



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN

Doce (12) de marzo de dos mil trece (2013)

REFERENCIA:

EXPEDIENTE No. 05001-33-33-016-2012-00466-00

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD

DEMANDANTE: ANDRES FELIPE URIBE CORRALES

DEMANDADO: MUNICIPIO DE MEDELLÍN

AUTO INTERLOCUTORIO No. 056

ASUNTO: AUTO QUE RESUELVE SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL.

El señor ANDRES FELIPE URIBE CORRALES, actuando en nombre propio, en ejercicio del medio de control de nulidad, consagrado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, acude a la jurisdicción contenciosos administrativo, pretendiendo la declaratoria de nulidad de la **Resolución 10744 del 27 de septiembre de 2012, por medio de la cual se realiza la actualización del Banco de Oferentes y Proponentes para la prestación del servicio educativo y se invita a las personas naturales y jurídicas de derecho público o privado de reconocida trayectoria e idoneidad en la prestación del servicio educativo que estén interesados en inscribirse para conformar el Banco de Oferentes Proponentes.**

Con la presentación de la demanda, de conformidad con lo previsto por el **artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo**, la parte actora solicita se decrete como medida cautelar, la suspensión del acto administrativo atacado.

Por lo anterior, el Despacho mediante auto del 12 de diciembre de 2012, dio traslado de la solicitud, a la entidad demandada por el término de cinco (05) días, auto que fue debidamente notificado el día 21 de febrero de 2013. Término dentro del cual el municipio de Medellín, emitió pronunciamiento tal y como consta de folios 70 a 77 del cuaderno de medidas.

Surtido el trámite correspondiente, y atendiendo a lo dispuesto por el **inciso tercero del artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo**, dentro del término oportuno, procede el Despacho a resolver la medida solicitada.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL

1. La parte demandante, en la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo, realiza un cuadro comparativo, entre las regulaciones contenidas en la Resolución 10744 del 27 de septiembre de 2012 y la norma superior que considera se desconoce, además, sienta su punto de vista sobre la conveniencia de decretar la medida deprecada:

“ ...

Disposición traída por la Resolución 10744 del 27 de Septiembre de 2012 de la Secretaría de Educación y sus formatos	Norma Superior que desconoce	Observación y concepto de la violación
Presentación de ofertas para prestar el servicio público en plantas físicas oficiales	Decreto 2355 de 2009, artículos 4, 8, 10, 12 y 15.	<p>El Decreto consagró las modalidades de contratación para atender la prestación del servicio educativo. En la modalidad denominada “prestación del servicio educativo” no se contempla la posibilidad de aportar infraestructura educativa.</p> <p>En esa particular modalidad, se debe realizar Banco de Oferentes.</p> <p>En este caso, se pretende incluir por Banco de Oferentes, propuesta para realizar contratos en 13 plantas físicas oficiales, que se entregarían para que el particular preste el servicio público, enmarcándose esto, en los elementos esenciales de la modalidad denominada “Concesión del servicio educativo”.</p>
La Resolución 10744 de 2012, no incluyó las conclusiones de la insuficiencia de los establecimientos educativos del ente territorial certificado, en especial, de la existente en las 13 plantas físicas oficiales	Decreto 2355 de 2009, artículo 15	<p>Actualmente están en ejecución contratos de concesión, los cuales llegarán a su vencimiento en el mes de Diciembre. Si la Secretaría de Educación, requería dar continuidad a la atención de tales estudiantes, que ascienden a casi 15.000, debió tomar las medidas de planeación para adelantar un nuevo trámite de licitación, si es que se mantiene las razones que demuestren insuficiencia para atender directamente dichas instituciones oficiales.</p> <p>Si desaparecen las causas que generan insuficiencia y ya no se requiere atender por contratación esta población, la consecuencia es que no se pueda iniciar un trámite contractual en estas plantas.</p> <p>Pero si se mantienen la insuficiencia, por decidirse que la solución es aportar la infraestructura física para que un particular preste el servicio, lo que se configura es la necesidad de una nueva licitación de concesión y no una simulación de que se va a adjudicar un contrato de prestación de servicio educativo, pues se desconoce el artículo 16 del Decreto 2355 de 2009</p>
La Resolución 10744 de 2012, no permite en la realidad hacer oposición o contradicción a los resultados de la evaluación porque señaló como plazo para presentar	Decreto 2355 de 2009, artículo 16.	<p>En la práctica se negó la oportunidad de controvertir, negando de paso el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 28 de la constitución Política, pues éste se establece para todo tipo de actuación administrativa y judicial.</p> <p>La razón es que si las observaciones se tienen</p>

<p>observaciones a los resultados de evaluación del 05 al 07 de octubre, el cual es anterior al término de evaluación</p>		<p>que presentar en unas fechas en que no ha aparecido el resultado de la evaluación, es algo imposible de cumplirse.</p> <p>Además, la Secretaría de Educación, no permitió período para hacer observaciones a los términos, luego no hay posibilidad de solicitar esta corrección.</p>
<p>Al incluir la posibilidad de las 13 plantas físicas oficiales, se atribuye una competencia que se tiene por medio del Banco de Oferentes</p>	<p>Artículo 6 de la Constitución Nacional.</p>	<p>Los servidores públicos solo pueden realizar y son responsables por lo que expresamente les dictamine el ordenamiento jurídico. El decreto 2355 de 2009, fue claro en establecer en que modalidad se puede aportar infraestructura física. En la modalidad de "prestación del servicio educativo" no existe tal prerrogativa, luego no puede extenderse la competencia y abarcar esta atribución.</p>
<p>En los formatos de dicha Resolución, se eludió realizar una licitación para adjudicar la prestación del servicio en plantas físicas oficiales</p>	<p>Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007</p>	<p>Si se requiere entregar infraestructuras físicas, se configura la necesidad de una concesión y la única vía legal es la de la licitación pública.</p>
<p>En los formatos se dispone que la evaluación de las ofertas se hará bajo la asignación de puntaje a la experiencia de la oferta</p>	<p>Ley 1150 de 2007 y Decreto 734 de 2012</p>	<p>Claramente está prohibido seleccionar alguna oferta en consideración a elementos de la capacidad jurídica, como la experiencia.</p> <p>Aunque se trate de un procedimiento administrativo previo a posibles contrataciones directas, esta modalidad no escapa a la órbita de los principios generales de la contratación estatal, y no puede desconocerse el principio de no dar puntaje a estos aspectos.</p> <p>Solamente las propuestas que queden evaluadas y clasificadas en el Banco de Oferentes podrán ser contratistas, luego, si existe una relación entre la forma de comparar las propuestas y los resultados, y el examen al que se está sometiendo está asignando un puntaje a algo que está proscrito en nuestro ordenamiento</p>
<p>Se incluyó a partir de esta Resolución la implementación de un nuevo procedimiento al que se denominó Banco de Proponentes</p>	<p>Ley 962 de 2005 y Decreto Ley 19 de 2012</p>	<p>Las normas que regulan la contratación de la prestación del servicio educativo no contemplan la posibilidad de incluir una modalidad de un Banco de Oferentes para prestación de servicio educativo para población adulta o en extraedad.</p> <p>Si se requiere atender este tipo de población, se debe seguir los lineamientos generales de la contratación directa, pero no se puede poner un requisito adicional, el cual en primer lugar es de reserva legal, puesto que los requisitos para ser contratistas no los crea un Municipio y tampoco puede adoptarse un procedimiento en desconocimiento de las normas aquí señaladas</p>

Ahora bien, evidenciándose prima facie, los vicios que presenta el acto administrativo que se acusa, la suspensión provisional solicito sea adoptada, además porque entre otras razones, establece menos riesgos para la continuidad del servicio público educativo, para la moralidad pública y para evitar perjuicios mayores que se derivarían de la celebración indebida de los contratos que se llegaren a suscribir si se permite la continuidad, mientras se examina la legalidad de la misma.

- Continuidad de la prestación del servicio público educativo. Mientras se discute la legalidad de manera definitiva de esta resolución, si se suspende este acto, no ocurriría ningún traumatismo en la atención de la comunidad educativa beneficiaria de la población, porque en el caso de los que son atendidos por la modalidad de la prestación del servicio educativo, el Municipio conserva la

vigencia del banco de oferentes actualmente existente, el cual no se vence, y por lo tanto, podría sin limitante alguna, suscribir los contratos que se requieran dando continuidad a todos los estudiantes que actualmente estén en el sistema.

Si se trata de los que están atendidos en las plantas físicas entregadas en concesión, la falta de planeación de haber adelantado una licitación tal como se debió prever, no puede trasladarse a la comunidad educativa beneficiaria. Por ser contratos suscritos a 4 años, la Ley 80 de 1993, contempla la posibilidad de la adición y ampliación hasta por el 50% de su valor inicial, lo que permitiría salvar la situación, sin perjuicio de las sanciones por la falta de planeación del ente administrativo.

- *Moralidad pública.* La suscripción de nuevos contratos de modalidad de prestación de servicio educativo por el año lectivo 2013 y la adición de las actuales concesiones, son legalmente posibles. En cambio, la celebración de contratos de prestación en la modalidad de prestación del servicio educativo aportando infraestructura física, contraviene el procedimiento de selección, desconoce las figuras contractuales y devendría en una celebración indebida de contratos, con las consecuencias nefastas de tal situación, de orden administrativo, disciplinario y penal.

Así las cosas, con la suspensión no se generaría ningún inconveniente para seguir garantizando la prestación del servicio público educativo, no se dejaría de atender este servicio, ni se expondrían a violaciones de tal derecho fundamental, además se daría la posibilidad de corregir los yerros, que asoman de bulto.”

2. El municipio de Medellín, dentro del término de traslado, se pronuncia sobre la medida de suspensión provisional, estableciendo los alcances de la misma y considerando que:

“...No procede la medida cautelar, debido a que no cumple con los requisitos que se consagran en las normas legales, al respecto el artículo...231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo preceptúa: “Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocada en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superior e invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud...”

[...]

“...De la norma transcrita se deduce que cuando se trate de acción de nulidad, para que proceda la suspensión provisional, es indispensable que la violación legal alegada se encuentre demostrada dentro del proceso, es decir con la simple comparación de las normas se encuentre demostrada esta vulneración. Sin sujeción a cuestiones de hecho susceptible de prueba y contra prueba, ni análisis jurídico de fondo, porque cuando la vulneración se demuestre no con la presentación de la demanda, sino posteriormente, podrá ser solicitada y decretada, tal como lo expresa el artículo 232 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Como ocurre en el presente caso, en el que se requiere un análisis jurídico de fondo, para determinar si la Resolución 10744 del 7 de septiembre de 2012 de la Secretaría de Educación, se está transgrediendo la norma superior invocada en la demanda o no. Debido a que no se encuentra demostrada tal vulneración y por tanto no se puede solicitar la suspensión provisional....

[...]

...Señala el demandante que al conformarse en los formatos anexos a la Resolución 10744 del 27 de septiembre de 2012, la presentación de ofertas para prestar el servicio público en 13 plantas físicas oficiales, se están vulnerando los artículos 4, 8, 10, 12 y 14 del Decreto 2355 de 2009. Al respecto es importante precisar que esto es una apreciación subjetiva del demandante...

[...]

“...Con la conformación del banco de oferentes, no se está celebrando ningún contrato bajo ninguna modalidad, únicamente lo que se pretende es tener una base de datos que le permitan a la administración, conocer que personas pueden, es decir, tienen la capacidad jurídica, financiera y la experiencia, para prestar el servicio, e acuerdo con los

requerimientos del Municipio y adicionalmente quisiera en algún evento participar de cualquiera de las modalidades de la contratación existente en las normas jurídicas.

Por lo tanto, no puede operar la suspensión provisional cuando se trata de una interpretación de unas normas jurídicas, que serán materia de debate dentro del proceso judicial, y no materia que se resuelva en la suspensión provisional...”

“... Como claramente se deduce de la redacción del artículo, se presentó un error al colocar el mes de octubre, para admitir observaciones, es decir, de la simple factura se infiere que el siguiente pasó después de la publicación del listado provisional es la de formular observaciones, y si el listado se publicaría el 2 de noviembre, las observaciones se deberían realizar durante el 5 al 7 de noviembre y no del 5 al 7 de octubre como se expresó en la Resolución...”

“...En este caso, el Juez para decidir sobre la medida de suspensión provisional deberá tener en cuenta el derecho fundamental a la educación consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política...”

CONSIDERACIONES

1. Como se ha señalado en varias oportunidades, con fundamento en la ley y en la jurisprudencia, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, **es una excepción a la presunción de legalidad que ampara las decisiones de la administración**, en los eventos de infringir en forma manifiesta, las normas superiores en que deben fundarse.

La suspensión provisional constituye entonces, una medida preventiva en virtud de la cual, pueden suspenderse transitoriamente los efectos de un acto de la administración.

El artículo 238 de la Carta Política, establece que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo “...podrá suspender provisionalmente por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.”

2. De conformidad con el **numeral 3° del artículo 230 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo**, el Juez podrá decretar medidas de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, y el **artículo 231 ibídem**, al establecer los requisitos para decretar las medidas cautelares y particular, en lo que tiene que ver con la suspensión provisional de los actos administrativos establece:

“Art.231.- Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos, procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos...”

3. Como se trata de una medida cautelar, de naturaleza excepcional mientras se resuelve de manera definitiva sobre la nulidad del acto cuestionado, su finalidad consiste en evitar transitoriamente su aplicación, **y no puede confundirse con los efectos de la sentencia definitiva, no obstante la solicitud de suspensión procede por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en el escrito de la solicitud de la medida.**

Es claro para el Despacho, que para la procedencia de la suspensión provisional, en el presente medio de control, se debe confrontar el acto con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

En el caso sub examine, se tiene que al remitirnos al acápite de normas violadas y concepto de violación de la demanda, en términos generales, el demandante considera que la Resolución 10744 de 2012 viola flagrantemente los preceptos establecidos por el Decreto 2355 de 2009, no obstante en este punto, se deberá tener en cuenta, por encima de la violación manifiesta a la norma aplicable, los derechos constitucionales que se verían afectados de llegarse a decretar la medida de suspensión.

Es por ello, que el primer análisis que se debe hacer al respecto, es si al decretar la medida, ello conllevaría a la violación del artículo 44 de la Constitución Política, el cual prevé: “**ARTICULO 44.** Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, **la educación** y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.” (Negrillas del Despacho).

Para determinar si con el decreto de la medida se violaría el precepto constitucional citado, se debe mirar la finalidad intrínseca que llevó a la Secretaría de Educación del municipio de Medellín, a expedir la Resolución 108744 del 2012, y se observa que dicha finalidad, no es otra que la efectiva prestación del servicio educativo a los menores del municipio. Se considera entonces, que si la medida llegare a ser decretada, y la prestación del servicio educativo del municipio resulta ser insuficiente para la totalidad de estudiantes, el municipio estaría en la imposibilidad jurídica de

contratar la prestación del servicio educativo y por consiguiente, se estaría violando el artículo 44 superior.

Ahora bien, de acuerdo a lo sugerido por la parte demandante, en el escrito de medida, en donde manifiesta que para la continuidad de la prestación del servicio educativo, mientras se discute la legalidad de manera definitiva de la Resolución demandada, se proceda decretar la medida y en caso de insuficiencia en la prestación del servicio educativo, se utilice el banco de oferentes vigente, estima el Despacho, que no es posible entrar a decretar la medida bajo dicho parámetro, porque en el expediente no se encuentra acreditada la existencia del banco de oferentes que se menciona, la idoneidad del mismo, ni su vigencia.

Así las cosas, de conformidad con lo previsto por el **artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo**, ponderando intereses, se llega a la conclusión de que en el presente asunto resultaría más gravoso acceder a decretar la medida de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo cuestionado en su legalidad, por lo que la solicitud de la misma no se ajusta al numeral 3° de la norma en mención.

Siendo consecuentes con lo anterior, se denegará la solicitud de suspensión provisional.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN**,

RESUELVE

1. DENEGAR la suspensión provisional solicitada, por las razones expuestas en la motivación precedente.
2. De conformidad con lo previsto por el **artículo 65 del Código de Procedimiento Civil**, se reconoce personería a la abogada CLAUDIA MARIA JARAMILLO MUÑOZ, en calidad de apoderada del municipio de Medellín, y en los términos del poder conferido (folio 78).

NOTIFÍQUESE

RODRIGO VERGARA CORTÉS.

Juez

JUZGADO DIECISÉISADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN
NOTIFICACION POR ESTADO

En la fecha se notificó por estado el auto anterior.

MEDELLÍN, _____ FIJADO A LAS 8 A.M.

MAURICIO FRANCO VERGARA
Secretario