (se destaca).

En ese orden de ideas, si bien los actos de trámite no son recurribles ni enjuiciables, por regla general, lo cierto es que de manera muy excepcional es posible controlar la legalidad de ciertos actos de trámite -cuando ponen fin a una actuación o impiden continuarla- o actos preparatorios o previos, tal como ocurre con los pliegos de condiciones que no son simple decisiones de impulso, sino que contienen determinaciones sustanciales en relación con el procedimiento de selección contractual⁶.

(...).

Esa posibilidad de demandar la validez de los pliegos de condiciones quedó habilitada legalmente con la expedición de la Ley 446 de 1998

⁶ Cita del original. "Para la Sala es imprescindible definir, previo a cualquier otra discusión, la procedibilidad de la acción de simple nulidad como mecanismo procesal adecuado para cuestionar la validez de los pliegos de condiciones. La pregunta resulta relevante, si se tiene en cuenta que el derecho procesal administrativo en Colombia tiene establecido que, en principio, sólo son demandables los actos administrativos definitivos, esto es, los que ponen fin a un procedimiento administrativo. Por el contrario, los actos de trámite no son impugnables autónomamente -salvo que pongan fin al procedimiento del cual hacen parte-, pero los vicios de que adolezcan pueden ser alegados al momento en que se demanda el acto definitivo del respectivo procedimiento. El anterior criterio general tiene actualmente algunas excepciones. Tal el caso del procedimiento contractual, en el cual se admite que los actos proferidos durante la etapa de selección de contratistas, esto es, los que la doctrina tradicional, y hoy la ley, denominan como actos previos al contrato, sean impugnables en ejercicio de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso. Esta regla especial se encuentra prevista por el art. 87, inc. 2, del CCA -modificado por la ley 446 de 1998. De esta norma se deduce que los diferentes actos que conforman el procedimiento de selección de contratistas, nó solo los definitivos -como el de adjudicación o el que declara desierto el procedimiento de selección-, pueden demandarse autónomamente. Tal conclusión se desprende del hecho de que el artículo citado admite, en abstracto, que los actos propios del procedimiento de selección -generales y particulares- pueden ser demandados sin condiciones o reglas en cuanto a su naturaleza, de manera que el calificativo de 'definitivos' o de 'trámite' no determina la posibilidad de impugnarlos; basta la consideración legal del momento de su expedición" Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente no. 18.059, MP Alier E. Hernández Enríquez.

dado que el artículo 32 de esa normativa modificó el artículo 87 del Decreto 01 de 1984 (CCA) para determinar en el inciso segundo, de manera expresa e inequívoca, lo siguiente: **‘Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación’** (se destaca).

Si se analiza la norma transcrita se tiene que el legislador previó de manera explícita y clara que, de manera excepcional y muy puntual, algunos actos precontractuales pueden ser demandados (v gr el acto de apertura de la licitación, el acto de revocatoria del acto de apertura y los pliegos de condiciones) a través de las acciones de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, lo cual significa que habilitó de manera expresa la posibilidad de controlar judicialmente actos precontractuales previos o preparatorios de contenido general y abstracto, tales como, se insiste, el acto de apertura del proceso de selección o los pliegos de condiciones que, se insiste, no constituyen meras decisiones de impulso, en tanto contienen efectos definitivos en relación con ciertos aspectos del mecanismo de selección del contratista.

5) Posteriormente, con la expedición de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) se mantuvo ese mismo criterio normativo, por manera que la propia ley determinó, sin ambages, que los actos precontractuales -indicados jurisprudencialmente- serían pasibles de análisis legalidad a través de los medios de control jurisdiccional de simple nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso; al respecto, el artículo 141 *ibidem* prevé:

‘Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes’ (destaca la Sala).

Como se advierte, la Ley 1437 de 2011 (CPACA) mantuvo, en términos generales, la regulación contenida en el CCA en materia de control de los actos proferidos antes de la celebración del contrato, al avalar y permitir su estudio de legalidad a través de los medios de control de simple nulidad (artículo 137 *ibidem*) y de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 138 *ibidem*), es decir, el legislador no limitó el control de validez a los actos de adjudicación o de declaración de desierto de

la licitación pública, tal como lo considera el magistrado ponente del proceso; contrario sensu, el ordenamiento jurídico establece, expresa e inequívocamente, que existen actos precontractuales -así sean de trámite o preparatorios- que pueden ser demandados ante esta jurisdicción, tales como el acto de apertura y los pliegos de condiciones, cuya legalidad de juzga a partir del ejercicio del medio de control de nulidad simple, de allí que, se reitera, una posición contraria, como la contenida en el auto suplicado, vacía de contenido el inciso segundo del artículo 141 del CPACA al impedir que se ejerza la acción de nulidad simple, en contravía de lo previsto específicamente en la ley, más aún si se tiene en cuenta que en contra de los actos administrativos de adjudicación o de declaración de desierta solo procede el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, lo cual ha precisado la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Sección⁷.

6) De otra parte, el literal c) del numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) reitera la posibilidad de ejercer el medio de control de nulidad simple en contra de actos precontractuales de contenido general al preceptuar lo siguiente:

'Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

c) Cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso; (negritas adicionales).

Se desprende de la anterior disposición que el legislador estableció un término de caducidad de cuatro (4) meses para el ejercicio de los medios de control jurisdiccional de nulidad simple o de nulidad y restablecimiento del derecho cuando se ejerzan en contra de actos de naturaleza precontractual; además, señaló el momento específico a partir del cual se debe iniciar el cómputo del mencionado plazo y, concretamente, para los actos de contenido general definió que la contabilización se realiza desde el momento de su "publicación", mientras que para los actos de contenido particular y concreto inicia con su notificación o comunicación.

En ese orden de ideas, no le asiste razón al magistrado ponente al restringir el control jurisdiccional sobre los actos precontractuales de contenido general, con el solo argumento de que son actos de trámite y, por lo tanto, no susceptibles de control jurisdiccional en los términos del numeral 3 del artículo 169 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), dado que los actos precontractuales generales (publicables), al margen de que no pongan fin al procedimiento administrativo de selección del contratista, son también materia de control jurisdiccional por

⁷ Cita del original. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Sala Plena, sentencia del 13 de junio de 2011, expediente no. 19.936, MP Ruth Stella Correa Palacio.

determinación de la ley, en tanto revisten efectos definitivos, por ejemplo, frente a los factores habilitantes o ponderables.

En efecto, la interpretación contenida en el auto suplicado vacía parcialmente de contenido los artículos 141, 137 y 164 del CPACA, ya que solo serían demandables el acto de adjudicación y el acto de declaración de desierta a través del medio de control judicial de nulidad y restablecimiento del derecho, posición que, se insiste, no consulta adecuadamente el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia pacífica de esta Corporación sobre esta materia, pues, inaplica el contenido legal y, consecuentemente, restringe de manera injustificada el derecho constitucional fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia (artículo 229 CP).

(...).

Por último, el hecho de permitir que cualquier persona pueda demandar la legalidad de actos generales precontractuales no atenta contra la seguridad jurídica ni contra el interés general como se aduce en el auto demandado; por el contrario, permitir que cualquier ciudadano ejerza veeduría sobre los procedimientos de selección que adelanta la administración pública y defienda la legalidad en sentido objetivo propende por la protección de los principios superiores de la función administrativa y de la contratación pública, así como también redundan en beneficio del interés general, en procura de la protección del patrimonio público, la moralidad administrativa, la selección objetiva y otros principios estructurales de la contratación”.

3) En ese contexto normativo y fáctico, la Sala analizará la legalidad del literal A) del acápite de “Descuentos de Puntaje” preestablecido en los estudios y documentos previos que hacen parte de los pliegos de condiciones de la licitación pública no. USPEC-LP-002-2025 de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC), toda vez que los pliegos de condiciones son actos administrativos de naturaleza mixta que, *prima facie*, producen efectos generales y abstractos y, por lo tanto, su validez es susceptible o pasible de estudio de legalidad a través del medio de control judicial de nulidad simple.

2.2 Análisis del cargo de nulidad formulado - infracción de las normas en que debía fundarse (vicio de contenido)

1) Con apoyo en esta causal, el acto administrativo es nulo cuando trasgrede el ordenamiento jurídico superior, pues, debe recordarse que el sistema normativo reviste una estructura piramidal y, por consiguiente, los actos administrativos deben proferirse con apego irrestricto a las disposiciones de la Constitución Política y las leyes que les sirven de fundamento.

2) En este caso concreto el demandante sostiene, en primer lugar, que la norma demandada desconoce los artículos 13 y 29 de la Constitución Política por cuanto impone una sanción que no está prevista en una ley preexistente y, por lo tanto, se violan los principios de igualdad, imparcialidad, *non bis in idem*, presunción de inocencia, libre concurrencia y legalidad.

En esa perspectiva, la parte actora pide que se confronte la disposición censurada con los principios contenidos en los referidos artículos de la Constitución Política.

Al respecto, es particularmente relevante advertir que el principio de supremacía constitucional (artículo 4 CP)⁸ impone el deber de controlar que las leyes, los actos administrativos y en general cualquier norma se expida con apego irrestricto a la Constitución Política; sobre el particular la Corte Constitucional ha razonado de la siguiente manera⁹:

“Considera la Corte que el texto constitucional ha de hacerse valer y prevalece sobre la preservación de normas de rango inferior. La función de la Constitución como determinante del contenido de las leyes o de cualquier otra norma jurídica, impone la consecuencia lógica de que la legislación ordinaria u otra norma jurídica de carácter general no puede de manera alguna modificar los preceptos constitucionales, pues la defensa de la Constitución resulta más importante que aquellas que no tienen la misma categoría.

Dentro de la supremacía que tiene y debe tener la Constitución, esta se impone como el grado más alto dentro de la jerarquía de las normas, de manera que el contenido de las leyes y de las normas jurídicas generales está limitado por el de la Constitución. Así pues, debe existir siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango, y si no la hay, la Constitución Política de 1991 ordena de manera categórica que se apliquen las disposiciones constitucionales en aquellos casos en que sea manifiesta y no caprichosa, la incompatibilidad entre las mismas, por parte de las autoridades con plena competencia para ello” (resalta la Sala).

Así las cosas, en todos sistema normativo se parte de la premisa según la cual la norma de inferior jerarquía debe proferirse con respeto y apego de las disposiciones jurídicas de rango superior puesto que esta es una condición y

⁸ “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”.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-069 de 1995, MP Hernando Herrera Vergara.

requisito indispensable de validez, en la medida en que el texto del acto administrativo está supeditado al contenido de las normas superiores.

3) Desde esa óptica normativa, la Sala advierte que le asiste razón a la parte actora debido a que el literal A) censurado y objeto de análisis determina lo siguiente:

“DESCUENTOS DE PUNTAJE

A. Los proponentes, o miembros de estructuras plurales, sancionados por la Superintendencia de Industria y Comercio por colusión, durante los cinco (5) años anteriores a la fecha de cierre del presente proceso tendrán una penalización del diez por ciento (10%) menos del puntaje obtenido, en caso de presentarse en estructuras plurales se descontará de igual manera a la estructura plural” (mayúsculas fijas y negrillas del original).

Como se advierte, el precepto cuya ilegalidad se persigue impone una sanción al proponente o miembro de estructura plural que haya sido sancionado por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) por colusión durante los cinco (5) años anteriores a la fecha de cierre del procedimiento contractual; en efecto, la consecuencia negativa es que, como lo sostiene la misma norma, el proponente u oferente recibe una “*penalización*” que consiste en una reducción del diez por ciento (10%) del puntaje obtenido y, más grave aún, en caso de estructuras plurales (consorcios o uniones temporales) la sanción se le hace extensiva a la totalidad de los asociados, es decir, a la propuesta en general.

En consecuencia, el literal A) analizado impone una pena que supone una reducción significativa del puntaje obtenido en la evaluación de las propuestas; la razón para considerar que se impone una sanción con la norma demandada es que con ella, tal como lo afirmó la entidad demanda, se persigue restringir el acceso a la contratación estatal y a los recursos públicos a personas que hayan sido sancionadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, tanto así que se le hacen extensivos los efectos negativos a todos los miembros de estructuras plurales (consorcios o uniones temporales); además, la literalidad del precepto demandado es clara y expresa, al señalar que se trata de una “*penalización*” por el hecho de haber sido sancionado por la Superintendencia de Industria y Comercio.

4) El artículo 29 de la Constitución Política consagra el principio – derecho constitucional fundamental del debido proceso, garantía fundamental en un Estado Social y Democrático del Derecho, pues, impone límites infranqueables al ejercicio del poder y, puntualmente al *ius puniendi* del Estado¹⁰.

En ese marco uno de los postulados del debido proceso es el *principio de legalidad* (artículos 6 y 29 CP), según el cual “Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” y “(...) nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas de cada juicio”.

5) En esa dirección, la Corte Constitucional ha precisado que el principio de legalidad tiene una dimensión dual o bifronte; de una parte, por ser una norma fundamental para el ejercicio del poder público y, de otra, como disposición estructural del derecho sancionador¹¹:

*“El principio constitucional de la legalidad tiene una doble condición de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador. **Como principio rector del ejercicio del poder se entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley.** Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas.*

(...).

*La consagración constitucional del principio de legalidad se relaciona con dos aspectos básicos y fundamentales del Estado de derecho: con el principio de división de poderes en el que el legislador ostenta la condición de representante de la sociedad como foro político al que concurren las diferentes fuerzas sociales para el debate y definición de las leyes que han de regir a la comunidad. Y de otro lado, **define la***

¹⁰ “El derecho administrativo surgió como una manifestación de las concepciones jurídicas de la revolución francesa y como una reacción directa contra las técnicas del gobierno del absolutismo (...). Por lo que a nuestra materia interesa, lo sustancial del mecanismo que permanece no es que la ley sea general o singular, sino que toda acción singular del poder esté justificada en una ley previa. Esta exigencia parte de dos claras justificaciones. Una más general y de base, la idea de que la legitimidad del poder procede de la voluntad comunitaria, cuya expresión típica, como ya hemos estudiado es la ley (...). La segunda idea que refuerza esa exigencia de que toda actuación singular del poder tenga que estar cubierta por una ley previa es el principio técnico de la división de poderes (...)” GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, Ed. Civitas, 16ª edición, Madrid, 2014, pág. 477 y 478.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-710 de 2001, MP Jaime Córdoba Triviño.

relación entre el individuo y el Estado al prescribir que el uso del poder de coerción será legítimo solamente si está previamente autorizado por la ley. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.

(...) Su posición central en la configuración del Estado de derecho como principio rector del ejercicio del poder y como principio rector del uso de las facultades tanto para legislar -definir lo permitido y lo prohibido- como para establecer las sanciones y las condiciones de su imposición, hacen del principio de legalidad una institución jurídica compleja conforme a la variedad de asuntos que adquieren relevancia jurídica y a la multiplicidad de formas de control que genera la institucionalidad” (negritas adicionales).

Por su parte, esta Sección ha puntualizado también que en materia contractual rige plenamente el haz de garantías fundamentales reguladas en el artículo 29 de la Constitución Política: **“En suma, debe agregarse que los principios que están llamados a gobernar las actividades de este tipo de entidades, como de todas las entidades de carácter estatal, no son solo aquellos recogidos en el artículo 209 constitucional, en la medida en que también en la Carta Política existen otros naturalmente de la misma estirpe tales como el principio de legalidad, el del debido proceso, el de libre concurrencia y el de buena fe, cuya estricta aplicación resulta inescusable”**¹² (resalta la Sala).

6) Así las cosas, le asiste razón al demandante al afirmar que el precepto demandado contraviene abierta e injustificadamente el artículo 29 de la Constitución Política por el hecho de fijar una sanción a las personas que hayan sido previamente sancionadas por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) por actos de colusión.

En efecto, una norma de esa naturaleza es del resorte exclusivo del legislador y, por lo tanto, en este caso concreto la entidad demandada desatendió el principio de legalidad que atribuye la competencia al Congreso de la República para imponer penas y sanciones a los ciudadanos¹³, en tanto que el principio de legalidad no rige de manera exclusiva para el derecho penal, sino también para todo el derecho punitivo; es decir, en el cual se ejerce el *ius puniendi* y el *imperium*

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de febrero de 2014, exp. 28.209, MP Mauricio Fajardo Gómez.

¹³ “La Corte ha sostenido que en el derecho administrativo sancionador, como expresión punitiva del Estado, son aplicables *mutatis mutandis* los mismos principios constitucionales que rigen en materia penal, entre ellos, los principios de legalidad, de tipicidad y de reserva de ley que, a su vez, operan como garantías del debido proceso que se predicen de toda clase de actuaciones judiciales y administrativas” Corte Constitucional, sentencia C-441 de 2021, MP Jorge Enrique Ibáñez Najar. Consultar, en el mismo sentido, Corte Constitucional, sentencia C-818 de 2005.

del Estado (normas primarias que establecen obligacionales y prohibiciones)¹⁴; la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia explicó con gran claridad y *sindéresis* el género antes mencionado, las especies que lo integran y sus características esenciales, en los siguientes términos:

“Precísese además, a manera de corolario de los presupuestos ya enunciados, que el DERECHO PUNITIVO es una disciplina del orden jurídico que absorbe o recubre como género cinco especies, a saber: el derecho penal delictivo (reato), el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política (impeachment), y que por lo tanto son comunes y aplicables siempre a todas estas modalidades específicas del derecho punible, y no solo respecto de una de ellas ni apenas de vez en cuando, las garantías señaladas en la Constitución y en la legislación penal sustantiva y procesal que las desarrolle, las cuales, en sustancia, son las que siguen:

1. El principio de la estricta y preexistente legalidad punitiva o de la certidumbre normativa previa (...) 2. El del debido juez competente (...). 3. El del debido proceso y del derecho de defensa, los cuales exigen el respeto a las formas normadas también preexistentes de procedimiento para cada juicio, la carga de la prueba para el Estado y no para el sindicado, la controversia probatoria plena y previa a la evaluación y decisión y la prohibición no solo de la penalidad sino también del juzgamiento *ex-post-facto*, (...). 4. La cláusula general de permisibilidad y el principio de mayor favorabilidad y por lo tanto la prohibición de aplicar la analogía *juris*, la analogía *legis*, o la interpretación extensiva, *‘in malam partem’* o para desfavorecer y en cambio la permisibilidad para hacerlo *‘in bonam partem’* o para favorecer. 6. (sic) La garantía del *‘non bis in idem’*... 7. Lo anterior deja entender entonces que siendo del mismo género punible el procedimiento penal y el procedimiento disciplinario, no son de la misma especie, pero que, por lo mismo, por ser especies diferentes de un mismo género, tienen no sólo rasgos propios que los caracterizan y diferencian, sino además, elementos comunes que los aproximan.

Ciertamente, como ya lo ha sostenido la Corte en jurisprudencia anterior, la Constitución no sigue ni impone escuela o doctrina alguna del derecho punible. Pero lo que sí es claro es que aquella no admite teoría alguna que desconozca los principios y garantía enunciados atrás¹⁵ (resalta la Sala).

¹⁴ “El principio de legalidad es pilar básico de todo Estado de Derecho que también se predica de las relaciones contractuales del Estado. Si el imperio del derecho importa a las relaciones basadas en el postulado liberal de la autonomía de la voluntad privada con mayor razón debe aplicarse a los negocios jurídicos en que interviene el Estado (...). La conformidad, acatamiento y sometimiento estricto de los agentes del Estado y de sus colaboradores (contratistas) a los procedimientos y reglas previamente establecidos por el ordenamiento jurídico, es un imperativo ético de todo Estado de Derecho: el ejercicio mismo de las competencias en un Estado liberal está sometido a la ley (...). A su vez, el principio de legalidad es la razón misma del derecho administrativo, al decir del profesor García de Enterría, para quien esta rama del derecho nació de la lucha contra la arbitrariedad y el despotismo del ancien régime” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 25 de noviembre de 2004, exp. 25.560, MP German Rodríguez Villamizar.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia – Sala Plena, sentencia de constitucionalidad del 7 de marzo de 1985, exp. 1259, MP Manuel Gaona Cruz. Extracto tomado de “Jurisprudencia y Doctrina”, Ed. Legis SA, Tomo XIV, no. 161, mayo de 1985, págs. 428 y 429.

Desde esa óptica normativa, el literal A) materia de análisis que integra el pliego de condiciones definitivo de la licitación pública no. USPEC-LP-002-2025 adelantada por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC) debe ser invalidado o anulado, por cuanto impone una sanción o pena a los oferentes que hayan sido previamente sancionados por la SIC, por manera que no era factible que entidad contratante incorporara un precepto de tal naturaleza sin desconocer el principio de legalidad ínsito o inherente a toda norma de tipo sancionatorio o punitivo.

Aunado a lo anterior, la disposición atacada desconoce la garantía constitucional fundamental de la presunción de inocencia ya que, tratándose de oferentes plurales la pena prevista en los pliegos de condiciones -reducción del 10% del puntaje obtenido- se hace extensiva de manera automática a los demás integrantes de la figura asociativa, con independencia de que nunca hayan sido declarados responsables por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) por comportamientos restrictivos del mercado.

7) Sin perjuicio de lo anterior, la norma demandada infringe, de igual manera, el artículo 13 constitucional, por el hecho de introducir una diferenciación que carece de toda justificación, en tanto que solo permite descontar puntaje a las propuestas de los oferentes que hayan sido sancionados por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) y, específicamente, por actos de colusión.

En ese orden de ideas es pertinente cuestionarse: ¿por qué el precepto demandado solo limitó la sanción a las personas con sanciones previas impuestas por la referida entidad pública y, además, solo por actos de colusión, si el propósito era proteger el erario?

En otros términos, con el literal A) demandado se genera un trato desigual para situaciones idénticas, por cuanto no existe un “*tertium comparationis*”¹⁶ o criterio de diferenciación que justifique la distinción que se pretende introducir solo

¹⁶ “La Corte ha expresado que el examen de validez constitucional de un trato diferenciado entre dos sujetos o situaciones (*tertium comparationis*), consiste en determinar si el criterio de diferenciación utilizado por el legislador observó el principio de igualdad (artículo 13 CP). Esta concepción supone que el establecimiento de algunos tratos diversos es posible¹. // El análisis constitucional de la situación desigual reprochada exige la identificación de los siguientes presupuestos: i) los términos de comparación, es decir, las personas, elementos, hechos o situaciones que efectivamente son comparables y, ii) respecto a los cuales se establece un trato desigual” Corte Constitucional, sentencia C-084 de 2020, MP Gloria Stella Ortiz Delgado.

respecto de las sanciones por actos de colusión, debido a que existen una variedad de conductas censurables que afectan y atentan contra el patrimonio público y los principios basilares de la contratación estatal reguladas no solo por el derecho penal, sino también por los derechos sancionatorio y disciplinario, entre otros.

Por consiguiente, la norma demandada quebranta igualmente el artículo 13 de la Constitución Política, razón adicional para declarar su nulidad, sobre la base de considerar que la referida sanción impone un trato discriminatorio respecto de las personas y oferentes sancionados por actos de colusión que afectan o alteran el mercado y la libre competencia.

8) En ese entendimiento, la disposición demandada será anulada por infracción y desconocimiento de las normas en que debía fundarse por contravenir los principios constitucionales fundamentales contenidos en los artículos 13 y 29 de la Constitución Política¹⁷, lo cual releva a la Sala de estudiar el cargo de ilegalidad consistente en que la disposición o precepto demandado también desconoce el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

3. Conclusión general

La Sala declarará la nulidad del literal A) del apartado “*Descuentos de Puntaje*” contenido en los estudios y documentos previos que hacen parte integral de los pliegos de condiciones de la licitación pública no. USPEC-LP-002-2025 proferidos por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC), por el hecho de infringir las normas de rango superior en las cuales debía sustentarse, por lo cual es procedente declarar su nulidad y proceder a su retiro y expulsión del ordenamiento jurídico.

4. Condena en costas

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), modificado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, prevé que salvo que se ventile un interés público la sentencia dispondrá sobre la condena en costa; no obstante, incluso es posible condenar en costas en los procesos en que se debaten intereses públicos o

¹⁷ Los principios no solo tienen fuerza normativa por sí mismos, sino que también condicionan el ámbito de aplicación de las demás normas del ordenamiento jurídico. Al respecto consultar: Cf. Corte Constitucional, sentencia C-1287 de 2001, MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

generales cuando se establezca que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal¹⁸; en el presente caso no se condenará en costas a ninguna de las partes, debido a que se ventila un interés público, la demanda prosperó y, no se advierte que se haya actuado con manifiesta carencia de fundamento legal.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A :

1º) Declárase la nulidad del literal A) del apartado “*Descuentos de Puntaje*” contenido en los estudios y documentos previos que hacen parte integral de los pliegos de condiciones de la licitación pública no. USPEC-LP-002-2025 proferidos por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC).

2º) Abstiénese de condenar en costas.

3º) Ejecutoriada la presente sentencia, por Secretaría de la Sección **archívese** el expediente, previas las respectivas constancias secretariales.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firmado electrónicamente)
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado
Aclara voto

(Firmado electrónicamente)
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado
Presidente de la Sala

(Firmado electrónicamente)
DIEGO ENRIQUE FRANCO VICTORIA
Magistrado

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.

¹⁸ Al respecto consultar la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, del 11 de octubre de 2021, expediente 63.217, MP Fredy Ibarra Martínez.