

DECRETO REGLAMENTARIO 575 DE ABRIL DE 2002 - Negada la suspensión provisional del inciso primero del artículo 49 / CONCESION PARA LA PRESTACION DE LOS SERVICIOS PCS - Adjudicación debe realizarse por el procedimiento de subasta pública / ADJUDICACION DE CONCESIONES POR SUBASTA PUBLICA - Procedencia de fijación del valor mínimo o base del precio para las ofertas durante el curso de la primera ronda de la subasta / PLIEGO DE CONDICIONES - Contenido en los casos del proceso de contratación para la concesión de los servicios de comunicación personal

La Sala encuentra que no es procedente la suspensión provisional solicitada, como quiera que no advierte que las normas acusadas infrinjan abiertamente las normas superiores que se dicen contrariadas. La ley 555 de 2000, por la cual se regula la prestación de los servicios de comunicación personal PCS, en la parte referente a los principios generales de la contratación (art. 5º), facultó al gobierno nacional para reglamentar "el procedimiento de subasta buscando maximizar los ingresos económicos que pueda obtener la nación". De igual manera, en el numeral 6 del art. 9º, previó que el Ministerio de Comunicaciones fijaría el valor mínimo para cada una de las concesiones. Quiso el legislador que la adjudicación de las concesiones para la prestación de los servicios PCS se realizara por el procedimiento de subasta pública y así se consignó en el inciso tercero del art. 5 de la ley 555, como un mecanismo que garantizaría "la mayor eficiencia para la nación y los concesionarios en términos económicos, de igualdad y transparencia", ya que la misma, comparativamente con el sistema de oferta en sobre cerrado, tenía un mayor grado de razonabilidad en cuanto llevaba a fijar un valor de la contraprestación que correspondiera al mercado, de forma tal que se obtuvieran los recursos mayores para la Nación. En principio no puede afirmarse que el párrafo del art. 49 del decreto 575 de 2002 contraría abiertamente la ley, al establecer que el valor mínimo para la adjudicación de las concesiones lo fijará el Ministerio de Comunicaciones durante el curso de la primera ronda de las subastas, como quiera que está en consonancia con el procedimiento de las subastas toda vez que es en ella misma donde se fija la base del precio, para obtener las mejores ofertas. Si bien es cierto en el numeral 3 del art. 9º la ley señaló que corresponde al Ministerio de Comunicaciones elaborar los pliegos en los cuales debe establecer las condiciones mínimas jurídicas, administrativas, técnicas y económicas, que obligatoriamente deben cumplir cada uno de los proponentes para poder participar en el procedimiento de subasta, de allí no se desprende que en los mismos tuviera que dar a conocer el valor mínimo de las concesiones, por cuanto como lo expresa esa misma disposición, "el cumplimiento de dichas condiciones no otorgará derecho diferente al de poder presentar ofertas económicas". Se anota que el hecho de que la norma acusada no haya incluido esta última consecuencia no significa que vulnere la norma legal reglamentada, como lo sostiene el demandante, toda vez que la finalidad de la potestad reglamentaria es "la cumplida ejecución de la ley" (art. 189 numeral 10 de la Carta Política). De ahí que el reglamento no tenga que ser una copia de la ley. Por lo demás, el derecho de los proponentes a presentar ofertas económicas subsiste con fundamento en la ley, así el decreto reglamentario no lo diga. No existe, por tanto, ilegalidad por omisión en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Repárese como el art. 9 de la ley 555 de 2000 al señalar las reglas del procedimiento de contratación, distingue claramente en el punto 3 los pliegos de condiciones del valor mínimo de cada una de las concesiones (punto 6), sin que haya establecido que éste debe estar contenido en los pliegos ni el momento en el cual debe darse a conocer ese valor mínimo. En síntesis, considera la sala que la circunstancia de que el Gobierno a través del Ministerio de Comunicaciones dé a conocer el valor mínimo de la concesión una vez se inicie la subasta, no vulnera en forma manifiesta la ley que regula la prestación de los servicios de comunicación personal PCS, ni los artículos 13 y 74 de la Constitución Política.

DERECHO A LA IGUALDAD - En los contratos estatales / CONTRATO ESTATAL - Derecho a la igualdad

El derecho a la igualdad en los contratos estatales se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, el cual garantiza la facultad de participar en el proceso licitatorio a todos los proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración. En este orden de ideas, si todos los interesados en la licitación de los servicios de comunicación personal PCS se rigen por las mismas condiciones consignadas en los pliegos y conocerán el valor mínimo de las concesiones en la misma oportunidad señalada en la norma acusada, mal podría afirmarse que ésta desconoce "la igualdad de estar en idénticas condiciones", en los términos del art. 13 de la Constitución Política y 5 y 9-2 de la ley 555 de 2000.

Auto 0032(23058) del 03/01/30. Ponente: RICARDO HOYOS DUQUE. Actor: HERNANDO HERRERA MERCADO. Demandado: MINISTERIO DE COMUNICACIONES

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE

Bogotá, D.C., treinta (30) de enero de dos mil tres (2003)

Radicación número: 11001-03-26-000-2002-0032-01(23058)

Actor: HERNANDO HERRERA MERCADO

Demandado: MINISTERIO DE COMUNICACIONES

HERNANDO HERRERA MERCADO, en nombre propio, mediante escrito presentado ante la secretaría de esta sección el 4 de julio de 2002, en ejercicio de la acción pública de nulidad, prevista en el artículo 84 del C.C.A., solicita que se decrete la nulidad del inciso primero del artículo 44 y del párrafo del artículo 49 del decreto reglamentario número 575 del 1 de abril de 2002, expedido por el Presidente de la República, los cuales expresan lo siguiente:

Artículo 44. Pliego de condiciones. El Ministerio de Comunicaciones elaborará el pliego de condiciones para la adjudicación de la licitación para la prestación de los Servicios de Comunicación Personal, PCS, estableciendo las condiciones mínimas jurídicas, técnicas - incluyendo los planes de expansión del servicio indicados en el artículo 6° de este decreto-económicas, de experiencia y demás que estime convenientes, que obligatoriamente deba cumplir cada uno de los interesados para poder participar en el procedimiento de subasta".

Artículo 49. Valor mínimo. (...)

Parágrafo. El valor mínimo, en consonancia con el procedimiento de las subastas previsto para la adjudicación de las concesiones y el principio legal de maximización de los ingresos a la Nación, será fijado por el Ministerio de Comunicaciones durante el curso de la primer ronda de las subastas".

Solicita así mismo como medida cautelar, en el mismo texto de la demanda, la suspensión provisional de las normas acusadas, que sustenta de la siguiente manera:

"(...) En el presente caso el acto demandado, es un decreto reglamentario que en lugar de reglamentar, deja sin efecto lo ordenado por la norma superior y por vía de consecuencia, dable es reconocer su ilegalidad.

El Gobierno Nacional estaba autorizado para reglamentar, más no para quebrantar disposiciones legales. El artículo 49 del Decreto 575 de 2002 norma enjuiciada, contraría el sentido evidente de la ley, excediendo el sentido propio de las facultades, que ciertamente y para estos casos no es discrecional. La potestad reglamentaria encarna un poder residual, en ningún caso puede válidamente sustituir o reemplazar la ley, norma en estricto sentido superior.

El principio de congruencia entre el decreto y la ley no se puede predicar en lo relacionado con el establecimiento de elementos condicionantes para la obligada publicidad que deben tener los actos vinculados a la licitación pública de adjudicación de los sistemas de PCS, como lo es el valor base, valor mínimo o precio. El cual, tan solo se revela en un momento licitatorio establecido irregularmente por el Decreto 575. Con lo que se aparta del principio de publicidad que imperativamente gobierna la ley 555.

Concretamente, el párrafo del artículo 49 del decreto enjuiciado infringió flagrante y ostensiblemente el artículo 9º de la ley 555, en razón de que estaba fuera de la órbita reglamentaria aplazar -al momento que discrecionalmente estableció-, la acción de informar y hacer público el valor mínimo. Si la ley 555 de 2000 ordenaba que toda la documentación relativa al proceso de licitación fuera pública, previendo que la única excepción a lo anterior es que existiera expresa reserva legal, y si ni esa propia norma, ni la Constitución o el Código Contencioso Administrativo establecen para este caso en particular tal medida, es incontestable señalar, que no podría preverse por parte de la reglamentación cuestionada, ningún tipo de obstaculización al acceso público a la información o el establecimiento de una particular forma de reserva; en este caso, no difundir a tiempo lo que claramente podría y debía haber difundido.

"En el presente caso, pues, por vía reglamentaria, se transgredieron los artículos 74 de C.N., 19 de la C.C.A (sic)-, y el contenido mismo de la Ley 555 de 2000, en virtud del posponimiento (sic) hasta un momento licitatorio no dispuesto por la ley, de la revelación del valor mínimo. De espaldas al mandato legal, se ordena informar el valor base en un momento específico - durante el curso de la primera ronda de las subastas-, y no se efectúa esta divulgación tan pronto esta obligación se pueda surtir. Lo que fue reservado - pudiéndose revelar -, siempre lo será para ese momento exacto, así después se difunda, y esto tajantemente vulnera los ordenamientos de la Ley 555 de 2000.

El Gobierno tenía competencia para establecer el valor mínimo de licitación y presentación de pliegos; es más, estaba obligado a hacerlo por que (sic) el numeral 3º del artículo 9º de la Ley 555 así lo ordenaba al disponer que el Ministerio de Comunicaciones debía establecer las "condiciones mínimas jurídicas, administrativas, técnicas y económicas", pero con la determinación discrecional de tan solo fijar el valor mínimo al momento de la primera ronda de la subasta y no hacerlo en los respectivos pliegos de condiciones, el decreto infringió drásticamente la norma superior.

Como se observa, todas las condiciones relacionadas con el procedimiento de subasta, tales como, las jurídicas, las técnicas, las económicas, y en general, todas las que obligatoriamente debieran ser cumplidas por cada uno de los interesados para poder participar en la licitación, son previamente determinadas y acatando el principio de publicidad ordenado por la Ley 555,

puestas en conocimiento de la comunidad en general. Todas son informadas de manera inicial a la licitación, en los respectivos pliegos de condiciones; todas, con excepción injustificada del valor mínimo o base para participar en la licitación.

Adicionalmente, lo que constituye más grave infracción jurídica, se cercenó del inciso primero del artículo 44 del texto del decreto la última frase sobre el tema de los pliegos de condiciones incluido en el numeral 3° de la Ley 555 del 2000, que reza lo siguiente: "El cumplimiento de dichas condiciones no otorgará derecho diferente al de poder presentar ofertas económicas".

Claramente del cumplimiento de las condiciones mínimas por parte de los oferentes, se desprendería un importante efecto jurídico. Si la reglamentación excluyó del decreto esta disposición y el Gobierno Nacional consideró que solo daría a conocer el valor mínimo de la subasta en la primera ronda de este procedimiento, la prerrogativa que en principio estableció el mandato legal fue injustificadamente removida por el acto atacado, con lo cual evidentemente se desconoció el interés y alcance de la Ley 555 de que en los pliegos de licitación se concretaran las condiciones económicas -artículo 9° numeral 3° de la Ley 555 de 2000-.

Se presentó entonces "la negación de un bien que es debido", y arbitraria y evidentemente se discriminó por parte de la autoridad pública en mención, en los términos previstos por el artículo 13 de la Carta.

Según se desprende de la misma ley, la simple elaboración de los pliegos de condiciones mínimas es título suficiente para la divulgación del valor mínimo, por que (sic) en ello se ampara la publicidad de la presente licitación.

El establecimiento a destiempo del valor mínimo perjudica por igual, el acceso ciudadano a la información, y a su vez, a los interesados en la licitación que no pueden presentarse desconociendo un elemento esencial, debido y obligatorio dentro de la elaboración de las condiciones mínimas de los pliegos.

La norma examinada discrimina, sin razón valedera y justificada, no permitiendo el acceso por igual e inmediato de toda la información que debería integrar las condiciones económicas de los pliegos, ya que con el aplazamiento de la divulgación del valor base, se quebranta la igualdad de estar en idénticas condiciones y gozar de las mismas oportunidades de conocer las condiciones mínimas económicas para todos los interesados - ciudadanos encargados del control social y posibles oferentes -, es decir recibir un trato igualitario (art. 13 C.P.).

(...) En el presente caso, también se ha violentado la debida igualdad entre los interesados a presentarse en la licitación para explotar los servicios de PCS, por el hecho de haberse facultado la propia administración, de tan solo revelar y por tanto permitir que se conozca el valor mínimo de la subasta solo cuando ya existan proponentes. Por ello, resulta también violatorio el Decreto acusado del artículo 13 de la Constitución Política que consagra el derecho a la igualdad y prescribe expresamente los tratos discriminatorios por parte de las autoridades.

Estableció la Ley 555 de 2000, en su artículo 5°, que el Gobierno Nacional reglamentaría el procedimiento de subasta y que dentro de la licitación y concesión del servicio de PCS se deberían observar los principios de igualdad, acceso democrático y trato no discriminatorio. Sin embargo, el decreto enjuiciado excluyó dentro de su texto tales principios y aún más, los quebrantó.

La igualdad y el trato no discriminatorio para el caso en comento, implican no avalar la

diversidad de trato en la oportunidad para conocer sin dilaciones injustificadas y por parte de todos -comunidad en general, interesados y seguros proponentes-, la condición económica esencial del valor de base de la licitación.

No obstante los imperativos requerimientos de la Ley 555 de 2000 sobre el tema de la publicidad de la licitación, el párrafo del artículo mencionado dispuso de manera contraria a la norma superior, que este valor tan solo será fijado por el Ministerio durante el curso de la primera ronda de las subastas, quiere ello decir, luego de producirse la venta de los pliegos de condiciones y la respectiva calificación de proponentes."

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Pese a que en el capítulo IV de la demanda como pretensión se solicita "que se declare la nulidad del Decreto 575 de 2002, expedido por el Gobierno Nacional"(fl. 27), por el cual se reglamentó la prestación de los servicios de Comunicación Personal -PCS-, la demanda sólo se admitirá en lo que corresponde a la ilegalidad que se endilga al inciso primero del artículo 44 y al párrafo del artículo 49 de dicho decreto, porque a ellos se contrae la petición de nulidad en la primera parte de la demanda así como los fundamentos de derecho (normas violadas y concepto de la violación).

2. Sostiene el demandante que el inciso primero del art. 44 y el párrafo del art. 49 del decreto número 575 de 2002, infringen flagrante y ostensiblemente los artículos 9, numerales 2 y 3; 5, inciso 5 del art. 5 de la ley 555 de 2000 y los artículos 13, 74 y 209 de la Carta Política, así como también el art. 19 del c.c.a.

Para el actor el inciso primero del art. 44 del acto acusado, dejó por fuera la parte del num. 3 del art. 9 de la ley 555 de 2000 que dice: "El cumplimiento de dichas condiciones no otorgará derecho diferente al de poder presentar ofertas económicas."

Además, el Gobierno determinó discrecionalmente fijar el valor mínimo o base para participar en la licitación durante el curso de la primera ronda de las subastas (párrafo art. 49), lo cual contraría la ley, ya que ésta dispuso que fuera en los pliegos en los que se concretaran las condiciones económicas de la licitación. (art. 9 num 3 ley 555 de 2000).

De otra parte, estima, que las normas acusadas quebrantan el derecho a la igualdad y al trato no discriminatorio, principios que consagran los artículos 13 de la Constitución y 5 de la ley 555 de 2000, en tanto no permiten "el acceso por igual e inmediato de toda (sic) la información que debería integrar las condiciones económicas de los pliegos, ya que con el aplazamiento de la divulgación del valor base, se quebranta la igualdad de estar en idénticas condiciones y gozar de las mismas oportunidades de conocer las condiciones mínimas económicas para todos los interesados".

Afirma también que el párrafo del art. 49 del decreto No. 575 de 2002, estableció "una particular forma de reserva," al no difundir a tiempo lo que por ley "debía haber difundido", con lo cual se está en clara contravía de los artículos 74 Constitucional y 19 del c.c.a.

3. La Sala encuentra que no es procedente la suspensión provisional solicitada, como quiera que no advierte que las normas acusadas infrinjan abiertamente las normas superiores que se dicen contrariadas, como pasa a verse.

3.1 La ley 555 de 2000, por la cual se regula la prestación de los servicios de comunicación

personal PCS, en la parte referente a los principios generales de la contratación (art. 5º), facultó al gobierno nacional para reglamentar "el procedimiento de subasta buscando maximizar los ingresos económicos que pueda obtener la nación". De igual manera, en el numeral 6 del art. 9º, previó que el Ministerio de Comunicaciones fijaría el valor mínimo para cada una de las concesiones.

Quiso el legislador que la adjudicación de las concesiones para la prestación de los servicios PCS se realizara por el procedimiento de subasta pública y así se consignó en el inciso tercero del art. 5 de la ley 555, como un mecanismo que garantizaría "la mayor eficiencia para la nación y los concesionarios en términos económicos, de igualdad y transparencia", ya que la misma, comparativamente con el sistema de oferta en sobre cerrado, tenía un mayor grado de razonabilidad en cuanto llevaba a fijar un valor de la contraprestación que correspondiera al mercado, de forma tal que se obtuvieran los recursos mayores para la Nación.

En principio no puede afirmarse que el párrafo del art. 49 del decreto 575 de 2002 contraría abiertamente la ley, al establecer que el valor mínimo para la adjudicación de las concesiones lo fijará el Ministerio de Comunicaciones durante el curso de la primera ronda de las subastas, como quiera que está en consonancia con el procedimiento de las subastas toda vez que es en ella misma donde se fija la base del precio, para obtener las mejores ofertas.

Si bien es cierto en el numeral 3 del art. 9º la ley señaló que corresponde al Ministerio de Comunicaciones elaborar los pliegos en los cuales debe establecer las condiciones mínimas jurídicas, administrativas, técnicas y económicas, que obligatoriamente deben cumplir cada uno de los proponentes para poder participar en el procedimiento de subasta, de allí no se desprende que en los mismos tuviera que dar a conocer el valor mínimo de las concesiones, por cuanto como lo expresa esa misma disposición, "el cumplimiento de dichas condiciones no otorgará derecho diferente al de poder presentar ofertas económicas".

Se anota que el hecho de que la norma acusada no haya incluido esta última consecuencia no significa que vulnere la norma legal reglamentada, como lo sostiene el demandante, toda vez que la finalidad de la potestad reglamentaria es "la cumplida ejecución de la ley" (art. 189 numeral 10 de la Carta Política). De ahí que el reglamento no tenga que ser una copia de la ley.

Por lo demás, el derecho de los proponentes a presentar ofertas económicas subsiste con fundamento en la ley, así el decreto reglamentario no lo diga. No existe, por tanto, ilegalidad por omisión en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Repárese como el art. 9 de la ley 555 de 2000 al señalar las reglas del procedimiento de contratación, distingue claramente en el punto 3 los pliegos de condiciones del valor mínimo de cada una de las concesiones (punto 6), sin que haya establecido que éste debe estar contenido en los pliegos ni el momento en el cual debe darse a conocer ese valor mínimo.

3.2 Tampoco se evidencia contradicción alguna con los artículos 74 de la Carta y 19 del c.c.a, normas que consagran el derecho de acceso a los documentos públicos, siempre que no tengan carácter reservado de acuerdo con la ley. Resulta extraño que se pretenda invocar estas disposiciones en el presente caso, cuando la norma acusada simplemente se limitó a señalar el momento en el cual dentro del procedimiento de subasta se daría a conocer el valor mínimo de las concesiones, con miras a obtener unos mayores ingresos económicos para la Nación. No se trata, por tanto, de que la norma reglamentaria hubiese establecido una reserva documental no prevista en la ley, porque se insiste, la norma reglamentada no dijo en que momento debía

hacerse.

3.3 El derecho a la igualdad en los contratos estatales se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, el cual garantiza la facultad de participar en el proceso licitatorio a todos los proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración. En este orden de ideas, si todos los interesados en la licitación de los servicios de comunicación personal PCS se rigen por las mismas condiciones consignadas en los pliegos y conocerán el valor mínimo de las concesiones en la misma oportunidad señalada en la norma acusada, mal podría afirmarse que ésta desconoce "la igualdad de estar en idénticas condiciones", en los términos del art. 13 de la Constitución Política y 5 y 9-2 de la ley 555 de 2000.

En síntesis, considera la sala que la circunstancia de que el Gobierno a través del Ministerio de Comunicaciones dé a conocer el valor mínimo de la concesión una vez se inicie la subasta, no vulnera en forma manifiesta la ley que regula la prestación de los servicios de comunicación personal PCS, ni los artículos 13 y 74 de la Constitución Política.

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

RESUELVE

1. ADMÍTESE la demanda de nulidad presentada por el ciudadano HERNANDO HERRERA MERCADO en contra del inciso 1º del artículo 44 y 40 del decreto No. 575 de 1 de abril de 2002.
2. Niégase la solicitud de suspensión provisional del inciso primero y del párrafo de los artículos 44 y 49, respectivamente, del decreto 575 de 2002.
3. Fíjese en lista por el término legal.
4. Notifíquese personalmente al Ministerio de Comunicaciones y al agente del Ministerio Público.
5. Por tratarse de una acción pública, reconócese personería al demandante para actuar a nombre propio.

CÓPIESE y NOTIFÍQUESE

JESUS MARIA CARRILLO B. RICARDO HOYOS DUQUE

Presidente Sección

MARIA ELENA GIRALDO G. ALIER E. HERNÁNDEZ ENRIQUEZ

GERMAN RODRIGUEZ V.



Última actualización: 5 de diciembre de 2023 - (Diario Oficial No. 52.582 - 17 de noviembre de 2023)



MINTIC