



Sentencia 24 de 2009 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 11001032600020090002400 (36.476)
Actor: ZAMIR ALONSO BERMEO GARCIA
Demandado: NACIÓN – PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS
Asunto: Acción pública de nulidad
Recurso de reposición.

Decide la Sala los recursos de reposición presentados los días 30 de abril y 5 de mayo de 2009, por la Nación- Departamento Nacional de Planeación, Ministerios de Transporte, Hacienda y Crédito Público, y del Interior y justicia, respectivamente, en contra del auto proferido por esta Sección el 1 de abril de 2009, en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos de varias disposiciones del Decreto 2474 de 2008, en sus numerales quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno. La decisión recurrida será confirmada.

I. ANTECEDENTES

1. La decisión recurrida

Mediante auto de 1 de abril de 2009, la Sala admitió la demanda interpuesta por el ciudadano ZAMIR ALONSO BERMEO GARCIA, en ejercicio de la acción pública prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, contra los artículos 7 (parcialmente); 12 numeral 3 letras a y b., 44 (integralmente), 48 (integralmente), 88 parágrafo, 47 (parcialmente) y 52 (parcialmente) del Decreto 2474 de 7 de julio de 2008, "por el cual se reglamenta parcialmente la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva y se dictan otras disposiciones", expedido por el Presidente de la República.

En el resuelve de la misma providencia, en sus numerales quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno, se decretó la suspensión provisional de los efectos de algunas de las normas demandadas, así: (i) la expresión del artículo 7 del Decreto 2474 de 2008, que reglamenta la modificación del pliego de condiciones: "En ningún caso podrán expedirse y publicarse el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello"; (ii) el artículo 44 del Decreto 2474 de 2008, relativo al procedimiento de menor cuantía; (iii) la expresión del parágrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, atinente a la determinación de los riesgos previsibles: "A criterio de la entidad (...) podrá coincidir con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, o.. "; (iv) la expresión del artículo 47 del Decreto 2474 de 2008, relacionado con los contratos de prestación de los servicios de salud: "...haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del servicio a contratar... "; y (v) la expresión del artículo 52 del Decreto 2474 de 2008, concerniente al procedimiento para los contratos de entidades a cargo de ejecución de programas de protección de personas amenazadas, desmovilización y reincorporación, población desplazada, protección de derechos humanos y población con alto grado de exclusión: "...haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio a contratar...".

En síntesis, la Sala concluyó la evidente ilegalidad de las normas suspendidas, por abierta oposición, en su orden, a lo previsto en el numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993; los artículos 24 numeral 2 de la Ley 80 de 1993, 3 del C.C.A. y 29 de la Constitución Política; el inciso segundo del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007; el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

2. Las razones de los impugnantes¹

Subrayan los impugnantes que la decisión recurrida no ha sido el resultado de una de una comparación sencilla de la cual se desprenda una manifiesta violación de la norma superior, tal y como lo prevé el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, toda vez que en algunos casos se han comparado normas de naturaleza diferente, como cuando una es de carácter general y otra de carácter especial, o cuando una es procesal y la otra procedimental; y en otros, ha tenido que llegarse a la suspensión bien previa adopción de una interpretación de la norma legal entre varias posibles ora después de hacer una interpretación sistemática o, finalmente, con argumentos que no han sido aportados en la solicitud de la suspensión.

Bajo las anteriores consideraciones generales, exponen sobre los puntos materia de impugnación, lo siguiente:

2.1. Sobre la suspensión provisional de la expresión: "*En ningún caso podrán expedirse y publicarse el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello*"; afirman que el numeral 5, párrafo segundo, del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, está referido exclusivamente al proceso licitatorio, y el artículo 7 demandado reglamenta en general las diferentes modalidades de selección, de manera que la suspensión provisional no surge de una comparación sencilla de las normas supuestamente contrapuestas, sino que "*...es menester hacer una verdadera elaboración para terminar concluyendo que eventualmente la expresión acusada vulneraría lo dispuesto en el mencionado artículo 30 de la Ley 80 de 1993, pero únicamente en los casos de selección por licitación...*" quedando pendiente por analizar las otras formas de selección.

Lo anterior excluye, en su sentir, la medida cautelar, porque implica adelantar el debate interpretativo de las normas y, además, porque la disposición contenida en el numeral 5, segundo párrafo, del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 es de carácter especial (licitación pública), mientras la del artículo 7 del Decreto 2474 de 2008 es carácter general (procesos de selección), todo lo cual descarta de plano la violación manifiesta de la norma superior.

Adicionalmente, el Departamento Nacional de Planeación y los Ministerios de Transporte y Hacienda y Crédito Público, agregan que la suspensión provisional no puede extenderse a la frase "*en ningún caso podrán expedirse y publicarse el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección*", por cuanto el actor sustentó su solicitud sólo en relación con la expresión "*ni siquiera para la adición del término previsto para ello*", al referirse únicamente al plazo de la licitación y no respecto a adendas con otro contenido ni aquellas que se produzcan en otros procesos de selección.

2.2. Sobre la suspensión provisional del artículo 44 del Decreto 2474 de 2008, que reglamenta el procedimiento de menor cuantía, arguyen que la decisión no supuso un simple cotejo de la norma con el ordenamiento superior, sino que se hizo un análisis de fondo acerca del principio del debido proceso y el de contradicción que permean todo el ordenamiento, lo que demuestra que la norma acusada no contiene una manifiesta violación del orden superior y, por lo mismo, no podía ser suspendida. Añaden que, en efecto, la Sala ha realizado un análisis del bloque normativo al cual pertenece la disposición acusada, es decir, realizó una interpretación sistemática, en tanto contrastó la misma con principios de rango constitucional como son el defensa y contradicción, y afirmó que fueron recogidos en el artículo 3 del C.C.A. y, posteriormente, por la Ley 80 de 1993.

Enfatizan, por lo demás, que el artículo 2 numeral 2 de la Ley 1150 de 2007, establece que mediante la selección abreviada se pueden adelantar procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual, buscando no solo una simple reducción de términos copiando el procedimiento de la licitación pública, sino un procedimiento cualitativamente más eficiente, de manera que "*[S]implificar puede llevar inclusive a la supresión de etapas que no son necesarias en la selección abreviada aunque lo sean en la licitación pública*"; aspecto que debe entrar a analizar la Sala frente al alcance de la definición de selección abreviada, que va más allá de la simple confrontación entre la norma acusada y el artículo 24-2 de la Ley 80 de 1993.

Igualmente, consideran que la diferencia substancial entre los conceptos de "procedimiento" y "proceso", impide también declarar la suspensión provisional, pues las normas confrontadas no son cotejables *prima facie*, por referirse a hipótesis distintas, de manera que:

"En el evento de establecerse en el proceso de nulidad que en efecto el numeral 2 del artículo 24 resulta aplicable al proceso de selección abreviada de menor cuantía, ello no necesariamente comporta la ilegalidad de la norma acusada, sino el deber de la entidad estatal que lleva a cabo el procedimiento de aplicar tal precepto de la Ley 80 de 1993 directamente en los procesos de contratación de menor cuantía que deba adelantar. En este sentido la norma acusada, está reglamentado aspectos puramente formales (...). Por tanto es claro que el hecho de que en el artículo 44 no se haya incluido una etapa para la contradicción de los informes de evaluación no significaría que la entidad contratante estuviese exenta del deber de respetar- el debido proceso justamente porque estaría obligada a acatar no sólo las normas de índole reglamentaria, sino las constitucionales y legales." (Negrilla ajena al texto original).

En suma, resaltan que se hizo un cotejo entre una norma que reglamenta un procedimiento específico (la selección abreviada de menor cuantía), frente a normas de carácter superior que regulan el debido proceso, materias diferentes aunque relacionadas, que sólo se podrán comparar en un examen de fondo que haga las distinciones respectivas, buscando la teleología del proceso y definiendo si el procedimiento esta acorde o no con la normativa en que debería fundarse.

Finalmente, el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público estiman que es necesario que la Sala estudie la posibilidad de modular el fallo para la efectividad de las normas, toda vez que, de haberse vulnerado el ordenamiento jurídico, se trata de una omisión de una etapa establecida a nivel legal en el procedimiento previsto en el reglamento, "*...omisión que sería corregible con la modulación de fallo y no, con la decisión contraria que perjudicaría el correcto desenvolvimiento de la gestión contractual del Estado y todas las entidades estatales que lo conforman, al hacer que deje de producir sus efectos el artículo 44 aludido...*", posibilidad que en caso de admitirse dejaría en claro que no procede la suspensión provisional.

2.3. Sobre la suspensión provisional de la expresión "*[a] criterio de la entidad (...) podrá coincidir con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, o*" del párrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, resaltan que la disposición demandada desarrolla las dos alternativas que la lectura armonizada del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 y el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 presentan y, en ese sentido, resulta improcedente la suspensión provisional decretada.

Para los impugnantes si el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 se refiere a los pliegos de condiciones como punto de referencia para que se

establezca el momento en que se haga la revisión de la asignación de riesgos previsibles "para la asignación definitiva" es claro que en un primer y muy admisible entendimiento de la norma, la tal audiencia podría coincidir con la de "aclaraciones", toda vez que su objeto "es precisar el contenido y alcance" de los pliegos, pudiendo incluso de ello derivarse la adopción de las "modificaciones pertinentes" a los mismos; y aunque "...es evidente que para aquel entonces ya ha empezado a correr el término para presentar las ofertas", dichas modificaciones bien pueden recaer sobre aspectos de los pliegos atinentes a la distribución de riesgos planteada en ellos. Por tanto, en su opinión, la expresión suspendida amparaba esa interpretación a partir de una comprensión sistemática de las normas involucradas "y de la necesidad de propender por la materialización del principio de economía en los procedimientos de selección".

Así mismo, recalcan que la frase suspendida involucra la palabra "podrá", que significa que la entidad puede establecer otras oportunidades en el marco del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, diferentes a la audiencia de aclaraciones y "...antes de que comience a correr el plazo para presentar las ofertas pero después de la apertura..."; de manera que la suspensión adoptada limita la aplicación de la citada norma legal.

Por último, el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público solicitan la posibilidad de modular también en este caso el fallo, lo cual excluiría la suspensión provisional de la disposición demandada.

2.4. Sobre la suspensión provisional de las expresiones: "*haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del servicio a contratar*" o "*haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio a contratar*", contenidas en los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008, afirman que no se está delegando la potestad reglamentaria en las entidades estatales contratantes.

Aseveran que lo que hacen los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008, es definir un procedimiento propio de los procesos de "selección abreviada", teniendo en cuenta como única consideración un parámetro objetivo como son las condiciones del mercado, pero, como la realidad es que el mercado es fluctuante, es menester que "...cada entidad estatal, dependiendo del sector al que pertenezca, concrete en normas de carácter interno la forma de establecer tales condiciones del mercado..."

En definitiva, señalan que la alusión al manual interno no pretende desconocer este mandato sino materializarlo, de manera que en virtud de lo previsto en los artículos 12 de la Ley 80 de 1993, 9 de la Ley 489 de 1998 y 21 de la Ley 1150 de 2007, el procedimiento interno para determinar esas condiciones de mercado se establezca siguiendo las técnicas de la desconcentración y la delegación.

Por consiguiente, concluyen que no aparece *prima facie*, un desplazamiento de la facultad reglamentaria hacia las normas internas de las entidades estatales, sino una armonización entre lo ordenado por el reglamento y la ejecución práctica de tal procedimiento al interior (le la entidad contratante).

3. Intervención de parte coadyuvante

En escrito presentado ante la Secretaría de esta Sección, el ciudadano MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ, solicitó ser tenido como parte coadyuvante en relación con la pretensión del actor de declarar la nulidad de las expresiones demandadas de los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008 y, en tal carácter, pidió confirmar la providencia en la que se ordenó la suspensión provisional, por las razones que se sintetizan a continuación:

(i) Considera que de la exigencia de una manifiesta infracción, prevista en el artículo 152 del C.C.A, para la procedencia de la suspensión provisional, no puede deducirse que al juez le está vedado hacer reflexiones y plasmarlas en argumentos de decisión tendientes a mostrar la contradicción existente entre la norma impugnada y la norma invocada como violada, como pretenden los recurrentes.

(ii) Enfatiza que en el caso de la interpretación de los apartes suspendidos de los artículos 47 y 52 del citado decreto, no se está en presencia de normas susceptibles de diversas interpretaciones, y subraya que la única lectura que permiten las mismas es la que hizo la Sala en el auto recurrido, en el sentido de que ellas contienen una delegación a las entidades contratantes para que determinen en su manual de contratación el procedimiento que debe aplicarse con la finalidad de obtener la oferta más favorable.

(iii) Puntualiza que "[l]a reglamentación del procedimiento que se deja en manos de las entidades contratantes no corresponde a normas internas para la determinación de las condiciones de mercado, como se indica en el recurso del DNP. Corresponde, por el contrario, a un procedimiento que debe garantizar a los participantes en el proceso las reglas y principios legales a los cuales está sujeta la contratación estatal...", procedimiento que debe ser establecido por el Gobierno Nacional en uso de su potestad reglamentaria, sin que pueda delegarla a las entidades encargadas de aplicarlos.

(iv) Concluye que no es cierto, como se afirma en los recursos, que en los artículos demandados se haya definido un procedimiento breve, esencia de la selección abreviada, pues en ellos lo que se define es únicamente el criterio de selección (las condiciones del mercado).

II. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

La decisión en los aspectos recurridos debe ser mantenida, por los siguientes motivos:

1. Objeto del recurso

Solicitan las entidades recurrentes que se revoque la medida de suspensión provisional de los efectos de varias disposiciones del Decreto 2474 de 2008, decidida por la Sala en el auto de 1 de abril de 2009, por cuanto en su entender no ha sido el resultado de un sencillo cotejo entre

normas, sino producto de una comparación de disposiciones de naturaleza diferente, de la elección de una de las interpretaciones plausibles de los preceptos legales, de la lectura sistemática de los mismos y de argumentos no expuestos por el actor. De ahí que, sostienen, la supuesta vulneración a las normas superiores no es evidente y para determinar su legalidad se requiere de un estudio de fondo, para lo cual se debe agotar el procedimiento y diferir el pronunciamiento sobre la validez de las normas acusadas para el momento en que se dicte sentencia, según lo ha señalado esta Corporación en estos casos.

2. El requisito exigido de manifiesta infracción de la ley para la procedencia de la suspensión provisional, no excluye la adecuada motivación de la providencia.

Conviene precisar que la suspensión provisional en los términos del numeral 2 del artículo 152 del C.C.A. procede cuando exista una infracción manifiesta de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

Sin embargo, la verificación de la violación manifiesta u ostensible del acto infractor no excluye en manera alguna un ejercicio por parte del juez de argumentación y reflexión para motivar una decisión de tanta trascendencia como es la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo.

Por lo demás, si la solicitud de suspensión provisional conlleva la obligación del solicitante de expresar concreta y debidamente las razones por las cuales considera que la infracción de las normas superiores reviste el carácter "manifiesto" (No. 1 del artículo 152 del C.C.A.), no resulta lógico ni jurídico, por decir lo menos, que el juez, una vez realizada la confrontación directa de las disposiciones, estuviera relevado de plasmar y explicar en su decisión las razones y motivos del por qué considera que la ilegalidad resulta perceptible al rompe, palmaria, evidente o no.

En este sentido, para la Sala resulta equivocado afirmar que este requisito de visibilidad y claridad de la vulneración excluya cualquier reflexión que surja de esa labor de confrontación para establecer si el acto es violatorio de normas superiores; dicho de otro modo, no es admisible considerar que por el hecho de que según lo establecido en el artículo 152, numeral 2, del Código Contencioso Administrativo, la suspensión provisional tiene lugar cuando es manifiesta la infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, no sea necesaria una reflexión o interpretación de los textos normativos que se comparan porque en tal caso la violación no sería la ostensible requerida por la norma que fija el requisito, y dicho estudio sólo sería procedente al dictar sentencia.

En verdad, de conformidad con lo establecido en el artículo 152, numeral 2, del Código Contencioso Administrativo, la suspensión provisional sólo es procedente cuando es manifiesta la violación de la ley, esto es, descubierta, clara, patente; pero es un error concebir que la suspensión provisional procede cuando no sea necesario interpretar la ley, por cuanto interpretar la ley es determinar su sentido y a ello hay lugar, previamente, siempre que se trate de aplicarla.

Diferente es, a juicio de la Sala, que el ejercicio de comparación no sea suficiente para evidenciar la infracción de la norma demandada a los preceptos superiores que ha de respetar y, por el contrario, para arribar a ella deban realizarse complicados ejercicios de argumentación o complejos juicios de hermenéutica o análisis jurídicos profundos que trasciendan los términos normativos objeto de confrontación y los documentos públicos que se aduzcan como pruebas.

No puede olvidarse que en un Estado de derecho, como el nuestro, en virtud de precisas exigencias sociales y democráticas, toda providencia judicial debe ser motivada (auto interlocutorio o sentencia), a fin de que se conozcan sus fundamentos; motivación que ha de ser suficiente, identificable y especificada en el derecho y en los hechos. Es decir, la motivación es la esencia del acto judicial y su justificación, elemento de existencia y visibilidad de la decisión que permite, además, su impugnación y, por ende, el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción por parte de sus destinatarios a quienes vincula, así como su control.

Sobre el deber de motivar las providencias judiciales, el ilustre constitucionalista del siglo pasado Tulio Enrique Tascón, al comentar el artículo 161 de la Constitución de 1886 -posterior artículo 163 según el artículo 67 del acto legislativo de 1945², que imponía que toda providencia judicial fuera motivada, recalcó su importancia, en el sentido de que "*[e]sta exigencia obedece a la necesidad de evitar la arbitrariedad de los Jueces: ellos en sus fallos deben exponer las disposiciones legales y las razones de justicia o equidad que constituyen los fundamentos de la decisión, así como la apreciación que hacen de las pruebas aducidas y de los alegatos presentados por las partes.*"³. No obstante que este precepto no se incluyó de manera expresa en la Constitución Política de 1991, está consagrado implícitamente en su artículo 29, como corolario del debido proceso, y en el artículo 55 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia⁴.

Con lo anterior la Sala quiere significar que, contrario a lo insinuado por los impugnantes y que no resulta de recibo, la verificación de este requisito señalado en el numeral 2 del artículo 152 del C.C.A. no conlleva la ausencia real de argumentos⁵, es decir, de motivación, sino que implica, de suyo, indicar las razones que permiten concluir que la norma reglamentaria demandada infringe en forma "manifiesta" la norma legal y, en consecuencia, realizar reflexiones consignar las consideraciones que conducen a la adopción de la decisión, carga argumentativa y de lealtad y transparencia del juez que no desdibuja en manera alguna la calificación de "manifiesta" de la ilegalidad que determina el decreto de la medida cautelar, luego de la sencilla comparación de las normas en conflicto.

Dentro del anterior marco conceptual, la Sala puntualiza que su labor para resolver la solicitud de suspensión provisional formulada por el actor en relación con cada una de las normas reglamentarias del Decreto 2474 de 2008 acusadas, se circunscribió a confrontar su texto con el de las normas superiores que se indican vulneradas en la petición, con el objeto de determinar si existía o no una infracción clara y ostensible del orden jurídico, tarea en la cual expuso en la providencia impugnada las razones y motivos por los cuales consideró la viabilidad o no de la adopción de la medida cautelar respecto de cada una de ellas.

3. Análisis de los cargos contra la decisión de suspensión provisional

3.1. La suspensión provisional de la expresión: "*En ningún caso podrán expedirse y publicarse el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello*" contenida en el artículo 7 del Decreto 2474 de 2008.

Los argumentos esgrimidos por los impugnantes consisten en que el numeral 5, párrafo segundo, del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, se refiere exclusivamente al proceso licitatorio y el artículo 7 demandado reglamenta en general las diferentes modalidades de selección, lo que excluye que se pueda predicar su ilegalidad a través de una comparación sencilla de las normas contrapuestas, dado que eventualmente la transgresión estaría circunscrita al citado artículo del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública en cuanto a la modalidad de selección de la licitación pública.

Como puede apreciarse, la argumentación esgrimida por los impugnantes, en esencia, no ataca las consideraciones expresadas en la providencia para determinar la ilegalidad manifiesta de la expresión demandada, en el sentido de que viola de manera clara y evidente el párrafo segundo del numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, pues, como se anotó en la providencia impugnada, en tanto éste permite la ampliación del plazo para la presentación de las ofertas hasta la fecha del vencimiento del plazo de la licitación pública, es decir, incluso el mismo día que se tiene previsto para el cierre de este proceso de selección, el decreto prohibió que en ese último día, mediante adenda, se prorrogara dicho plazo para la presentación de ofertas.

Partiendo de la base de que no se exponen razones en los recursos que cuestionen en esta etapa la ilegalidad de la expresión de la norma suspendida por contravenir el numeral 5 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, es menester analizar si tales consideraciones permiten rebatir el carácter de "manifiesta".

Al respecto, no advierte la Sala que para llegar a la calificación de ilegalidad patente de la expresión demandada de la disposición reglamentaria tenga que hacerse un profuso debate interpretativo o un análisis profundo o más allá del que resulta de la simple confrontación con el texto legal que se invocó como transgredido, tal y como se exige en el artículo 152, numeral 2, del C.C.A., para la procedencia de la medida cautelar.

Por otra parte, tampoco es dable, a partir de la distinción que exponen los recurrentes, aceptar la tesis según la cual al referirse la prohibición de expedir adendas el último día del cierre del proceso a todas las modalidades de selección, incluyendo el de la licitación pública, pierda el carácter de infracción manifiesta de la ley y que, por tanto, deba levantarse la medida adoptada.

En efecto, lo cierto es que los términos de la disposición reglamentaria demandada y, por ende, los efectos que trae consigo su eventual aplicación, colisionan abiertamente con la norma legal prevista en el numeral 5, párrafo segundo, del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, y quebrantan ostensiblemente, como se explicó, la regla contemplada por el Legislador en este aspecto (prórroga del plazo) de la licitación pública, vicio éste que compromete en forma integral su legalidad y que justifica la suspensión provisional que fue decretada.

De otra parte, si bien el cargo expuesto y fundamentado por el actor a propósito de este precepto reglamentario, se refiere a las adendas concernientes a la prohibición de ampliar el plazo del proceso de selección y no respecto de otras con diferente contenido, no es posible en los términos de la expresión acusada y debido a la unidad normativa que ella comporta, delimitar la suspensión provisional como lo solicitan los recurrentes y, además, hacerlo le restaría la eficacia de impedir los efectos nocivos de la ilegalidad manifiesta que se busca evitar con la medida cautelar.

En consonancia con lo expuesto, la Sala no modificará el numeral 5 de la providencia recurrida.

3.2. La suspensión provisional del artículo 44 del Decreto 2474 de 2008, que reglamenta el procedimiento de menor cuantía.

Según los recurrentes para arribar a la conclusión sobre la infracción manifiesta del artículo 44 del Decreto 2474 de 2008 a las normas superiores citadas en la demanda, la Sala tuvo que realizar un estudio de fondo del principio del debido proceso y de su corolario de contradicción, mediante una interpretación sistemática del bloque normativo al cual pertenecen.

No obstante, olvidan los recurrentes que el cargo formulado por el actor lo fue por ostensible violación de los artículos 29 de la Constitución Política, 3 del Código Contencioso Administrativo y 24 numeral 2 de la Ley 80 de 1993, de manera que ello imponía la comparación conjunta del contenido de estas disposiciones superiores con el texto de la norma reglamentaria censurada, labor que permitió constatar la palmaria ilegalidad de esta última.

Se decretó la suspensión provisional del artículo 44 del Decreto 2474 de 2008, toda vez que de la sola confrontación de las normas citadas, salta a la vista para la Sala que ciertamente vulnera de manera flagrante las disposiciones superiores citadas, por cuanto el Gobierno Nacional en el reglamento no estableció, como se desprende de ellas, una etapa que permita a los oferentes en el proceso de selección abreviada por menor cuantía conocer y controvertir los informes y el concepto de la evaluación de sus propuestas con antelación a la adjudicación del contrato. Y esta advertencia en relación con la clara omisión de establecer una etapa de contradicción dentro de la norma que fija el procedimiento de selección abreviada por menor cuantía, que desconoce flagrantemente las aludidas normas jurídicas y que motivó la suspensión de sus efectos, no fue refutada ni rebatida por los impugnantes.

Ahora bien, no puede ser de recibo el argumento expuesto por éstos, según el cual, bajo la égida de la modalidad de selección abreviada que propende por procesos simplificados, se excusa la supresión de la aludida etapa de contradicción, porque, como se explicó en el auto impugnado, la ley ordena preverla sin excepción alguna en los procesos de selección.

Tampoco es aceptable que la diferencia que pueda existir entre proceso y procedimiento justifique o avale la omisión incurrida en el reglamento, puesto que es precisamente el objeto del poder reglamentario hacer efectiva y garantizar el cumplimiento de la ley que se reglamenta, y en este evento, a todas luces, el procedimiento fijado, como conjunto de etapas que componen el proceso de selección abreviada de menor cuantía, no asegura la cumplida ejecución de los preceptos superiores que se invocaron como infringidos.

En efecto, si el proceso es el continente y el procedimiento es el contenido, con mayor razón el segundo que le da forma al primero debe propender por fijar las etapas, pasos, medios y elementos que conduzcan a que se cumpla el debido proceso según los dictados del Legislador, en este caso, en conformidad con lo dispuesto por los artículos 24 numeral 2 de la Ley 80 de 1993, 3 del C.C.A. y 29 de la Constitución Política, según los cuales en los procesos contractuales los interesados tienen derecho de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten por la entidad, de manera que los procedimientos, so pena de transgredir ostensiblemente esas mismas disposiciones, deben establecer etapas con el propósito de otorgarles a aquellos la posibilidad de presentar observaciones a tales documentos.

Pero, contrario a lo sostenido por los recurrentes, repárese del tenor de la disposición reglamentaria que la misma no deja espacio para la aplicación del numeral 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en tanto señaló que "5. Vencido el término para la presentación de ofertas, la entidad procederá a la evaluación de las mismas en las condiciones señaladas en el pliego de condiciones, y adjudicará en forma motivada al oferente que haya presentado la oferta más favorable para la entidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 del presente decreto..." (Subraya la Sala); y, aun cuando, probablemente, existe la posibilidad como lo indican los impugnantes de que las entidades puedan actuar prefiriendo en este aspecto la aplicación de la norma legal, se trata de una situación de oportunidad que escapa de este juicio de legalidad y más aún de la sede de la suspensión provisional, en donde se analiza el ajuste o no de la norma inferior a la superior para la protección del orden jurídico y no el comportamiento concreto de las entidades destinatarias en la aplicación de las mismas.

Dicho de otro modo, el reglamento dejó de precisar la exigencia legal de una etapa de contradicción en el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía que permita el conocimiento y la posibilidad de presentar observaciones a los informes de evaluación y, en tal virtud, no desarrolló lo que la ley manda, lo cual evidencia sin mayor esfuerzo interpretativo la ilegalidad manifiesta de la disposición acusada.

De otra parte, en cuanto a la solicitud de modulación del fallo como argumento que excluye la medida cautelar y que permite la posibilidad de corregir la omisión en cuestión, la Sala considera que este no es el momento de análisis de dicha técnica de elaboración de decisiones y, en todo caso, no observa que del ejercicio de confrontación directa de las normas en conflicto emerja una lectura distinta" de las normas superiores a la que motivó la adopción de la suspensión provisional de la norma reglamentaria.

En síntesis, apreciados los argumentos de los impugnantes, no se advierte que los mismos tengan la virtualidad de enervar la conclusión acerca de la manifiesta ilegalidad del precepto acusado, toda vez que parten de la base de que la Sala para arribar a la misma se valió de una interpretación sistemática o en bloque, con un análisis de fondo, lo cual es alejado a la realidad de la providencia atacada, en la cual simplemente contrastó las normas superiores que fueron invocadas en la demanda (arts. 29 C.P.; 3 del C.C.A. y 24-2 de la Ley 80 de 1993), para cerciorarse a partir del contenido de cada una, si al omitirse en el artículo reglamentario demandado (art. 44 del Decreto 2474 de 2008), como resulta evidente e incluso no se niega por los impugnantes, una etapa para la contradicción por parte de los oferentes de los informes de evaluación, esta norma inferior vulnera abiertamente los dictados de las primeras.

Por lo anterior, la Sala no variará la decisión tomada en el auto que se recurre respecto del artículo 44 del Decreto 2474 de 2008, dado que esta norma no previó la posibilidad de que se realice la contradicción de las ofertas, lo cual ha debido fijar el reglamento.

3.3. La suspensión provisional de la expresión "[a] criterio de la entidad (...) podrá coincidir con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, o" del párrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008.

Se defiende la validez de la norma reglamentada y se controvierte su calificación de ilegalidad manifiesta, con fundamento en que una lectura (interpretación) armonizada de las normas legales que se consagran en los artículos 4 de la Ley 1150 de 2007 y 30 No. 4 de la Ley 80 de 1993, permite entender que si el primer precepto indica que es en los pliegos de condiciones en donde debe constar el momento en que se debe hacer la revisión de los riesgos previsible de la contratación para su asignación definitiva, ello significa que la audiencia contenida en la segunda con el fin de precisar el contenido y alcance de los mismos con los interesados, es un espacio jurídicamente propicio para realizar tal labor, que puede implicar la modificación de los pliegos en lo pertinente.

Aunque no se desconoce la diligencia de los recurrentes basados en el principio de economía para explicar la razón por la cual no es manifiestamente ilegal la expresión normativa suspendida provisionalmente, observa la Sala que resulta errada dicha interpretación en tanto no atiende lo dispuesto en forma expresa por el Legislador en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.

En efecto, tal y como se expuso en la providencia impugnada, el Legislador señaló que "...[e]n las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgo con el fin de establecerse su distribución definitiva" (Subraya la Sala), de donde sin hesitación alguna se excluye una lectura como la planteada por los recurrentes, dado que es absolutamente claro que dispuso que la mencionada labor se hiciera con anterioridad a la presentación de ofertas, con lo cual la limitó temporalmente a que se efectuará en forma previa al comienzo del plazo de la licitación pública, pues iniciado éste ya es posible formular propuestas.

Tampoco es de recibo el argumento de que la suspensión provisional limita la aplicación del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, por cuanto en el párrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, se incluyó el verbo podrá, con el propósito de que las entidades puedan fijar otras oportunidades diferentes a la audiencia de aclaraciones "pero después de la apertura", en la medida en que precisamente son los espacios

posteriores a ésta, es decir, al comienzo del plazo de la licitación, los que no permite la norma legal para desarrollar la labor de distribución definitiva de los riesgos.

De este modo, la suspensión del referido numeral debe mantenerse, en tanto de un simple cotejo se aprecia de entrada que el párrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008, es violatorio del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, pues para ésta el momento de asignación definitiva de los riesgos es anterior a la presentación de las ofertas, o sea, antes de que corra el plazo de la licitación, mientras en el citado párrafo se autorizó a las entidades para hacerla en la audiencia de aclaración de pliegos consagrada en el artículo 30 numeral 4 de la Ley 80 de 1993, es decir, dentro de los tres (3) días siguientes al inicio del plazo para la presentación de las ofertas.

Finalmente, en relación con la solicitud de modulación del fallo a propósito del segmento normativo en estudio, como argumento que excluye la medida cautelar, la Sala se remite a las consideraciones arriba expuestas en el sentido de que no es el momento de estudiar dicha técnica de producción de decisiones judiciales y, en todo caso, al analizar nuevamente el contenido de dicha norma y enfrentarla al dispositivo legal invocado como infringido, concluye que su violación a la ley es notoria y evidente.

Por consiguiente, no se accederá a la revocatoria de la suspensión provisional de la mencionada expresión del párrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008.

3.4. La suspensión provisional de las expresiones: "*haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del servicio a contratar*"; y haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio a contratar", contenidas en los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008.

Se aduce en los recursos que en las normas demandadas no se delegó la potestad de reglamentación en las entidades estatales contratantes, sino que se definió un procedimiento propio de los procesos de "selección abreviada", fijándose las condiciones del mercado como criterio objetivo, que cada entidad debe concretar en sus normas internas, según el sector al cual pertenezca, para lograr así la ejecución práctica del procedimiento.

Al reparar una vez más en el texto de la norma, la Sala encuentra que no hay lugar a levantar la medida de suspensión provisional, en tanto confirma que de la comparación de las normas impugnadas (artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008) con las invocadas como violadas (artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política y artículo 2 numeral 2 de la Ley 1150 de 2007), se vislumbra la infracción manifiesta de aquéllas a éstas.

Como se mencionó en la providencia materia de este recurso, las normas suspendidas, implican una delegación a las entidades públicas contratantes para que determinen en su manual de contratación el procedimiento que bajo la modalidad de la selección abreviada debe aplicarse para obtener la oferta más favorable en los contratos para la prestación de servicios de salud (letra c. del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007), y en los contratos de las entidades a cuyo cargo se encuentre la ejecución de programas de protección a personas amenazadas, desmovilización y reincorporación, población desplazada, entre otros (letra h *ibidem*).

Del tenor de las normas acusadas, se desprende que el Gobierno Nacional no reglamentó dicho procedimiento para la selección abreviada por las causales c) y h) del numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, sino que encargó su elaboración a la entidad pública contratante para que lo incluya en su manual interno, de manera que no puede aceptarse el argumento de que esos preceptos se refieren a un "procedimiento breve" destinado a ser concretado en normas de carácter interno.

Nótese, como lo señala en su escrito el coadyuvante, que la sola mención de las condiciones del mercado no corresponde, como se arguye en los recursos, a un procedimiento para la selección abreviada, sino que hace relación a un criterio de selección, y que en parte alguna del texto de las disposiciones se establecen reglas que determinen un procedimiento.

En consecuencia, la Sala reitera que en el reglamento se omitió el procedimiento de selección abreviada para estas dos causales y se defirió a las entidades públicas contratantes su elaboración a través de los manuales, desconociendo en forma manifiesta, las normas superiores invocadas como violadas contenidas en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política y del artículo 2 numeral 2 de la Ley 1150 de 2007, que imponen que es al Gobierno Nacional a quien le corresponde reglamentarlo.

Por lo tanto, la suspensión provisional en relación con las expresiones acusadas de los artículos mencionados del reglamento se mantendrá.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFÍRMASE el [auto](#) proferido por la Sala el 1 de abril de 2009, en sus numerales quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno, en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos de la expresión del artículo 7 del Decreto 2474 de 2008: "*En ningún caso podrán expedirse y publicarse el mismo día en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para la adición del término previsto para ello*"; del artículo 44 del Decreto 2474 de 2008; de la expresión del párrafo del artículo 88 del Decreto 2474 de 2008: "*A criterio de la entidad, (...) podrá coincidir con aquella de que trata el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, o...*"; de la expresión del artículo 47 del Decreto 2474 de 2008: "*...haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del servicio a contratar...*"; y de la expresión del artículo 52 del Decreto 2474 de 2008: "*...haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio a contratar...*"

SEGUNDO: RECONÓCESE personería a los doctores GONZALO SUÁREZ BELTRÁN, HELGA VELÁSQUEZ AFANADOR, HEYBY POVEDA FERRO y RAFAEL SALAZAR JARAMILLO, para representar en este proceso al Departamento Nacional de Planeación, al Ministerio de Transporte, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Ministerio del Interior y justicia, respectivamente, en los términos de los poderes a ellos conferidos.

TERCERO: RECONÓCESE como parte COADYUVANTE al ciudadano MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ, en relación con la pretensión del actor de declarar la nulidad de los artículos 47 y 52 del Decreto 2474 de 2008, y por tratarse de una acción pública RECONÓCESE, personería para actuar a nombre propio.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
Presidente de la Sala
MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

RUTH STELLA CORREA PALACIO

ENRIQUE GIL BOTERO

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Es de anotar que las razones aducidas por los impugnantes son uniformes y coinciden en los conceptos que constituyen las inconformidades con la decisión recurrida, de manera que serán compendiadas y estudiadas en forma conjunta.

2 C.N. 1886: "Art. 163. Toda sentencia deberá ser motivada".

3 Cfr. Tascon, Tulio Enrique, Derecho Constitucional Colombiano, Comentarios a la Constitución Nacional. Editorial Minerva, Bogotá, 1934, Pág. 285.

4 Por cuya inteligencia "...las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales. La parte resolutive de las sentencias estará precedida de las siguientes palabras: "Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley". La pulcritud del lenguaje, la claridad, la precisión y la concreción de los hechos materia de los debates y de las pruebas que los respaldan, que los Magistrados y jueces hagan en las providencias judiciales, se tendrá en cuenta como factores esenciales en la evaluación del factor cualitativo de sus servicios.

5 "En el derecho cabría decir hay que argumentar porque hay que decidir y porque no aceptamos que las decisiones (particularmente cuando proceden de los órganos públicos) puedan presentarse de manera desnuda, desprovista de razones. De manera que si esto es así, bien podría decirse que la argumentación (la tarea de suministrar esas razones) acompaña a las decisiones como la sombra al cuerpo: argumentar y decidir son facetas de una misma realidad" Cfr. Atienza, Manuel, El derecho como argumentación, Ariel derecho, Barcelona, 2006, Págs 61 y 62.

Fecha y hora de creación: 2024-11-23 02:39:32