

718

387

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., agosto seis (6) de dos mil nueve (2009)

Radicación: 110010326000200800101 00
Expediente: 36.054
Actor: Pablo Manrique Convers
Demandado: Nación - Ministerio del Interior y de Justicia, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte y Departamento Nacional de Planeación.
Proceso: Acción de nulidad

Resuelve la Sala los recursos de reposición interpuestos por los Ministerios de Interior y de Justicia, Hacienda y Crédito Público y el Departamento Administrativo de Planeación Nacional, contra el auto de mayo 27 de 2009, en el proceso de la referencia, por medio del cual se admitió la demanda, se suspendieron provisionalmente algunas normas y se negó la suspensión de otras. En concreto, las normas demandadas fueron: los artículos 10 y 11, parcialmente; del párrafo del artículo 22; el párrafo 1 del artículo 44; el artículo 46; de los artículos 47, 52, 54, 65, 68, 73, 75, 87, parcialmente, y el artículo 89 del decreto 2474 de 2008, reglamentario de las leyes 80 de 1993 y 1.150 de 2007.

1. El auto recurrido.

En la providencia impugnada, la Sala resolvió:

"Primero. Admitase la demanda de simple nulidad interpuesta en el asunto de la referencia, formulada en contra de los artículos 10 y 11, parcialmente; del párrafo del artículo 22; del párrafo 1 del artículo 44; del artículo 46; de los artículos 47, 52, 54, 65, 68, 73, 75, 87, parcialmente, y del artículo 89 del decreto 2474 de 2008,

Actor: Pablo Manrique Convers
Exp. 36.054

reglamentario de las leyes 80 de 1993 y 1.150 de 2007. Igualmente, Admítase y téngase como parte coadyuvante en el proceso al señor Martín Bermúdez Muñoz.

"Segundo. Niégase la solicitud de suspensión provisional de los artículos 68 y 87 parcial del decreto 2474 de 2008.

"Tercero. Estese a lo resuelto por la Sala, en el auto de mayo 27 de 2009 -exp. 36.476- en relación con la suspensión provisional del artículo 44 parágrafo 1 del decreto 2474 de 2008.

"Cuarto. Suspéndase la expresión "*... o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones...*", contenida en el inciso segundo del artículo 10 del decreto 2474 de 2008.

"Quinto. Suspéndase la expresión "*... sin perjuicio de que se exija la presentación del certificado del Registro Único de Proponentes, para efectos de determinar la clasificación y la calificación de los proponentes, cuando corresponda*", contenida en el artículo 11 decreto 2474 de 2008.

"Sexto. Suspéndase el artículo 46 del decreto 2474 de 2008, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

"Séptimo. Estese a lo resuelto por la Sala en el auto de mayo 27 de 2009 -exp. 36.476-, en relación con la suspensión provisional de los artículos 47 y 52 del decreto 2474 de 2008, en la expresión "*... haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable...*"

"Octavo. Suspéndase la expresión "*... haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable...*", contenida en el artículo 54 del decreto 2474 de 2008, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

"Noveno. Suspéndase la expresión "*...El Manual de Contratación de la entidad dispondrá las reglas de funcionamiento de las listas multiusos, y las condiciones para evitar la concentración de adjudicaciones en sus miembros*", contenida en el artículo 65 del decreto 2474 de 2008, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

"Décimo. Suspéndase el inciso tercero del artículo 73 del decreto 2474 de 2008, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

"Décimo primero. Suspéndase el artículo 75, incluidos los parágrafo 1 y 2, del decreto 2474 de 2008, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Actor: Pablo Manrique Convers
Exp. 36.054

"Décimo segundo. Suspéndase parcialmente las siguientes expresiones del artículo 89, del decreto 2474 de 2008: *"los procedimientos internos"* y *"y todos los asuntos propios de la realización de los procesos de selección"*, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia."

II. CONSIDERACIONES

Dado que en este proceso las normas demandadas fueron varias, y que sobre la mayoría recayó la medida de suspensión provisional; sumado a que los recursos de reposición presentados fueron tres, la Sala, para facilitar la comprensión del tema y de su análisis, i) hará un resumen de los recursos, indicando norma a norma la postura de inconformidad de cada entidad estatal interviniente, para expresar, a continuación, ii) sus apreciaciones al respecto.

1. La competencia

La Sala es competente para conocer del asunto, porque el inciso segundo del art. 154 CCA. dispone que en los procesos ante el Consejo de Estado: "Contra el auto que resuelve la solicitud de suspensión provisional, procede el recurso de reposición."

2. El recurso de apelación y la posición de la Sala frente a los argumentos.

En tiempo oportuno los Ministerios de Interior y de Justicia, Hacienda y Crédito Público y el Departamento Administrativo de Planeación Nacional interpusieron el recurso de reposición contra el auto aludido, en los siguientes términos:

2.1. Cargo general. *Ineptitud de la solicitud de suspensión provisional, por inexistencia de requisitos legales.*

2.1.1. Departamento Administrativo de Planeación Nacional –fls. 116 a 118- y Ministerio del Interior y de Justicia –fls. 158 a 160-.

Actor: Pablo Manrique Convers
Exp. 36.054

A manera de argumento de defensa general, afirman los recurrentes -en idéntico sentido-, que el actor no cumplió con uno de los requisitos que establece la ley para solicitar la suspensión provisional de las normas demandadas, porque no explicó las razones de derecho que sustentan dicha mediada. En efecto, sostienen que no se sabe por qué el Consejo de Estado debía suspender la norma correspondiente, y citan dos ejemplos para mostrar la insuficiencia de la argumentación ofrecida por el demandante.

2.1.2. Consideraciones del Consejo de Estado.

Estima la Sala que no le asiste la razón a los recurrentes, porque si bien es cierto que el Código Contencioso Administrativo exige al actor, en una acción de nulidad, expresar los fundamentos de su inconformidad -incluida la solicitud de suspensión provisional-, para desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado, también lo es que la estimación de las razones expuestas en la solicitud deben valorarse de manera adecuada, de modo que no se omita la exigencia legal, pero que tampoco que desnaturalice el sentido práctico que contiene esta exigencia.

En este sentido, el criterio que guía la interpretación del tema -que realiza la Sala- es el de *la comprensión de la solicitud*, es decir, lo que se debe evaluar, es si el juez entiende el cargo formulado a partir de las razones expuestas por el actor, cumplido lo cual queda satisfecho el requisito.

De manera que, pese a que no existe un parámetro de medida que defina este aspecto, es evidente que sólo si el juez comprende con suficiencia el punto demandado, se puede afirmar entonces que la sustentación es lo suficientemente clara como para estudiar la solicitud.

Aplicadas esta idea al caso concreto, se encuentra que la parte actora sí argumentó con suficiencia -aunque de manera breve-, la razón de la suspensión de las normas, en cada caso. No obstante, la entidad recurrente echa de menos una argumentación prolija, dada la importancia que tienen las normas suspendidas, como requisito para satisfacer la exigencia legal, aunque incurriendo en el vicio

Actor: Pablo Manrique Convers
Exp. 36.054

que ataca, como quiera que debió señalar frente a cuáles normas suspendidas no se hizo el razonamiento suficiente, ya que se limitó a señalar, con sólo dos ejemplos, donde considera se incurrió esta particularidad.

Pese a todo, para la Sala es evidente, en el caso concreto, que frente a cada norma se cumplió con el requisito de la sustentación mínima, en forma breve, concisa, pero suficiente, y se indicó la norma reglamentaria que se consideraba ilegal, la norma legal violada –identificada por su número o por su contenido– y el concepto de violación.

Ahora, no es necesario transcribir en este lugar, nuevamente, las razones de la inconformidad expuestas en la solicitud de suspensión provisional, basta remitirse a la síntesis que la Sala hizo en el auto recurrido, con lo que se confirma que el actor sí expresó los argumentos por los cuales se debía suspender la norma, de manera que a ellos se remite.

2.2. Suspensión de la expresión "... o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones...", contenida en el art. 10 del decreto 2474 de 2008.

2.2.1. Departamento Administrativo de Planeación Nacional –fls. 122 a 123- y Ministerio del Interior y de Justicia –fl. 163-.

Afirman estas entidades –en el mismo sentido–, que la expresión suspendida no limita el alcance del párrafo 1 del art. 5 de la ley 1150¹ –como lo sostiene la providencia recurrida–. En efecto, expresa que la posibilidad de que las entidades establezcan, en los pliegos de condiciones, que la ausencia de requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas se puede hacer

¹ Dispone esta norma que: "Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización."

Actor: Pablo Manrique Convers
Exp. 36.054

no sólo hasta la adjudicación, sino hasta el momento en que los pliegos lo indiquen, no contraría la ley 1150, porque:

"... A todas luces, la disposición reglamentaria no es una restricción o una modificación a lo señalado en la ley, sino una instrucción dirigida a la entidad, reguladora de su actividad procedimental en el marco de un proceso de selección de contratistas. Y mucho menos es, como lo parece indicar el demandante en el escrito de solicitud de suspensión, una limitación al término para subsanar. NO. Es una indicación para la entidad, de señalar en el pliego, con el fin de hacer más transparente y reglado el proceso, de un momento máximo para ejercer esa facultad de solicitud de documentos o requisitos subsanables." -fl. 123-

2.2.2. Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Frente a este tema, señala el Ministerio de Hacienda que no se contradice la ley, porque la selección de contratistas debe garantizar las reglas de objetividad, completitud y claridad, de manera que el establecimiento de términos para subsanar las ofertas garantiza estos principios legales. Además, la fijación de plazos perentorios y preclusivos se ajusta al principio de economía de la ley 80.

2.2.3. Consideraciones del Consejo de Estado.

Estima la Sala que los argumentos planteadas no son suficientes para levantar la suspensión provisional que pesa sobre la norma reglamentaria, pues el Ministerio de Hacienda señala que ella desarrolla, adecuadamente, el principio de economía, pero desconoce que esa confrontación también debe hacerse frente al parágrafo 1 del art. 5 de la ley 1.150 de 2007 según el cual:

"Parágrafo 1. ... En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, **podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.** No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización." (Negrillas fuera de texto)

Actor: Pablo Manrique Convers
Exp. 36.054

Desde este punto de vista la Sala observa, *prima facie*, que al paso que la ley establece un término u oportunidad límite para subsanar las ofertas –esto es, hasta la adjudicación-; el pliego de condiciones -que elabora la entidad estatal- queda autorizado para anticipar ese momento –toda vez que el reglamento determina que también puede hacerlo “hasta el momento en que la entidad lo establezca...”, lo cual, no cabe duda, contradice la ley.

De allí que es ilógico afirmar –como lo hacen los recurrentes- que si la ley fija un tiempo o momento hasta el cual es posible subsanar las ofertas, el reglamento puede establecer otro, y pese a ello ajustarse a ella. La contradicción surge a la vista, se trata de una autorización –dada por el reglamento- para que la administración pública determine un momento o etapa diferente para cumplir ese propósito.

Por estas razones, se confirmará la medida de supresión provisional.

2.3. Suspensión de la expresión “... sin perjuicio de que se exija la presentación del certificado del Registro Único de Proponentes para efectos de determinar la clasificación y calificación de los proponentes, cuando corresponda”, contenida en el art. 11 del decreto 2474 de 2008.

2.3.1. Departamento Administrativo de Planeación Nacional –fls. 125 a 126-, Ministerio de Hacienda –fls. 145 a 146- y Ministerio del Interior y de Justicia –fls. 163 a 167-.

Para los tres recurrentes, la violación a la ley, por parte del aparte suspendido del art. 11 del decreto 2474 de 2009, no es evidente u ostensible, porque la ley estableció 3 momentos diferentes para que entraran en vigencia sus normas: i) la mayoría de los artículos, 6 meses después de la promulgación, ii) los arts. 9 y 17, a partir la promulgación, y iii) el art. 6, diez y ocho meses después de la promulgación.

Actor: Pablo Manrique Convers
Exp. 36.054

En este orden de ideas, añaden no es posible definir, desde la admisión de la demanda, cuándo se derogó el artículo 22 de la ley 80 –que regulaba el RUP–; sumado al hecho de que la voluntad del legislador no fue dejar un vacío en esta materia, como parece entenderlo el Consejo de Estado.

2.3.2. Consideraciones del Consejo de Estado.

Para suspender provisionalmente una norma, el CCA. sólo exige que la vulneración a la disposición de orden superior sea evidente, requisito que la Sala, a diferencia de los recurrentes, encuentra acreditado en este caso, basta observar que el artículo 32 de la ley 1.150 derogó "... a partir de la vigencia de la presente ley..." el artículo 22 de la ley 80 –que regula el RUP–², y luego, en el artículo 33 de la misma ley 1150 se establece que "la presente ley empieza a regir seis (6) meses después de su promulgación..."³, esto es, empezó a regir el 17 de enero 2008, y a partir de

² "Artículo 32. Derogatoria. A partir de la vigencia de la presente ley, quedan derogados los siguientes artículos de la Ley 80 de 1993: El párrafo del artículo 2º; la expresión "además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado" del inciso segundo del artículo 3º; el inciso 4º del artículo 13, el artículo 22; el numeral 1 y el párrafo 1º del artículo 24; el inciso 2º del numeral 15, el numeral 19 y la expresión "la exigencia de los diseños no regirán cuando el objeto de la contratación sea la de construcción o fabricación con diseños de los proponentes" del inciso segundo numeral 12 del artículo 25, el artículo 29, el numeral 11 del artículo 30, el artículo 36, el párrafo del artículo 39 y el inciso 1º del artículo 60, con excepción de la expresión "Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolonguen en el tiempo y los demás que lo requieran serán objeto de liquidación" el artículo 61 y las expresiones "concurso" y "términos de referencia" incluidas a lo largo del texto de la Ley 80 de 1993, así como la expresión: "Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública". También se derogan las siguientes disposiciones: El párrafo 2º del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, modificado por el artículo 1º de la Ley 828 de 2003, el artículo 66 de la Ley 454 de 1998, el literal d) del artículo 27 de la Ley 99 de 1993 y el artículo 19 Ley 161 de 1994. Igualmente se entienden derogadas las normas del Decreto 1900 de 1990 y de la Ley 182 de 1995 que contraríen lo dispuesto en esta ley." (Negrillas fuera de texto)

³ "Artículo 33. Vigencia. La presente ley empieza a regir seis (6) meses después de su promulgación, con excepción del artículo 6º que entrará a regir a los dieciocho (18) meses de su promulgación.

"Párrafo 1º. En tanto no entre en vigor el artículo 6º de la presente ley las entidades podrán verificar la información de los proponentes a que se refiere el numeral 1 del artículo 5º de la presente ley.

"Párrafo 2º. Los artículos 9º y 17 entrarán a regir una vez se promulgue la presente ley." (Negrillas fuera de texto)

Actor: Pablo Manrique Convers
Exp. 36.054

allí quedó abrogado el art. 22 de la ley 80, pues tal es la disposición que contempló el art. 32 citado.

De esta manera, no es cierto que el tema sea tan complejo como lo sugieren los recurrentes, basta con atenerse a las palabras y disposiciones que contienen los arts. 32 y 33 de la ley 1150. En tal sentido, saber cuándo entra en vigencia la ley, y a partir de cuándo se deroga una norma, tan sólo requiere precisar en la misma ley esos momentos, y a partir de allí las consecuencias que se siguen son las que correspondan.

En tal sentido, no se requieren análisis complejos para determinar que la decisión de suspender algunas partes del artículo 11 del decreto 2474 se deben levantar, porque el art. 22 quedó derogado cuando entró a regir la ley, esto es, el 17 de enero 2008.

2.4. Suspensión del art. 46 del decreto 2474⁴

⁴ "Artículo 46. *Contratación de mínima cuantía.* Cuando el valor del contrato por celebrar sea igual o inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía, la entidad podrá contratar tomando como única consideración las condiciones del mercado, sin que se requiera obtener previamente varias ofertas, haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación de la entidad le permita obtener la oferta más favorable teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio a contratar.

"Cuando la entidad adquiera bienes o servicios en establecimientos que correspondan a la definición de "gran almacén" señalada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se presumirá que ha adquirido a precios de mercado.

"El contrato así celebrado podrá constar en un documento firmado por las partes, o mediante intercambio de documentos escritos entre la entidad y el contratista, o mediante la factura presentada por el proveedor de bienes o servicios aceptada por la entidad, o en órdenes de trabajo, compra o de servicio, o en cualquier otro instrumento definido por la entidad en el manual de contratación siempre que reúna las condiciones de existencia y validez del negocio jurídico.

"En la contratación de mínima cuantía no se dará aplicación a lo señalado en el Título I del presente decreto, sin perjuicio que la entidad cuente con los respectivos estudios y documentos previos que la justifiquen, y se siga el procedimiento que consagre el Manual de Contratación.

"Parágrafo. Lo señalado en el presente artículo se aplicará en las demás causales de selección abreviada y en el concurso de méritos cuando la cuantía del contrato sea inferior al diez por ciento (10%) de la menor cuantía."

Actor: Pablo Manrique Convers
Exp. 36.054

2.4.1. Departamento Administrativo de Planeación Nacional –fls. 127 a 128-, Ministerio de Hacienda –fls. 146 a 147- y Ministerio del Interior y de Justicia –fls. 163 a 167-.

Consideran que en la ley 1150 existe la posibilidad de que, atendiendo a la complejidad del objeto a contratar, o al valor de los negocios, se establezcan procedimientos o esquemas de selección de contratistas diferenciales para los contratos, de tal manera que se garantice la eficiencia en la contratación. Incluso, la misma ley determina, en diversas normas, que no es necesario pedir, en contratos de poco valor –básicamente inferiores al 10% de la menor cuantía- ciertos requisitos –las garantías y el RUP-. En este orden de ideas, el Gobierno adquiere la posibilidad de fijar esquemas de contratación que se ajusten a estas ideas y principios, atendiendo a la necesidad de realizar el principio de simplicidad en la contratación estatal. Lo anterior justifica -para los recurrentes- que el Gobierno establezca segmentos o diferencias de procedimiento al interior de la menor cuantía.

El Ministerio de Hacienda agrega a lo anterior que la norma demandada se apoya en el principio de economía, que permite adelantar procesos de selección de manera más ágil y en el menor tiempo posible.

2.4.2. Consideraciones del Consejo de Estado.

La Sala tampoco accederá a la solicitado en los recursos, si bien es admisible que existan procesos de selección diferenciados, al interior de la menor cuantía -como modalidad de selección abreviada que es-, lo cierto es que el reglamento no puede, so pretexto de actuar en este sentido, crear procesos de selección autónomos, es decir, diferentes a los previstos por el legislador.

Esto es lo que considera la Sala que ocurrió en el caso concreto –sin que se requiera hacer mayor esfuerzo hermenéutico-, pues el decreto reglamentario, separándose de la clasificación de los procesos de selección que contempla la ley, creó y reguló la denominada “mínima cuantía”, sin consideración u observancia de

Actor: Pablo Manrique Convers
Exp. 36.054

los parámetros legales que la ley 1150 de 2007 estableció para los procesos de selección abreviada, y en particular para la menor cuantía.

Es así como, si bien es cierto que el principio de economía justifica la existencia de procesos de selección ágiles y eficientes, también es verdad que ya están dadas algunas reglas por la ley, y que el reglamento no las puede alterar, so pretexto de buscar la máxima eficiencia en los procedimientos contractuales. Admitirlo viola la ley que se reglamenta.

De esta manera, la clasificación de los procesos que creó la ley, así como las reglas básicas o de detalle –cualquiera que ellas sean- que haya establecido ella misma, se deben mantener, rigurosamente. Eso es lo que echan de meno el actor y también la Sala, pues la regulación de la mínima cuantía que contiene el artículo 46 demandado es algo mas que un nombre que pueda integrarse a la menor cuantía; se trata, *prima facie*, de un proceso de selección con reglas diferentes a las de la selección abreviada, y por eso se debe mantener la suspensión de la norma.

2.5. Suspensión de las expresiones "... haciendo uso del procedimiento que según el Manual de Contratación le permita obtener la oferta más favorable...", contenida en el artículo 54 del decreto 2474 de 2008, y de la expresión "... El Manual de Contratación de la entidad dispondrá las reglas de funcionamiento de las listas multiusos, y las condiciones para evitar la concentración de adjudicaciones en sus miembros", contenida en el artículo 65 del decreto 2474 de 2008.

2.5.1. Departamento Administrativo de Planeación Nacional –fls. 128 a 129-, Ministerio de Hacienda –fl. 147- y Ministerio del Interior y de Justicia –fl. 169-.

Consideran los recurrentes que las dos normas cuyos apartes fueron suspendidos han sido modificados por los artículos 6 y 7 del decreto 2025 de 2009 -las cuales

Actor: Pablo Manrique Convers
Exp. 36.054

no remiten a los manuales de contratación-, de manera que no procede mantener la medida cautelar, porque ya no hacen parte del ordenamiento jurídico.

2.5.2. Consideraciones del Consejo de Estado.

Es cierto que esta Corporación ha sostenido que cuando una norma ha sido derogada resulta inocuo suspenderla provisionalmente si luego es demandada, porque su falta de vigencia subsume la pretensión de la parte actora en relación con la medida cautelar. Sin embargo, en esta ocasión el caso no es idéntico al de la doctrina mencionada, por tanto, la Sala conservará la medida, porque al momento de presentarse la demanda, al igual que cuando se admitió, estaba vigente la norma suspendida, de allí que el instante que debe considerarse para aplicar la anterior tesis debe ser el de la vigencia o la derogatoria al momento de la admisión de la misma, de manera que la expedición de un acto administrativo, de contenido contrario al suspendido, no hace perder la facultad de actuar en tal sentido.

Esta posición tiene, sobre todo, un propósito tutor del ordenamiento jurídico, que podría no ser perceptible a primera vista. Tiene que ver con la prohibición de reproducir el acto acusado, so pena de incurrir en sanciones administrativas por estos hechos. Es por ello que, si la Sala levanta la medida cautelar, por esta razón, el Gobierno conservaría la posibilidad de reincorporar al ordenamiento jurídico la norma suspendida, pues al no estarlo no operaría la prohibición legal⁵.

⁵ Señala el inciso primero del art. 158 CCA.: "REPRODUCCION DEL ACTO SUSPENDIDO. Ningún acto anulado o suspendido podrá ser reproducido por quien los dictó, si conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas a menos que con posterioridad a la sentencia o al auto hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión.

"Deberán suspenderse provisionalmente los efectos de todo acto proferido con violación de los anteriores preceptos. La orden de suspensión, en este caso, deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, a pesar de que contra ella se interponga el recurso de apelación.

"Cuando estando pendiente un proceso se hubiere ordenado suspender provisionalmente un acto, y la misma Corporación o funcionario lo reprodujere contra la prohibición que prescribe este artículo, bastará solicitar la suspensión acompañando copia del nuevo acto. Estas solicitudes se decidirán inmediatamente, cualquiera que sea el estado del proceso, y en la sentencia definitiva se resolverá si se declara o no la nulidad de estos actos.

"La solicitud de suspensión provisional será resuelta por auto de la Sala, Sección o Subsección, contra el cual sólo procede, en los procesos de única instancia, el recurso de reposición y, en los de

Actor: Pablo Manrique Convers
Exp. 36.054

Por el contrario, la Sala mantendrá la medida, pues la norma demandada estaba vigente cuando se decidió sobre la admisión de la demanda, lo cual protege el ordenamiento jurídico de un eventual regreso, luego de que se adoptara esta decisión.

2.6. Suspensión del art. 75, incluidos los párrafos 1 y 2, del decreto 2474 de 2008⁶.

primera instancia, el de apelación. Este recurso se resolverá de plano; no impedirá el cumplimiento del auto ni suspenderá la tramitación del proceso ante el inferior, el cual actuará en copias y remitirá el original al superior." (Negrillas fuera de texto)

⁶ "Artículo 75. *Criterios de evaluación de intermediarios de seguros.* La selección de intermediarios de seguros se realizará por concurso de méritos de conformidad con el procedimiento señalado en el presente decreto. La aplicación de los criterios de evaluación incluidos en los pliegos de condiciones seguirá exclusivamente las siguientes reglas:

"1. La valoración de la experiencia específica del proponente incluirá, además de lo señalado en el numeral 1 del artículo 68 del presente decreto, el manejo de programas de seguros iguales o similares al requerido por la entidad, detallando los ramos y las primas.

"2. La valoración de la propuesta metodológica y plan y cargas de trabajo a que se refiere el numeral 2 del artículo 68 del presente decreto, valorará el plan de administración de riesgos, el cual comprenderá tanto el análisis de los riesgos como la propuesta para el manejo de los mismos, teniendo en cuenta los siguientes factores:

"a) Propuesta de cobertura y condiciones. Esta contemplará el plan de trabajo a desarrollar para estructurar los pliegos de condiciones que darán lugar a la selección de la aseguradora con la cual la entidad estatal contratará su programa de seguros, incluyendo en este los criterios técnicos generales que se utilizarán para la estructuración del programa de seguros.

"En ningún caso se solicitará dentro de los pliegos la descripción de coberturas, límites, deducibles, cláusulas adicionales, procedimiento para atención de siniestros, etc.;

"b) Programa de prevención de pérdidas. El proponente deberá ofrecer el programa de prevención de pérdidas que permita disminuir los riesgos de la entidad estatal, entendido este como las actividades y recomendaciones tendientes a detectar, prevenir, minimizar o eliminar todos aquellos riesgos potenciales que puedan materializar los riesgos cubiertos por una póliza de seguro. Este programa contemplará la propuesta para minimizar los factores de riesgo y el cronograma de actividades.

"3. La valoración de la formación y experiencia de los profesionales y expertos del equipo de trabajo a la que se refiere el numeral 3 del artículo 68 del presente decreto, incluirá el tiempo y clase de dedicación del personal al servicio de la entidad estatal, expresada en horas/hombre/mes (permanente, compartida, exclusiva).

"4. Oferta de soporte técnico. Comprende el conjunto de recursos, distintos al humano, que el corredor ofrece tener al servicio de la entidad estatal en función directa del objeto del contrato.

Actor: Pablo Manrique Convers
Exp. 36.054

2.6.1. Departamento Administrativo de Planeación Nacional –fls. 130 a 135-, Ministerio de Hacienda –fls. 147 a 148- y Ministerio del Interior y de Justicia –fls. 169 a 175-.

Sostienen que, tratándose del concurso de méritos para escoger intermediarios de seguros, el reglamento puede preestablecer criterios y porcentajes para la evaluación de ofertas, lo cual no restringe la libertad que tiene la entidad para configurar los pliegos de condiciones, toda vez que los conceptos jurídicos indeterminados que allí se incluyen asignan o contienen una discrecionalidad en favor de la entidad al momento de concretar subcriterios –subsumidos en los definidos por el reglamento- y asignación de los porcentajes respectivos dentro de los rangos establecidos por el decreto 2474.

Agregan que el Consejo de Estado ya se ha referido a estos aspectos, y citan la jurisprudencia de esta Sección sobre el tema.

Por esta razón, afirman que la decisión de suspender la norma exige un estudio más ponderado acerca del contenido de la discrecionalidad, lo cual sólo puede hacerse en la sentencia.

2.6.2. Consideraciones del Consejo de Estado.

“Parágrafo 1°. Para la ponderación de las propuestas técnicas la entidad asignará un porcentaje no inferior al cuarenta por ciento (40%) del total del puntaje al criterio a que se refiere el numeral 3 del presente artículo.

“El porcentaje restante será repartido entre la experiencia específica del proponente a la que se refiere el numeral 1 del presente artículo, la propuesta metodológica y el plan y cargas de trabajo referidos en el numeral 2 ídem, y la oferta de soporte técnico a la que se refiere el numeral 4 íbidem, teniendo en cuenta que el porcentaje asignado al criterio del numeral 1 sea superior al asignado al criterio señalado en el numeral 2, y este a su vez sea superior al porcentaje señalado al criterio del numeral 4. En ningún caso el porcentaje asignado a este último sea inferior al diez por ciento (10%).

“Parágrafo 2°. No podrá exigirse como condición o tenerse como criterio para la evaluación de las propuestas la entrega de equipos y la instalación en comodato de los mismos, la realización de cursos de capacitación, la asignación de personal en las oficinas de la propia entidad estatal u otros aspectos o actividades que no correspondan al objeto directo de la selección.”

Actor: Pablo Manrique Convers
Exp. 36.054

Considera el Gobierno Nacional que la posibilidad que tiene el reglamento de fijar criterios de selección, e incluso porcentajes para su evaluación, procede de la discrecionalidad que conserva cada entidad estatal de establecer –en los pliegos de condiciones-, al interior de los criterios definidos por el reglamento, otros subcriterios de selección, así como la asignación de puntajes para ellos.

La Sala observa que este argumento de defensa reconoce, implícitamente, que el decreto 2474 de 2008 sí limita la libertad que la ley confiere a las entidades estatales para indicar los criterios de selección de los proponentes, pues a lo que reduce el Gobierno la libertad de la entidad es a escoger al interior de los criterios y porcentajes que determina el reglamento demandado. En otras palabras, señalan que basta con que puedan optar entre los parámetros definidos por el reglamento, para satisfacer la libertad legal.

La Sala no comparte esta apreciación, porque la ley 1150 señala, directamente, la manera cómo se pueden evaluar las ofertas, y fuera de las restricciones que ella misma impone –al indicar cómo se deben ponderar algunos criterios de selección- la entidad estatal adquiere la libertad de establecer la forma de evaluar lo demás. En este sentido, la discrecionalidad para escoger los criterios de selección – respetando los parámetros de ley-, así como los porcentajes de evaluación, no tiene por qué limitarlos, también, el reglamento.

De otro lado, es evidente que la discrecionalidad para establecer estos aspectos, que son los que reprocha la Sala, fue concedida a la administración pública contratante, no al reglamento; y allí radica el error del argumento del los recurrentes, al considerar que la entidad pública tiene la libertad de elección – discrecionalidad- que le otorgue el reglamento; cuando la Sala entiende que ella tiene una dimensión mas grande: el que le permitió la ley. Por esta razón, no podía el decreto 2474 -so pena de violar la ley, de manera evidente-, determinar los parámetros de selección, para que a partir de allí la administración escogiera lo demás.

En este orden de ideas, se mantendrá la suspensión provisional de la norma.

Actor: Pablo Manrique Convers
Exp. 36.054

2.7. Suspensión de las siguientes expresiones del artículo 89, del decreto 2474 de 2008: "los procedimientos internos" y "y todos los asuntos propios de la realización de los procesos de selección"⁷.

2.7.1. Departamento Administrativo de Planeación Nacional –fls. 135 a 136-, Ministerio de Hacienda –fls. 148 a 149- y Ministerio del Interior y de Justicia –fls. 175 a 176-.

Consideran que las expresiones suspendidas no se refieren al proceso de selección de contratistas, sino a la delegación y a la desconcentración al interior de las entidades, de allí que con ellas no se transfiere la potestad reglamentaria a las entidades estatales. De este modo, lo que autorizó la ley es que internamente se establezca la manera como actúan las entidades para tramitar los contratos.

2.7.2. Consideraciones del Consejo de Estado

La distinción que hacen los recurrentes, entre procedimientos que hacen parte del proceso de selección y los que no forman parte de él, sino de los trámites internos, resulta difícil de aceptar en el contexto del artículo 89 del decreto 2474 de 2008, como quiera que allí se prescribe que las entidades pueden establecer "... *todos los asuntos propios de la realización de los procesos de selección...*", donde perfectamente podrían incluirse aspectos que sólo la ley o su reglamento pueden contemplar, como son los procedimientos de selección, con sus etapas y requisitos. Por esto debe mantenerse la suspensión de la norma, ya que la posibilidad, en manos de las entidades públicas, de fijar otros procedimientos contractuales resulta lesiva de las normas superiores a las cuales se sujeta el reglamento analizado.

⁷ Artículo 89. Manual de Contratación. Las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación deberán contar con un manual de contratación, en el que se señalen los procedimientos internos, los funcionarios intervinientes, y todos los asuntos propios de la realización de los procesos de selección, así como de la vigilancia y control de la ejecución contractual, en los términos establecidos en el presente decreto."

Actor: Pablo Manrique Convers
Exp. 36.054

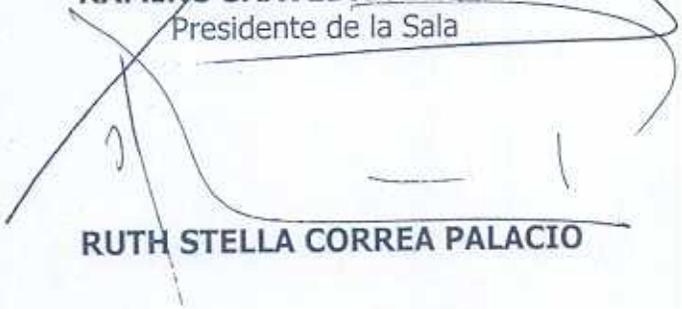
En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

Primero. Confírmase la providencia apelada, esto es, el auto de mayo 27 de 2009, por medio del cual se admitió la demanda, se suspendieron provisionalmente algunas normas y se negó la suspensión de otras.

Segundo. Por cumplir con los requisitos previstos en los arts. 65 y 67 CPC., reconózcase personería jurídica para actuar al abogado Fernando Gómez Mejía, quien obra en representación del Ministerio del Interior y de Justicia, al abogado Heyby Poveda Ferro, quien obra en representación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y al abogado Gonzalo Suárez Beltrán, quien obra en representación del Departamento Administrativo Nacional de Planeación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
Presidente de la Sala



ENRIQUE GIL BOTERO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
AUSENTE


MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR