

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Acto de adjudicación del contrato. Caducidad / ACTO DE ADJUDICACION DEL CONTRATO - Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Caducidad / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Acto precontractual. Caducidad

Es de anotar que se trata de la acción pertinente, por cuanto así lo consagra el párrafo 1 del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 –vigente desde el 1 de enero de 1994-, el cual además dispone en su párrafo segundo que no es necesario demandar el contrato que origina los actos administrativos de la actividad contractual. Para determinar si la acción de nulidad y restablecimiento del derecho fue incoada en tiempo, se impone precisar que para la época en la cual se adelantó el procedimiento administrativo de selección y se presentó la demanda, la norma que regulaba el término de caducidad de las acciones era la contenida en el artículo 136 del Decreto 01 de 1984, en la forma en la cual fue modificado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989. Como fácilmente se puede advertir, la norma previó como plazo para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., el de cuatro (4) meses contados a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto administrativo, según el caso, término que posteriormente se redujo a treinta (30) días en cuanto no se hubiere celebrado el respectivo contrato, al expedirse la Ley 446 de 1998, norma que en su artículo 32 introdujo modificaciones al artículo 87 del C.C.A. A pesar de que en el expediente no obra prueba alguna que dé cuenta de la fecha en la cual se efectuó la comunicación a la demandante, respecto de la adjudicación del contrato, precisa la Sala que la demanda se presentó en término, toda vez que para ese momento -26 de abril de 1994-, no habían transcurrido los cuatro meses establecidos en el artículo 136 del C.C.A., si se cuentan a partir de la fecha de expedición del acto de adjudicación -30 de diciembre de 1993- y, mucho menos, a partir del momento en el cual el proponente vencido conoció la decisión, por tanto, se concluye que en el caso concreto no había operado la caducidad.

FUENTE FORMAL: DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 136 / DECRETO 2304 DE 1989 - ARTICULO 23 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULOS 85 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULOS 87 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 32

NOTA DE RELATORIA: Término para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho del acto de adjudicación de un contrato, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de abril 26 de 2006, exp. 16041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

DICTAMEN PERICIAL - Objeción por error grave / PRUEBA PERICIAL - Error grave

Ahora bien, no advierte la Sala la existencia de errores graves en la experticia rendida por los peritos, por cuanto no se demuestra “una falla de entidad en el trabajo de los expertos”, por cuanto el error grave de una experticia es “el hecho de tomar como objeto de observación estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den u falsas las conclusiones que de ellos se deriven”. Preciado así el contenido y el alcance del error grave, se encuentra que en el dictamen rendido por los peritos no se muestra la existencia del error grave, por cuanto la materia sobre la cual éste versó corresponde al objeto del proceso, sus conceptos y conclusiones se encuentran soportados en pruebas obrantes en el expediente del cual hacen parte los

documentos aportados con la demanda y los documentos solicitados directamente a la entidad pública demandada, por lo cual el dictamen cumple con los requisitos previstos en el numeral 6 del artículo 237 del CPC.; ahora bien, un asunto diferente constituye el hecho de compartir o no las conclusiones a las cuales llegaron los peritos, tema sobre el cual se pronunciará la Sala en la valoración de la prueba.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 237 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 238

NOTA DE RELATORIA: Significado de error grave en dictamen pericial, Corte Constitucional, sentencia C-830 de octubre 8 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería y, del Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de mayo 5 de 1973, exp. 1270, C.P. Carlos Portocarrero Mutis, de Sala Plena, sentencia de mayo 17 de 2007, Radicado 05001-23-31-000-2000-03341-01(AG), C.P. Ruth Stella Correa Palacio; de la Sección Tercera, sentencia del 15 de abril de 2010, exp. 18014, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

DOCUMENTO - Original. Copia / DOCUMENTO - Valor probatorio / DOCUMENTO - Documento público. Documento privado / DOCUMENTO - Documento auténtico / COPIA SIMPLE - Aportada por la entidad pública. Valor probatorio

De acuerdo con el artículo 253 del C. de P. C., los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 del C. de P. C., regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original en los siguientes eventos: i) Cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada; ii) Cuando sean autenticados por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y iii) Cuando sean compulsados del original o de la copia auténtica. A lo anterior se agrega que el documento público, es decir aquel que es expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención, se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez, salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 del C. de P.C. De otro lado, si el documento aportado es de naturaleza privada, al tenor de lo dispuesto en el aludido artículo 252 del C. de P. C., éste se reputará auténtico en los siguientes casos: i) Cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; ii) Cuando hubiere sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; iii) Cuando se encuentre reconocido implícitamente por la parte que lo aportó al proceso, en original o copia, evento en el cual no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad; iv) Cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y v) Cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso. Ahora bien, respecto de aquellos documentos aportados en copia simple al proceso por la entidad pública demandada, por solicitud del Tribunal Administrativo a quo, se puede afirmar que, en principio, estas copias carecerían de valor probatorio, no obstante, la Sala encuentra en tanto fueren decretadas como pruebas por el Tribunal Administrativo a quo y aportadas directamente por la misma entidad pública que las profirió, hay lugar a concluir que en realidad deben tenerse como

copias auténticas, comoquiera que, necesariamente, en esa entidad reposa el respectivo original. De otro lado, resulta importante anotar que aquellos documentos que no se encuentren firmados ni hayan sido manuscritos por la parte a quien se oponen, sólo tendrán valor probatorio en tanto fueren aceptados expresamente por ella o por sus causahabientes, de conformidad con los dictados del artículo 269 del C.de P.C.; adicionalmente, el artículo 252 del mismo estatuto prescribe que se presume auténtico un documento en tanto exista certeza respecto de la persona que lo ha elaborado, lo ha manuscrito o lo ha firmado.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 168 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 251 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 253 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 269

NOTA DE RELATORIA: Valor probatorio de las copias, Corte Constitucional, sentencia C-023 de febrero 11 de 1998; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de abril 18 de 2010, exp. 18168, C.P. Mauricio Fajardo Gómez

CONTRATACION DIRECTA - Decreto ley 222 de 1983 / DECRETO LEY 222 DE 1983 - Contratación directa / CONTRATACION DIRECTA - Adquisición de bienes para la defensa nacional - CONTRATACION DIRECTA - Perfeccionamiento del contrato / CONTRATACION DIRECTA - Adjudicación del contrato / CONTRATACION DIRECTA - Procedimiento administrativo de selección

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1 del Decreto-ley 222 de 1983, el Ministerio de Defensa se hallaba sujeto a las normas de contratación pública contenidas en este estatuto. Dicho estatuto de contratación consagró el procedimiento administrativo de la licitación pública como regla general para la selección de los contratistas y contempló algunas excepciones en las cuales se podía efectuar dicha selección a través de la licitación privada o de la contratación directa. Una de las excepciones al procedimiento administrativo de la licitación pública, consagradas en el Decreto-ley 222 de 1983, la constituía la contratación cuyo objeto consistía en la adquisición de bienes destinados a la defensa nacional, cuando por sus características fueran de naturaleza reservada. El Decreto 695 de 1983 describió los elementos que hacían parte del material de guerra o reservado y el Decreto 2252 de 1991 adicionó algunos bienes y, además, dispuso que los contratos requeridos para la adquisición de tales bienes se celebrarían y perfeccionarían de conformidad con lo previsto en el artículo 259 del Decreto-ley 222 de 1983. Dispuso el Decreto-ley en el mencionado artículo 259 que los contratos que se celebraran para la adquisición de material de guerra o reservado no requerían de licitación pública o privada y, además, que se perfeccionarían con el registro presupuestal y con la constitución de las garantías a las cuales hubiere lugar. También hizo referencia el mencionado Decreto-ley a la autoridad competente para adjudicar los contratos, la cual, de conformidad con lo prescrito por el artículo 34, correspondía al jefe del organismo. El Decreto-ley 222 de 1983 no determinó la forma en la cual debía adelantarse el procedimiento administrativo de selección de contratistas cuando ésta se hiciera bajo la modalidad de contratación directa y se limitó a consagrar los eventos en los cuales se podía prescindir de la licitación o concurso.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 1 / DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 29 / DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 32 / DECRETO LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 43 NUMERAL 18 / DECRETO

LEY 222 DE 1983 - ARTICULO 259; DECRETO 695 DE 1983 - ARTICULO 1 /
DECRETO 2252 DE 1991 - ARTICULO 1 / DECRETO 2252 DE 1991 - ARTICULO
2

CONTRATACION DIRECTA - Principios aplicables al procedimiento de selección. Reiteración jurisprudencial / CONTRATACION DIRECTA - Principios de la función administrativa / CONTRATACION DIRECTA - Principios constitucionales

Si bien el Decreto-ley 222 de 1983 no consagró el procedimiento que debían seguir las entidades públicas cuando fuesen a seleccionar a sus contratistas a través de la modalidad de contratación directa, desde tiempo atrás, ha sido aceptado por la Jurisprudencia de la Sala que la selección no se encuentra sujeta a la libre discrecionalidad o al arbitrio de la entidad, toda vez que en cumplimiento de los principios consagrados en el artículo 209 de la Carta Política ha de garantizar que el contrato sea celebrado con la persona idónea y mejor capacitada para lograr la satisfacción de las necesidades colectivas. Independientemente del procedimiento de selección del contratista que la ley ha establecido, según cada caso, existen muchos y variados principios de linaje constitucional y legal que informan la actividad contractual como función administrativa que es, los cuales, además, cumplen la función de incorporar en el ordenamiento positivo los valores éticos que deben orientar cada una de las actuaciones que adelantan las entidades del Estado. Con arreglo a los postulados del artículo 4 constitucional, a cuyo tenor 'la Constitución es norma de normas' y 'en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales', resulta claro que la Constitución como norma de jerarquía superior, así como los principios que de ella emanan, se proyecta sobre la totalidad del ordenamiento jurídico, incluidas en el tanto las leyes y los actos que se asimilan a ella, como también, todos los demás actos jurídicos, de tal suerte que no pueden concebirse sino con base en los principios constitucionales. La Carta Suprema en su artículo 209 ordena que el ejercicio de la función administrativa se encuentra sometido a los principios de igualdad, de moralidad, de eficacia, de economía, de celeridad, de imparcialidad y de publicidad, razón por la cual en la medida en que la contratación estatal puede identificarse como una actividad administrativa, necesariamente deben aplicársele estos mismos principios, sin perjuicio de muchos otros que también forman parte del texto constitucional y que revisten enorme importancia en relación con las actividades de las entidades del Estado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 209

NOTA DE RELATORIA: Principios aplicables al procedimiento de contratación directa, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de agosto 29 de 2007, exp. 15324, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

CONTRATACION DIRECTA - Principio de legalidad. Reiteración jurisprudencial / ACTIVIDAD CONTRACTUAL - Principio de legalidad. Reiteración jurisprudencial

Uno de tales principios, por ejemplo, es el de legalidad previsto en los artículos 6 y 121 de la Constitución Política, según el cual, todas las actuaciones que adelanten las autoridades del Estado deben estar previamente atribuidas por la Constitución Política y la ley; este principio fundamental en modo alguno podría considerarse ajeno a la actividad contractual del mismo Estado, puesto que sólo en la medida en que las actuaciones que adelanten las entidades públicas, durante las etapas

de selección de los contratistas o durante la ejecución de los contratos se ajusten rigurosamente al ordenamiento jurídico, se podrán tener por válidos los actos y contratos correspondientes.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 6 /
CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 121

NOTA DE RELATORIA: Principios aplicables al procedimiento de contratación directa, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de agosto 29 de 2007, exp. 15324, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

ACTIVIDAD CONTRACTUAL - Principio de transparencia. Reiteración jurisprudencial / ACTIVIDAD CONTRACTUAL - Principio de economía. Reiteración jurisprudencial / ACTIVIDAD CONTRACTUAL - Principio de responsabilidad. Reiteración jurisprudencial

Es posible identificar otros principios de orden legal que orientan la actividad contractual de la Entidades Estatales, como por ejemplo aquellos previstos expresamente por la Ley 80, como el de transparencia, el de economía y el de responsabilidad, los cuales no pueden concebirse como únicos o exclusivos, es decir, ellos no agotan la totalidad de los principios que deben tenerse en cuenta en el desarrollo de la actividad contractual de los entes públicos, por cuanto hay muchos otros como el de la buena fe, el de la libre concurrencia, el de selección objetiva, que son consustanciales a aquellos, en la medida en que dependen uno del otro.

NOTA DE RELATORIA: Principios aplicables al procedimiento de contratación directa, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de agosto 29 de 2007, exp. 15324, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

ACTIVIDAD CONTRACTUAL - Principio de selección objetiva. Reiteración jurisprudencial

La oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación como resultado de ponderar los factores o criterios de selección establecidos en los documentos de la licitación, concurso o contratación directa; en consecuencia, la escogencia de un ofrecimiento que no haya logrado la máxima puntuación, obedecería a criterios diferentes a los plasmados en los documentos que rigieron la selección, lo cual viciaría de nulidad tanto el acto de adjudicación como el contrato celebrado bajo estas condiciones, en razón de haberse desconocido el principio de selección objetiva. Este principio no puede concebirse como algo independiente de los principios de transparencia, publicidad, igualdad, imparcialidad y buena fe, que son de la esencia de la contratación estatal, en la medida en que, el principio de selección objetiva se sirve de aquellos para cumplir su finalidad. La selección objetiva del contratista, en el procedimiento de contratación directa, debe aplicarse con el mismo rigor y alcance que le son propios, sin que pueda confundirse la observancia de dicho principio con el solo hecho de haber exigido pluralidad de ofertas, pero dejando de lado el aspecto más importante, cual es el consistente en que, antes de adelantar el procedimiento administrativo de selección inspirado por los principios de transparencia y de selección objetiva, la entidad pública debe fijar las pautas, criterios y reglas que serán aplicables al momento de evaluar las ofertas y, con arreglo a ellas, elegir la más favorable.

NOTA DE RELATORIA: Principios aplicables al procedimiento de contratación directa, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de agosto 29 de 2007, exp. 15324, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

CONTRATACION DIRECTA - Evaluación de propuestas / CONTRATACION DIRECTA - Recomendaciones comité evaluador. Naturaleza

Con base en las evaluaciones efectuadas por los Comités, el Director de Intendencia del Ejército dirigió una comunicación al Comité de Adquisiciones de la entidad, en la cual le pidió que recomendara al Ministro adjudicar el contrato al proponente que obtuvo el primer lugar en la evaluación –la sociedad Compañía Industrial de Calzado Ltda.-; con base en esta comunicación el Comité de Adquisiciones, mediante acta No. 45 de octubre 21 de 1993, efectuó la recomendación al Ministro. Es de advertir que, contrario a lo afirmado por la parte actora, el acta No. 45 del 21 de octubre de 1993 no tenía el carácter de una adjudicación, por cuanto se trataba de una recomendación, de conformidad con las previsiones contempladas tanto en el Decreto-ley 222 de 1983 como en el procedimiento previsto en el mencionado oficio 023, dado que la adjudicación correspondía al Ministro de Defensa.

NOTA DE RELATORIA: Acta de recomendación del comité evaluador, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de junio 14 de 2001, exp. 13793, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

CONTRATACION DIRECTA - Autorregulación del procedimiento de selección / CONTRATACION DIRECTA - Invitación a contratar. Criterios de selección. Ponderación de criterios de selección / CONTRATACION DIRECTA - Sujeción a las reglas del procedimiento

Encuentra la Sala que el Ministerio de Defensa, además de que contaba con su propia norma aplicable a los procedimientos administrativos de selección de contratación directa que adelantaba la entidad –oficio MD-ASEC-023 de febrero 23 de 1993-, efectuó una invitación a contratar –solicitud de cotización 066 de 1993-, en la cual consagró las reglas aplicables al procedimiento, los criterios de selección y la ponderación de los mismos. Si bien la fase de negociación se consagró de manera general en el oficio No. 1567-MD-ASEC-023 del 23 de febrero de 1993, la solicitud de cotización 66 de 1993 no consagró disposición alguna en la cual mencionara la fase de negociación y los criterios aplicables a la misma y, si bien no se trataba propiamente de unos pliegos de condiciones, como dispuso la misma solicitud de cotización, las prescripciones contenidas en ésta se tornaban obligatorias para la entidad y para los participantes, toda vez que constituían el conjunto de reglas que disciplinaban el procedimiento administrativo de selección. Así pues, si el procedimiento incluía una fase de negociación, la entidad tenía la obligación de referirse a tal fase dentro de las reglas previstas en la solicitud de cotización 066 de 1993 y los proponentes tenían el derecho a conocer los criterios bajo los cuales serían seleccionados; luego, la fase de negociación adelantada en esta ocasión vulneró los principios de transparencia y de selección objetiva, así como los criterios y los procedimientos señalados en el oficio No. 1567-MD-ASEC-023 del 23 de febrero de 1993 y en la solicitud de cotización No. 66 de 1993, en tanto su ocurrencia y sus reglas no fueron establecidas y conocidas con antelación por los proponentes. Ahora, si bien es cierto que el Ministerio de Defensa se encontraba facultado para contratar directamente la adquisición de bienes reservados, el mismo Ministerio dispuso de un conjunto de especificaciones y de reglas a las cuales sujetó el procedimiento administrativo de selección, así pues, además de encontrarse obligado a adelantar

el procedimiento de conformidad con tales preceptos también estaba obligado a efectuar una selección objetiva, así como a dar cuenta del cumplimiento de los mismos en la motivación del acto de adjudicación, por cuanto, si bien se trata de un procedimiento administrativo de selección más flexible que el de la licitación pública, ello no es óbice para que se desconozcan las reglas y los principios aplicables a la contratación de las entidades públicas y las del procedimiento administrativo de selección de manera particular.

NOTA DE RELATORIA: Invitación a contratar, criterios de selección del contratista en la contratación directa, Consejo de Estado, sentencia de agosto 10 de 2000, exp 12294, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

ACTO DE ADJUDICACION DEL CONTRATO ESTATAL - Debe ser motivado

Observa la Sala que la Resolución de adjudicación no dio cuenta del procedimiento de selección adelantado por la entidad y se limitó a afirmar que aceptaba la recomendación de la Junta de Licitaciones contenida en el acta número 60 de diciembre de 1993, la cual, como antes se mencionó, tampoco contenía motivación alguna, así pues, como puede observarse, también la Resolución 14887 carece de motivación, toda vez que no expresó los motivos por los cuales la propuesta seleccionada resultaba ser la más conveniente para la entidad. Si bien el Ministro de Defensa podía aceptar o rechazar la recomendación de la Junta Técnica de Adquisiciones, se encontraba en la obligación legal de expresar las razones por las cuales se acogía o se rechazaba tal recomendación.

NOTA DE RELATORIA: Exigencia de motivación del acto de adjudicación, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 17 de 1993, exp. 7860, C.P. Julio César Uribe Acosta. Criterio auxiliar del informe del comité evaluador, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de junio 24 de 2004, exp. 15075, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

NULIDAD ACTO DE ADJUDICACION - Restablecimiento del derecho / NULIDAD ACTO DE ADJUDICACION Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Carga procesal. Acreditación del derecho. Prueba de que la propuesta era la mejor

La jurisprudencia de la Sala ha reiterado que en asuntos como el que es objeto de examen, en el cual el demandante pretende la nulidad del acto de adjudicación y, como consecuencia de esta declaratoria, el reconocimiento de la respectiva indemnización, por considerar que su propuesta era la mejor, le corresponderá, si quiere salir avante en sus pretensiones, cumplir una doble carga procesal, de una parte demostrar que el acto lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y, de otra, probar que efectivamente su propuesta era la mejor. A la luz de los lineamientos diseñados por la jurisprudencia de la Sala, correspondía a la parte actora, no solamente probar los cargos de ilegalidad formulados contra el acto administrativo acusado, sino que, adicionalmente, está en el deber de demostrar que su propuesta se ajustaba en un todo a los requisitos establecidos en el pliego de condiciones y que era la mejor en los aspectos técnicos y financieros, circunstancias que lo harían acreedor al derecho de ser el adjudicatario del contrato y por tanto a la indemnización.

NOTA DE RELATORIA: Carga procesal de probar que la propuesta del demandante era la mejor, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de enero 29 de 2009, exp. 13206, C.P. Miryam Guerrero de Escobar; de 4 de junio de 2008, exp. 14169, C.P. Miryam Guerrero de Escobar; de 4 de junio de 2008, exp.

17783, C.P. Miryam Guerrero de Escobar; de 26 de abril de 2006, exp. 16041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; de mayo 3 de 1999, exp 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández; de 13 de mayo de 1996, exp. 9474, C.P. Juan de Dios Montes Hernández; de septiembre 26 de 1996, exp. 9963, C.P., Jesús María Carrillo Ballesteros; de marzo 17 de 1995, exp. 8858, C.P. Carlos Betancur Jaramillo y de enero 30 de 1995, exp. 9724, C.P. Daniel Suárez Hernández.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D.C., marzo nueve (09) de dos mil once (2011)

Radicación número: 19001-23-26-000-1994-09804-01(15550)

Actor: SOCIEDAD COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO S.A.

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la Sociedad COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO S.A., contra la sentencia del siete (7) de mayo de 1998, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Tercera–, mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO. Deniéganse las súplicas de la demanda.

“SEGUNDO. Costas a cargo de la demandante.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El día 26 de abril de 1994, la Sociedad COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO S.A., en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, formuló demanda con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas (folios 2 al 34 del primer cuaderno):

"A.PRINCIPALES

"1. Que es nulo el acto administrativo contenido en la Resolución No.14.887 del 30 de diciembre de 1993 por medio de la cual se adjudicó a la firma MUST TRADING LTDA. la adquisición de 52.969 pares de botas de combate.

"2. Que a título de restablecimiento del derecho el Ministerio de Defensa deberá pagar todos y cada uno de los perjuicios ocasionados a la COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO LTDA., al habersele impedido celebrar el contrato de venta de 43.953 pares de botas de combate, para lo que había sido seleccionada por ser la mejor oferta, mediante los actos administrativos contenidos en los documentos denominados 'Ponencia ante la Honorable Junta Técnica de Adquisiciones y Licitaciones del Comando del Ejército para recomendar la adjudicación de la solicitud de cotización No.66/93'; 'Concepto de cotización 66' y acta No.45/93 de la Junta Técnica de Adquisiciones del Comando del Ejército.

"3. Los perjuicios serán los que se demuestren en el curso del proceso o los que se establezcan y fijen de acuerdo con los trámites establecidos en el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo, sumas de dinero que devengarán intereses y serán ajustadas conforme al artículo 178 del Código Contencioso Administrativo y canceladas dentro de los términos previstos en los artículos 176 y 177 ídem.

"B. SUBSIDIARIA

"Que se declare administrativamente responsable al Ministerio de Defensa Nacional por los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO LTDA., al habersele impedido celebrar el contrato para la venta de 43.953 pares de botas de combate tipo jungla, el cual fue adjudicado a esta firma según consta en el acto administrativo contenido en el acta No.45/93 de la Junta Técnica de Adquisiciones y Licitaciones del Comando del Ejército."

El demandante solicitó, como consecuencia de las anteriores declaraciones, por concepto de indemnización de perjuicios, la cantidad de DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$ 250.000.000)¹.

2. Los hechos.

En el escrito de demanda, la parte actora narró los siguientes hechos:

¹ Suma que para la fecha de presentación de la demanda, esto es el 26 de abril de 1994, resulta superior a la entonces legalmente exigida para tramitar el proceso en dos instancias: \$ 2'200.000.00 (Decreto 597 de 1988).

2.1. Que el Director de Adquisiciones del Ejército, con autorización del Ministerio de Defensa Nacional, por medio del oficio Nro. 87841 de agosto 31 de 1993, invitó a la Sociedad COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO LTDA., a presentar una cotización para la adquisición de botas de combate.

2.2. Que el Ministerio de Defensa, en el oficio Nro. 87841 de agosto 31 de 1993, consignó algunas instrucciones a seguir por parte de los proponentes; adjuntó al mencionado oficio el formato denominado "*solicitud de cotización Nro. 66 de 1993*"; también remitió el documento denominado "*compra-venta de bienes muebles diferentes a equipos de información y normas complementarias para la solicitud de cotización Nro. 66 de 1993*" y anexó un modelo de contrato.

2.3. Que la Sociedad COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO LTDA., a través de un oficio calendado el día 10 de septiembre de 1993, le presentó al Director de Adquisiciones del Comando del Ejército Nacional una propuesta para la venta de las botas de combate, de conformidad con los requisitos exigidos por éste.

2.4. Que la Dirección de Adquisiciones del Ejército envió al Batallón de Intendencia las muestras principales y alternativas de las botas ofrecidas por cada uno de los proponentes, con el fin de que practicara las pruebas de laboratorio necesarias para determinar la calidad de los bienes ofrecidos.

2.5. Que el Batallón de Intendencia consignó en el Concepto Técnico de Cotización Nro. 66 -punto 7- que de acuerdo con la evaluación realizada, los dos primeros lugares correspondían a las botas M11 y M12 ofrecidas por la sociedad COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO LTDA.

2.6. Que la Junta Técnica de Adquisiciones y Licitaciones del Comando del Ejército, el día 21 de octubre de 1993, "*adjudicó*" a la sociedad COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO LTDA., el contrato correspondiente a la compra de 43.953 pares de botas de combate tipo jungla, por un valor unitario de \$ 22.629, incluido el IVA.

2.7. Que la Dirección de Adquisiciones del Ejército envió a la Oficina Jurídica del Ministerio de Defensa Nacional la oferta y el proyecto de adjudicación, así como el expediente y el acta, elaborados por la Junta Técnica de Adjudicaciones y Licitaciones del Comando del Ejército.

2.8. Que la Secretaría General del Ministerio de Defensa Nacional, con desconocimiento de las instrucciones contenidas en el oficio Nro. 1567 de febrero 23 de 1993, solicitó a la Dirección de Adquisiciones del Ejército Nacional -el día 13 de diciembre de esa anualidad- las muestras de las botas ofrecidas, con inclusión de las presentadas por la firma intermediaria *Must Trading Ltda.*, cuya oferta había sido descartada por razones de calidad.

2.9. Que la firma *Must Trading Ltda.*, manifestó que representaba a la sociedad *Compañía de Productos Grulla S.A.*, “la cual se hallaba (...) tramitando un *concordato preventivo con sus acreedores*”; esta situación fue advertida por la sociedad COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO LTDA., y comunicada al Ministerio de Defensa Nacional por medio de un oficio fechado el día 28 de diciembre de 1993.

2.10. Que el Secretario General del Ministerio de Defensa Nacional, por medio del oficio Nro.12459 MDJJ-023 de diciembre 21 de 1993, citó al representante legal de la sociedad COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO LTDA., y le comunicó, en contradicción con el punto 2.3 del documento denominado “*compraventa de bienes muebles diferentes a equipos*”, que “*no le proporcionaría el anticipo allí previsto, a tiempo (sic) que le solicitó una reducción en los precios de la oferta.*”; también sostuvo la parte demandante que el Ministerio de Defensa Nacional le comunicó la decisión de no recibir la mercancía ofrecida mediante entregas parciales, lo cual modificaba las condiciones de la propuesta presentada.

2.11. Que la sociedad COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO LTDA., mediante comunicación calendada el 24 de diciembre de 1993, le informó al Secretario General del Ministerio de Defensa su aceptación de no recibir el valor del anticipo y la imposibilidad de reducir los precios de la oferta, toda vez que éstos habían sido fijados varios meses atrás.

2.12. Que el Secretario General del Ministerio de Defensa Nacional le remitió a la firma *Must Trading Ltda.*, la comunicación Nro. 12460 MDJJ-023, a través de la cual la invitó a participar en un “*Comité de Negociación*”.

2.13. Que de conformidad con el punto 2.5 de la Circular Nro. 1567 de febrero 23 de 1993, emanada del Ministerio de Defensa Nacional, por la cual se regía la

contratación directa que adelantaba este Ministerio, el Comité de Negociación contaba con competencia para efectuar negociaciones relativas a los precios de los bienes ofrecidos, pero carecía de la misma para negociar la calidad, razón por la cual *“resulta irregular llamar a la firma Must Trading Ltda., a negociar el concepto de calidad.”*

2.14. Que el 28 de diciembre de 1993, por disposición de la Secretaría General del Ministerio de Defensa Nacional, fue llevada a cabo una Junta Técnica de Adquisiciones y Licitaciones en la cual se recomendó, sin que hubiese muestras del producto, adjudicar el contrato a la firma *Must Trading Ltda.*, con lo cual se habría modificado en forma sustancial la cotización número 66 de 1993, en cuanto a la calidad de los bienes y al plazo del contrato.

2.15. Que la Junta de Licitaciones del Ejército elaboró un documento en el cual recomendó al Ministro de Defensa la adjudicación del contrato a la sociedad *Must Trading Ltda.*, sujeta a la mejora en la calidad de los bienes ofrecidos por parte de esta empresa, la cual se habría formulado sin conocer muestras de los productos.

2.16. Que en el contrato celebrado entre la firma *Must Trading Ltda.*, y el Ministerio de Defensa Nacional se observa lo siguiente: **(i)** que la plantilla de la bota no se pactó tal como lo exigía la solicitud de cotización Nro. 66 de 1993; **(ii)** que le fue otorgado a la firma contratista un anticipo de \$ 397'818.377,60, el cual le había sido negado en su momento a la sociedad COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO LTDA.; **(iii)** que fueron permitidas las entregas parciales y, **(iv)** que se amplió el plazo de entrega a 150 días calendario, contados a partir de la firma del contrato.

2.17. Que a la sociedad COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO LTDA., le fueron causados cuantiosos perjuicios económicos, por los conceptos de daño emergente y de lucro cesante, por no haberse celebrado con esta firma el contrato legalmente adjudicado.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Afirmó la parte actora que con la expedición de los actos acusados se vulneraron las siguientes normas:

Constitución Nacional: artículos 2, 13, 29, 58 y 83.

Expuso que la demandante reunió a cabalidad todos los requisitos técnicos exigidos por parte del Ministerio de Defensa Nacional en la invitación a presentar propuesta y que éste, mediante un procedimiento irregular, le adjudicó el contrato a la firma Must Trading Ltda., bajo el supuesto de considerar más importante el precio del contrato que la capacidad financiera de esta sociedad y que, además, la oferta presentada por dicha firma había sido desechada por la Junta Técnica de Adquisiciones y Licitaciones del Comando del Ejército; sostuvo que el Ministerio con este proceder vulneró los artículos 2° inciso 2° y 58 de la Constitución Nacional, los cuales consagran, para las autoridades de la República, la obligación de proteger los bienes y de garantizar la propiedad privada y los derechos adquiridos de las personas.

Expresó el actor que con la adjudicación del contrato a la firma Must Trading Ltda., fueron modificados los parámetros de calidad, plazo y precio de los bienes solicitados por el Ministerio de Defensa Nacional a través de la solicitud de cotización 066/93, a pesar de que en dicha solicitud se estipuló que las propuestas que incumplieran con dichos requisitos serían eliminadas.

Manifestó que el Ministerio de Defensa Nacional no actuó de buena fe al lograr que la Sociedad COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO LTDA., aceptara no recibir el valor del anticipo, mientras que a la firma Must Trading Ltda., le concedió tal beneficio, aunque con posterioridad fuera modificada dicha estipulación; asimismo, el Ministerio de Defensa Nacional permitió entregas parciales a la sociedad Must Trading Ltda., posibilidad que fue negada a la sociedad demandante.

Sostuvo la accionante que la entidad demandada vulneró el artículo 13 de la Carta Política al otorgarle un trato preferencial a la firma Must Trading Ltda., respecto de los demás proponentes que participaron en la invitación a contratar distinguida con el número 066 de 1993; dicho trato preferencial consistió en: **(i)** contratar con dicha firma sin que la misma hubiere presentado muestras del producto; **(ii)** permitir a la firma Must Trading Ltda., ampliar y prorrogar el seguro de cumplimiento, lo cual no fue permitido a los otros oferentes; **(iii)** hacer entrega de anticipo a la firma Must Trading Ltda., el cual fue negado a la sociedad COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO LTDA., y **(iv)** autorizar a la firma

contratista la posibilidad de efectuar entregas parciales, beneficio que fuera negado a la sociedad demandante.

Decreto-ley 222 de 1983: artículo 33 y 62.

Afirmó la sociedad demandante que la firma Must Trading Ltda., a quien le fue adjudicado el contrato para el suministro de botas de combate tipo jungla por parte del Ministerio de Defensa Nacional, no tiene dentro de su objeto social la manufactura de calzado ni la compra y venta de este producto, aunque hubiese manifestado que actuaba como representante de la Compañía de Productos Grulla S.A., la cual se encontraba en concordato preventivo; esta situación, sumada al hecho del rechazo de la propuesta presentada por la firma Must Trading Ltda., por parte de la Junta Técnica de Adquisiciones y Licitaciones del Comando del Ejército, implica la vulneración del artículo 33 del Decreto-ley 222 de 1983, toda vez que al Ministerio de Defensa no le está legalmente permitido adjudicar un contrato en desmedro de una oferta que reunía plenamente los requisitos legales y contractuales exigidos por dicha entidad.

Se refirió la sociedad accionante a la vulneración -por parte del Ministerio de Defensa Nacional- del contenido del artículo 62 literal e) y del contenido de la Circular Externa 1567 de 1993 –emanada del mismo Ministerio-, en tanto incurrió en las siguientes conductas: **(i)** adjudicar el contrato para el suministro de botas tipo jungla a una sociedad a la cual le fue rechazado en dos ocasiones el producto presentado, en desmedro del principio de transparencia en el proceso de contratación; **(ii)** permitir a la firma Must Trading Ltda., la entrega de nuevas muestras de botas, lo cual implicó una ventaja indebida de esta sociedad respecto de los demás proponentes; **(iii)** extender en el tiempo el procedimiento administrativo de selección del proponente y repetir trámites con el fin de favorecer a la firma Must Trading Ltda.; **(iv)** convocar a la sociedad COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO LTDA., con el fin de negociar el precio de la oferta con una anticipación de veinticuatro (24) horas y no de setenta y dos (72) como contempla la norma propia para este tipo de actuaciones del Ministerio de Defensa y, **(v)** celebrar un contrato con una sociedad que afirmó ser la representante de otra que se encontraba en concordato preventivo, sin que tal representación fuera acreditada por parte de la firma adjudicataria.

Código de Comercio: 845, 846, 851, 860 y 861.

Expresó la sociedad accionante que el Ministerio de Defensa omitió íntegramente la aplicación del Decreto-ley 222 de 1983 y del Código de Comercio en lo concerniente a los procedimientos de la licitación pública y de la licitación privada, respectivamente, toda vez que el Ministerio de Defensa Nacional descartó la propuesta presentada por la Sociedad COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO LTDA., y adjudicó, con ostensible violación de los artículos 845, 846, 851 y 861 del Código de Comercio, el contrato de suministro de botas tipo jungla a una firma *“recién constituida, financieramente débil, sin experiencia en la manufacturación de calzado y sin mayor conocimiento de este mercado. Además la entidad favorecida dice representar a la sociedad GRULLA S.A. (Véase acta No.10), la que se encuentra en concordato preventivo.”*

Manifestó la actora que se vulneró directamente el artículo 860 del Código de Comercio, al no habersele adjudicado el contrato para el suministro de botas de combate tipo jungla a la COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO LTDA., la cual presentó la mejor propuesta al Ministerio de Defensa Nacional -de conformidad con el acta Nro. 45 de 1993 emanada de la Junta de Licitaciones y Adquisiciones del Comando del Ejército-.

4. Actuación procesal.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Tercera–, mediante auto del 17 de agosto de 1994, admitió la demanda y ordenó la notificación personal al Ministro de Defensa Nacional, al representante legal de la firma Must Trading Ltda., y al agente del Ministerio Público, al tiempo que dispuso la fijación en lista para los fines previstos en el numeral 5 del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo; en la misma providencia reconoció personería adjetiva al abogado del demandante (folio 45 del primer cuaderno).

5. Contestación de la demanda.

La entidad pública demandada, por conducto de apoderada debidamente constituida y reconocida en el proceso, dio respuesta oportuna a la demanda presentada por la parte actora, en la cual negó los hechos, solicitó la denegación de las pretensiones de la demanda y la declaración de legalidad de la Resolución Nro. 14857 de diciembre 30 de 1993, mediante la cual el Ministerio de Defensa

Nacional adjudicó el contrato de compraventa de material reservado de intendencia; en síntesis, la demandada expuso los siguientes argumentos (folios 58 a 83 del primer cuaderno):

- Que el Ministerio de Defensa, con fundamento en el artículo 259 del Decreto-ley 222 de 1983, se encuentra facultado para adquirir el material de intendencia que requiera, bajo la modalidad de contratación directa, sin que deba celebrar previamente un proceso de licitación pública, razón por la cual no se somete al principio de *automaticidad* que rige la licitación pública, según el cual un determinado contrato se debe adjudicar al mejor proponente, sin que puedan variarse los términos contenidos en su propuesta, una vez entregada; sostuvo que en los eventos de contratación directa las cotizaciones presentadas pueden ser objeto de adecuación, modificación o cambio dentro de la fase de negociación directa entre el oferente y la entidad pública solicitante.
- La apoderada judicial de la entidad demandada puntualizó sobre la diferencia entre la licitación pública y la contratación directa, respecto de lo cual afirmó lo siguiente

“La forma de la invitación para presentar cotización en la contratación directa, las facultades de la autoridad administrativa en su desarrollo y, fundamentalmente, la capacidad negociadora de que dispone, hacen que una y otra modalidad de seleccionar el contratista no puedan entremezclarse para afirmar que lo que nació como contratación directa pueda devenir en licitación y que, por lo mismo, al no aplicar las reglas propias del proceso licitatorio se viole la ley.”

- Sostuvo que el oficio Nro. 1567 MD-ASEC-023 de febrero 23 de 1993, suscrito por el Ministerio de Defensa Nacional, estableció como regla preferencial, aunque no obligatoria, la adquisición de bienes o servicios a través de la licitación pública, aunque también señaló los criterios generales aplicables por parte de las entidades contratantes dependientes de dicho Ministerio, cuando fuere autorizado el sistema de contratación directa; se consagraron las facultades del Ministerio para adjudicar determinados contratos, de revisar los procedimientos adelantados por la Junta Técnica de Adquisiciones y Licitaciones del Ejército, de decidir sobre la

conveniencia de las propuestas de adquisición y de llamar a los oferentes preseleccionados por dicha Junta con el fin de negociar mejores precios, términos de financiación, plazos y condiciones de pago.

- Destacó del numeral 2° del oficio Nro. 1567 MD-ASEC-023 de febrero 23 de 1993, suscrito por el Ministerio de Defensa Nacional, lo siguiente: **(i)** la competencia del Ministerio de Defensa Nacional para aceptar o no la recomendación de adjudicación proveniente de las Fuerzas Militares y **(ii)** la competencia del Ministerio de Defensa Nacional para negociar el contenido de la oferta y para aceptar, o no, las condiciones negociadas.
- Respecto del trámite surtido con ocasión de la solicitud de cotización Nro. 066 de 1993, la parte demandada afirmó que la Junta Técnica de Adquisiciones y Licitaciones del Comando del Ejército elaboró un documento de recomendación de adjudicación que no comporta una adjudicación y por ese motivo *“no otorga los derechos y prerrogativas propias (sic) de los actos de esta naturaleza; apenas sí constituye una actuación administrativa de trámite, preparatoria para la decisión administrativa por el Ministerio.”*
- Resaltó la demandada que la adjudicación y la suscripción del contrato se efectuó con base en las especificaciones contenidas en la cotización Nro. 066 de 1993, a la vez que afirmó que las botas IM-08 presentadas por la firma Must Trading Ltda., proponente calificado como hábil, cumplieron ampliamente con todas las especificaciones exigidas por el Ministerio.
- Argumentó que en la negociación llevada a cabo entre la firma Must Trading Ltda., y el Ministerio de Defensa, se buscó incluir las mejores características ofrecidas por la sociedad COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO LTDA., sin cambiar el precio de la oferta, *“objetivo que logró el Comité de Negociación, todo en orden a obtener las mejores condiciones para la Entidad”*, razón por la cual consideró que no se presentó cambio alguno de las especificaciones de la propuesta.
- Manifestó la demandada que no se le practicó un nuevo examen de laboratorio a las botas presentadas por la firma Must Trading Ltda., ni era necesario requerir una nueva muestra del producto ofrecido *“pues se*

trataba de incluir a la bota ofrecida, analizada en el laboratorio y declarada apta o hábil por la Junta, una característica más para mejorar sus características para el uso.”

- Afirmó que hubo igualdad de trato con la sociedad COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO LTDA., y con la firma Must Trading Ltda., tal como se desprende de las actas del comité de negociación números 9 y 10, de diciembre 23 de 1993, las cuales dan cuenta de la negociación de la forma de pago y de la comunicación acerca de la inexistencia del anticipo; afirmó la entidad demandada que la supuesta desigualdad aseverada por la parte demandante surge de una equivocada interpretación de la posibilidad de hacer entregas parciales, toda vez que la consideró definitiva, cuando en realidad tal tipo de entregas no podían ser efectuadas con anterioridad al tercer mes de 1994.
- Argumentó que aunque la sociedad Compañía de Productos Grulla S.A., se encontrara en concordato preventivo, ello no la inhabilitaba para celebrar contratos con el Estado, máxime si se tenía en cuenta que la proponente no era la Compañía de Productos Grulla S.A., sino la firma Must Trading Ltda., y cualquier limitación respecto de la capacidad para contratar debía recaer sobre esta última.

La sociedad Must Trading aunque fue notificada de la demanda no dio respuesta a la misma.

6. Decreto de pruebas.

Mediante auto de mayo 5 de 1995, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera–, con excepción de las inspecciones judiciales solicitadas por la parte demandante, decretó las pruebas pedidas por las partes; en el mismo auto se designaron los peritos y, además, se reconoció personería a la apoderada de la entidad pública demandada (folios 90 y 91 del primer cuaderno)

7. Audiencia de conciliación.

Por medio de auto de diciembre 10 de 1996, el Tribunal Administrativo a quo fijó fecha para la audiencia de conciliación, la cual fue programada para el día 27 de febrero de 1997, oportunidad procesal que fracasó porque no hubo acuerdo entre las partes; la apoderada de la parte demandada sostuvo que dadas las características de la controversia, cuyo tema de conciliación giraba alrededor de la legalidad de la adjudicación, no había lugar a efectuar acuerdo alguno (folios 141 a 143 del primer cuaderno).

8. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

El 21 de enero de 1998 y luego de haber prosperado un recurso de reposición contra el auto de marzo 13 de 1997, mediante el cual se había ordenado el traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presentasen sus respectivos alegatos de conclusión, el Tribunal Administrativo a quo ordenó de nuevo dar traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presentasen sus alegatos finales (folio 169 del primer cuaderno).

En esta oportunidad las partes presentaron sus alegatos, en cuyos escritos básicamente reiteraron los argumentos de la demanda (folios 173 a 214 del primer cuaderno) y de la contestación de la misma (folios 151 a 153 y 170 a 171 del primer cuaderno).

El Ministerio Público no rindió concepto en esta instancia.

8.1. Alegatos de la parte demandada.

La parte demandada insistió en la denegación de las pretensiones de la demanda y además de reiterar los argumentos presentados en su escrito de contestación de la demanda, destacó la relevancia de las pruebas practicadas por el ICONTEC a instancia de la Procuraduría General de la Nación, en la cual se estableció la calidad del producto entregado por la firma adjudicataria de la cotización 066 de 1993; también subrayó la importancia de la providencia proferida por el Despacho del Procurador General de la Nación en la cual se declaró la inexistencia de falta disciplinaria en el trámite y adjudicación del proceso de contratación directa iniciado por el Ministerio de Defensa Nacional, con ocasión de la solicitud de cotización Nro. 066 de 1993.

8.2. Alegatos de la parte demandante.

La parte actora insistió en el hecho de que el proceso de contratación iniciado por el Ministerio de Defensa para la adquisición de botas de combate tipo jungla debió hacerse con sujeción al oficio Nro. 1567 MD-ASEC-023 de febrero 23 de 1993, al documento denominado “*solicitud de cotización Nro. 066 de 1993*” y a la reglamentación contenida en el documento denominado “*compra-venta de bienes muebles diferentes a equipos*”.

Destacó en su escrito de alegatos de conclusión, que el Comité Especial de Negociación del Ministerio de Defensa no se integró de conformidad con lo previsto en el oficio Nro. 1567 MD-ASEC-023 de febrero 23 de 1993, lo cual en su criterio implicó la inexistencia de tal Comité y en consecuencia las decisiones adoptadas por el mismo no podían tener eficacia alguna.

Insistió la actora en el hecho de que el Comité Especial de Negociación del Ministerio de Defensa, no obstante haberse creado con el fin de “*llegar a una aproximación en precios al presupuesto asignado*” había abordado otros temas que no eran propios de su competencia, tales como los siguientes: **(i)** la posibilidad de subsanar las observaciones realizadas por el Comité a la firma Must Trading Ltda., respecto de las muestras presentadas con su oferta; **(ii)** el pago, el cual sería de contado y sin derecho a recibir anticipo y, **(iii)** la calidad de la plantilla.

Argumentó la demandante que no se advirtió en el proceso de *negociación* adelantado por el Comité de Negociación de la entidad, la entrega de la nueva muestra hecha por parte de la firma Must Trading Ltda., razón por la cual la adjudicación se efectuó “*sin que esta compañía hubiera presentado una bota que cumpliera con las exigencias contenidas en la solicitud de cotización y lo acordado en la junta (sic) donde se exigió que la plantilla fuera en cuero.*”

Sobre el informe técnico proferido por el Instituto Nacional de Normas Técnicas (ICONTEC), la parte actora manifestó que carecía de veracidad, “*en cuanto dice que la plantilla de la bota es “**SUELA DELGADA EN CUERO**” cuando la firma MUST TRADING LTDA., nunca fabricó esa bota. En efecto, no lo hizo cuando presentó la muestra junto con su cotización, y no se tiene noticia de que posteriormente hubiera fabricado una bota con esta característica, por lo que el*

concepto del ICONTEC resulta contra evidente respecto de la documentación que obra en el proceso.”

En virtud de lo anterior, la parte actora argumentó que los informes presentados por el ICONTEC se usaron para engañar a la Procuraduría General de la Nación *“toda vez que llevan implícita una falsedad, sirvieron para la exoneración de culpa de los militares, pero no pueden servir en este proceso para engañar al Tribunal.”* En conclusión, la parte demandante sostuvo que el fallo de la Procuraduría General de la Nación *“es absolutamente contraevidente”*.

9. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Tercera– profirió sentencia el 7 de mayo de 1998, en la cual denegó las súplicas de la demanda y condenó en costas a la parte demandante (folios 216 a 239 del primer cuaderno).

Consideró el Tribunal Administrativo a quo, que no hubo violación de las normas constitucionales, por cuanto la actuación de los funcionarios que intervinieron en el trámite de adjudicación del contrato para la adquisición de botas de combate tipo jungla, se ajustó a las disposiciones legales, en especial a las contenidas en el oficio Nro. 1567 MD-ASEC-023 de febrero 23 de 1993 y en la solicitud de cotización Nro. 066 de 1993.

Respecto de las normas del Código de Comercio, el Tribunal Administrativo a quo concluyó que las mismas no son susceptibles de aplicarse al presente asunto, toda vez que dichas normas se refieren a la oferta aceptada y a las responsabilidades por no cumplir los compromisos ofrecidos y, en este caso, la entidad pública no aceptó la propuesta presentada por la entidad demandante.

En relación con las normas del Decreto-ley 222 de 1983, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca destacó que la competencia de la Junta Técnica de Adquisiciones y Licitaciones del Ejército, de conformidad con el oficio Nro. 1567 MD-ASEC-023 de febrero 23 de 1993, fue la de recomendar la adjudicación de una de las propuestas, más no la adjudicación del contrato, facultad que es del resorte exclusivo del Ministerio de Defensa Nacional.

Manifestó el Tribunal Administrativo que la etapa de negociación se constituyó en una oportunidad para determinar cuál era la mejor oferta, lo cual sirvió a la entidad demandada para lograr unos acuerdos con la firma Must Trading Ltda., quien ofreció mejorar el producto sin realizar cambios en el precio.

10. El recurso de apelación.

Inconforme con la decisión del Tribunal Administrativo a quo, la parte actora interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido mediante auto de julio 30 de 1998 (folio 243 del primer cuaderno).

Esta Corporación, a través de auto de noviembre 5 de 1998, corrió traslado a la parte actora para que sustentara el recurso de apelación (folio 247 del primer cuaderno).

En su escrito de apelación, la actora reiteró los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión y solicitó la revocatoria de la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo a quo, para lo cual expuso, en síntesis, los siguientes argumentos (folios 249 a 268 del primer cuaderno):

Afirmó que el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca erró al interpretar las normas a cuya violación se refirió el actor en el escrito de la demanda, por cuanto las pruebas obrantes en el proceso demuestran el incumplimiento de la firma Must Trading Ltda., respecto de las especificaciones técnicas exigidas en la solicitud de cotización y la omisión por parte del Ministerio de Defensa Nacional en la aplicación de las reglas establecidas en el oficio Nro. 1567 MD-ASEC-023 de febrero 23 de 1993.

La parte recurrente insistió en la interpretación que se le debía dar al punto 2.5 del oficio Nro. 1567 MD-ASEC-023 de febrero 23 de 1993 –referente a la fase de negociación-, en el cual se consagró que la citación a la etapa de negociación de los mejores precios no tenía por objeto modificar la calidad del producto, toda vez que las especificaciones técnicas no resultaban negociables y a las mismas debían ajustarse todos los participantes; sostuvo además que tales especificaciones debían permanecer invariables, por cuanto constituyeron la base que tuvieron en cuenta los oferentes para participar en el respectivo procedimiento

administrativo de selección.

La demandante en su escrito de alzada discrepa de la interpretación dada por el Tribunal Administrativo a quo al artículo 860 del Código de Comercio, en tanto dicha norma, de carácter imperativo, resulta aplicable a la contratación directa, la cual, en su criterio, *“es una forma de licitación por cuanto su finalidad es idéntica, la selección del contratista que más convenga a la administración.”*

Afirmó que, a diferencia de lo sostenido por el a quo en la sentencia mayo 7 de 1998, sí fue violado el Decreto-ley 222 de 1983, en tanto se desconocieron los principios de igualdad, de transparencia y de economía consagrados en esta norma legal; también insistió en la vulneración de las reglas que disciplinaban el procedimiento administrativo de selección, cuales eran la solicitud de cotización 066 de 1993 y el oficio Nro. 1567 MD-ASEC-023 de febrero 23 de 1993, en tanto los criterios de adjudicación expuestos en estos documentos no fueron tenidos en cuenta por la entidad pública demandada.

Señaló que el Tribunal Administrativo a quo había incurrido en error al considerar que no hubo cambio en las especificaciones técnicas del producto, con base en el informe presentado por el ICONTEC, sin tomar en consideración las otras pruebas que fueron practicadas en el proceso, tales como: **(i)** la Solicitud de Cotización Nro. 066 de 1993, en la cual fueron señaladas las características mínimas que debía tener el producto; **(ii)** la propuesta presentada por la firma Must Trading Ltda., y el análisis que de la misma efectuó el Ministerio de Defensa; **(iii)** el Acta Nro 10 del Comité de Negociaciones en la cual se estableció el incumplimiento de los requisitos de calidad del producto presentado por la firma Must Trading Ltda; **(iv)** el informe presentado por los peritos en el cual se evidencia el incumplimiento de las condiciones mínimas del producto ofrecido por la firma adjudicataria del contrato y, **(v)** el oficio DINTR-TEC-65 123060 de agosto 26 de 1994, en el cual se dejó constancia de algunas anomalías que presentaban las botas vendidas por la sociedad adjudicataria.

11. Actuación en segunda instancia.

Esta Corporación, mediante auto diciembre 9 de 1998, admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el

Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Tercera– el 7 de mayo de 1998 (folio 270 del primer cuaderno).

Por medio de auto proferido el 16 de febrero de 1999, corrió traslado a las partes para que presentasen sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto (folio 272 del primer cuaderno).

La entidad pública demandada solicitó a esta Corporación la confirmación de la sentencia de primera instancia y la denegación de las pretensiones de la sociedad demandante, para cuya solicitud, básicamente, reiteró los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda (folios 274 a 277 del primer cuaderno)

La demandante no presentó alegaciones finales en esta instancia.

El Ministerio Público emitió su concepto dentro del término, en el cual solicitó confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo a quo, con los argumentos que se transcriben a continuación (folios 280 a 291 del primer cuaderno):

“Es menester precisar en primer término que en la contratación directa los invitados a cotizar no tienen los mismos derechos que quienes participan en una licitación pública o privada, o en un concurso de méritos, formas de contratación que el decreto 222 de 1983 establecía para la administración pública. En ellas, el participante tiene amparado legalmente su derecho de lograr que se le adjudique la licitación o concurso en caso de que demuestre que su oferta era la más favorable para la administración; ésta por su parte no podía ni cambiar las reglas por las cuales se regía el proceso licitatorio, ni mucho menos entrar a negociar las condiciones ofrecidas por los proponentes. Este sistema participaba y participa en la reglamentación actual, de un mecanismo rígido que impide cambiar las reglas de juego inicialmente señaladas, con el fin de proteger a los proponentes y garantizar los principios de igualdad, transparencia y selección objetiva propios de la contratación estatal.

“La contratación directa en cambio, es un mecanismo de contratación que por oposición al proceso licitatorio, es flexible; es un procedimiento en el cual la entidad con el ánimo de buscar la mejor solución a sus necesidades, teniendo presente la buena marcha de la administración pública puede entrar libremente a contratar con quien le ofrezca mejores condiciones y, quien intervenga en ese proceso porque se le haya invitado a presentar una oferta, tiene apenas una mera expectativa de llegar a contratar con la administración, porque ésta decida escoger su oferta, pero no tiene un derecho a que la administración esté en la obligación de escogerla como su contratista porque presentó la mejor cotización, este derecho sólo surge como

producto de la participación en licitación o concurso, por disponerse así expresamente en la ley.

“En caso de que la administración no siga los parámetros que ella misma fijó para la contratación directa, de todos modos no ha nacido para el proponente que ha sido invitado a presentar una cotización, el derecho a que la contratación sea celebrada con él, por el solo hecho de haber formulado la mejor propuesta. Ese derecho se repite solo existe por disposición legal para quien participa en un proceso licitatorio o en un concurso de méritos, pero no para quien interviene en un procedimiento a través del cual se pretende celebrar una contratación directa.”

2. CONSIDERACIONES

La Sala, a efectos de adoptar una decisión en el caso concreto y considerando los aspectos propuestos en el recurso de apelación, abordará el análisis de los siguientes temas: i) Impedimento; ii) Competencia del Consejo de Estado; iii) La acción incoada y el término para proponerla; iv) La objeción por error grave formulada contra el dictamen pericial del 6 de mayo de 1996; v) Las pruebas aportadas al proceso y su valor probatorio; vi) El asunto sometido a examen.

1. Impedimento

Previo a decidir, advierte la Sala que el señor Magistrado Mauricio Fajardo Gómez manifestó su impedimento para conocer del proceso en esta instancia, toda vez que para la época en la cual ocurrieron los hechos aquí cuestionados fue consultada su opinión profesional, en calidad de abogado en ejercicio, respecto de diversos temas jurídicos relacionados con los procedimientos de contratación a los cuales se refiere la demanda, por tanto se aceptará el impedimento que al respecto ha formulado, con fundamento en lo previsto en el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil², razón por la cual se deja constancia de que el mencionado Consejero ha sido apartado del conocimiento del proceso y no participa ni interviene en el estudio y decisión de este fallo.

² Código de Procedimiento Civil, Artículo 150 -Modificado .D.E.2282/89, art.1°, num.88-Causales de recusación. Son causales de recusación las siguientes: “(...) 12ª Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en éste como apoderado, agente del Ministerio Público, Perito o testigo.”

2. Competencia del Consejo de Estado.

La Sala tiene competencia para conocer en segunda instancia del presente proceso, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, en la forma en la cual fue modificado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988, norma vigente al momento de presentación de la demanda, según la cual el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, es competente para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia³.

3. La acción incoada y el término para proponerla.

La acción incoada en esta ocasión por el demandante es la de nulidad y restablecimiento del derecho, orientada a obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 14.887 de diciembre 30 de 1993, expedida por el Ministerio de Defensa, mediante la cual se adjudicó un contrato, cuyo objeto consistía en la adquisición de 52.969 pares de botas de combate.

Es de anotar que se trata de la acción pertinente, por cuanto así lo consagra el párrafo 1 del artículo 77 de la Ley 80 de 1993 –vigente desde el 1 de enero de 1994-, el cual además dispone en su párrafo segundo que no es necesario demandar el contrato que origina los actos administrativos de la actividad

³ De acuerdo con el artículo 132 numeral 9º del C.C.A.-modificado por el Decreto 597 de 1988, artículo 2º. *“Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes procesos:*

“(...

“9º) De los de restablecimiento del derecho en que se controviertan actos del orden nacional, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas de los distintos órdenes, cuando la cuantía exceda de ochocientos mil pesos (\$800.000.00).”

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca conoció de este proceso en primera instancia, toda vez que la demandante estimó que el restablecimiento del derecho correspondiente equivalía a la suma de doscientos cincuenta millones de pesos (\$ 250'000.000.00) –folio 32 del primer cuaderno-, suma que para la fecha de presentación de la demanda, esto es el 26 de abril de 1994, resultaba superior a la entonces legalmente exigida para tramitar el proceso en dos instancias: \$2'200.000.00 (Decreto 597 de 1988).

contractual; al respecto se ha pronunciado la Jurisprudencia de la Corporación en los siguientes términos:

“La definición de este aspecto, es vital para el análisis del término para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto de adjudicación, establecido en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en cuyo párrafo, y en desarrollo de la teoría de los actos separables del contrato, habilita este tipo de acción contra dicho acto ‘conforme a la reglas del código contencioso administrativo’. Y, resulta medular el tema porque para la época de presentación de la demanda⁴, era el artículo 136 del Decreto 01 de 1984 -subrogado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989- el que señalaba en cuatro (4) meses contados a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso, el plazo para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 ejusdem, bajo cuya égida se demandaban también los actos precontractuales, como lo tenía precisado la jurisprudencia, tema que se cambió drásticamente por cuenta de la modificación que al artículo 87 del C.C.A., introdujo la Ley 446 de 1998 para reducir a treinta (30) días el término para intentar la acción.”⁵

Para determinar si la acción de nulidad y restablecimiento del derecho fue incoada en tiempo, se impone precisar que para la época en la cual se adelantó el procedimiento administrativo de selección⁶ y se presentó la demanda⁷, la norma que regulaba el término de caducidad de las acciones era la contenida en el artículo 136 del Decreto 01 de 1984, en la forma en la cual fue modificado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 136. Caducidad de las acciones. (...)

“La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto según el caso. Si el demandante es una entidad pública, la caducidad será de dos (2) años. (...)”

⁴ Original de la sentencia en cita: “El 4 de abril de 1997”

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de abril 26 de 2006, Expediente 16041, MP. Ruth Stella Correa Palacio.

⁶ El procedimiento de selección se adelantó entre el 19 de agosto y el 30 de diciembre de 1993.

⁷ La demanda fue presentada el 26 de abril de 1994.

Como fácilmente se puede advertir, la norma previó como plazo para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85⁸ del C.C.A., el de cuatro (4) meses contados a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto administrativo, según el caso, término que posteriormente se redujo a treinta 30 días en cuanto no se hubiere celebrado el respectivo contrato, al expedirse la Ley 446 de 1998, norma que en su artículo 32⁹ introdujo modificaciones al artículo 87 del C.C.A.

A pesar de que en el expediente no obra prueba alguna que dé cuenta de la fecha en la cual se efectuó la comunicación a la demandante, respecto de la adjudicación del contrato, precisa la Sala que la demanda se presentó en término, toda vez que para ese momento -26 de abril de 1994-, no habían transcurrido los cuatro meses establecidos en el artículo 136 del C.C.A.¹⁰, si se cuentan a partir de la fecha de expedición del acto de adjudicación -30 de diciembre de 1993- y, mucho menos, a partir del momento en el cual el proponente vencido conoció la decisión, por tanto, se concluye que en el caso concreto no había operado la caducidad.

4. La objeción por error grave formulada contra el dictamen pericial del 6 de mayo de 1996.

Al emprender el estudio del recurso interpuesto se advierte que en la sentencia atacada no se efectuó pronunciamiento alguno acerca de la objeción que por error grave formuló la parte demandada contra el dictamen pericial decretado y practicado dentro del expediente, tal como lo dispone el numeral 6 del artículo 238 del C. de P. C., razón por la cual se impone la necesidad de emprender el análisis previo de dicha objeción con el fin de determinar cuál es, en su integridad, el

⁸ La norma dispone lo siguiente: *“Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente.”*

⁹ Dispuso la norma en su inciso 2º que *“los actos proferidos antes de la celebración del contrato con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación...”*

¹⁰ Los meses se cuentan de fecha a fecha según el calendario, como así lo establecen los artículos 59 y 62 de la Ley 4ª de 1913 y el artículo 829 del Código de Comercio.

acervo probatorio con el cual cuenta la Sala y que debe ser valorado para efectos de fundar, sobre el mismo, las decisiones que en derecho han de adoptarse.

El propósito de la prueba pericial constituyó el análisis y la comparación de las ofertas de los proponentes Must Trading Ltda., y Compañía Industrial de Calzado Ltda., correspondientes a la solicitud de cotización número 066 de 1993, así como la estimación de los perjuicios que se habrían ocasionado a esta última sociedad con el hecho de no adjudicarle el contrato (folios 29 al 31 del cuaderno principal).

Los peritos fueron designados por el Tribunal Administrativo a quo mediante auto de mayo 5 de 1995 (folios 90 y 91 del cuaderno principal) y los mismos tomaron posesión en junio 20 de 1995 (folio 97 del cuaderno principal) y en noviembre 21 de 1995 (folio 117 del cuaderno principal).

El dictamen fue rendido el día 6 de mayo de 1996 y del mismo se destacan las siguientes conclusiones (folio 1 al 86 del tercer cuaderno):

“A) La muestra fue presentada oportunamente por MUST TRADING.

“B) No cumplió con los requerimientos técnicos mínimos, tales como el material de la plantilla y el cambrión en acero (Lámina acerada)

(...)

“Conceptuamos que la oferta se compuso de un solo ítem y en consecuencia ha debido ser eliminada.

“(...)

“(...) Las especificaciones contratadas no son las mismas que las requeridas en la solicitud mencionada, puesto que el elemento “plantilla” desaparece, exigiéndose sobreplantilla, es decir, una especie de forro que cubra la planta interna de la bota, con lo cual se desmejora la calidad y se reduce el precio.

(...)

“A) En la solicitud de cotización se exigía plantilla delgada en cuero.

“B) En el análisis de las muestras de Must Trading presentó la plantilla en vaqueta.

“C) Al firmar el contrato respectivo se exigió que la plantilla fuera en carnaza.

“(...)

“(...) La utilización de plantilla en carnaza es de inferior calidad al producto en el que se utiliza cuero plena flor (Anexo 6).

“(...)”

“Siempre será superior la bota con plantilla en vaqueta, esto es cuero, con respecto a la bota de plantilla de carnaza, toda vez que la carnaza es un subproducto.

“(...)”

“La carnaza delgada de buena calidad no es apta para plantillas. Según lo investigado, esa carnaza cumple las condiciones especiales para partes de capellada (capellada es la parte superior de la bota). Por el contrario, como lo indicó el pliego de la solicitud de cotización la plantilla en “Suela delgada (cuero)” es el material óptimo para tal fin. Encontramos que en cuanto a calidad es superior una bota en la que se utilice plantilla delgada, con respecto a la bota en la que se utilice plantilla de carnaza.

“(...) sin lugar a equivocarnos, podemos asegurar que al permitir el Ministerio de Defensa que Must Trading cambiara la calidad de la plantilla de vaqueta por carnaza de buena calidad, disminuyeron la calidad de la bota al hacer la contratación.”

El Tribunal Administrativo a quo, mediante auto de mayo 13 de 1996, ordenó el traslado a las partes para los fines previstos en el numeral 1 del artículo 238 del C. de P.C.

La demandada objetó el dictamen por error grave, sin solicitud de pruebas, para lo cual sostuvo, en síntesis, lo siguiente: **i)** consideró que los peritos se habían pronunciado sobre varios aspectos jurídicos, cuyo juicio correspondían al juez de la causa; **ii)** que respecto de la calidad de los bienes ofrecidos y contratados habían formulado opiniones sin explicar y soportar técnicamente las razones; **iii)** calificó de absurdo el cálculo de los perjuicios, por cuanto lo habían realizado como si en efecto se hubiese ejecutado el contrato, sin tomar en consideración aspectos tan importantes como la utilidad esperada (folios 130 a 133 del cuaderno principal).

El Tribunal Administrativo a quo, a través de auto calendado el 9 de septiembre de 1996 ordenó dar traslado a la sociedad demandante del escrito de objeción (folio 135 del cuaderno principal); la demandante guardó silencio.

Mediante auto de septiembre 16 de 1996, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dispuso que el escrito de objeción sería tenido en cuenta “dentro

de la oportunidad procesal correspondiente”, no obstante, durante el trámite surtido en la primera instancia omitió efectuar pronunciamiento alguno al respecto.

Ahora bien, no advierte la Sala la existencia de errores graves en la experticia rendida por los peritos, por cuanto no se demuestra *“una falla de entidad en el trabajo de los expertos”*¹¹, por cuanto el error grave de una experticia es *“el hecho de tomar como objeto de observación estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den u falsas las conclusiones que de ellos se deriven”*.¹²

Respecto del significado del error grave, ha sostenido la Corte Constitucional lo siguiente¹³:

“Como es sabido, el error se opone a la verdad y consiste en la falta de adecuación o correspondencia entre la representación mental o concepto de un objeto y la realidad de éste. Por ello, si en la práctica del dictamen anticipado se formula objeción, el juez respectivo tendrá que determinar si existe o no el error señalado y si acepta o no la objeción, o sea, deberá establecer si el dictamen tiene o no valor de convicción.”

La Corte Suprema de Justicia¹⁴ ha advertido que:

*“[S]i se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo **tiene bases equivocadas** de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos...pues lo que caracteriza desacierto de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje...**es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o***

¹¹ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Pruebas. Dupré Editores, Bogotá D.C. 2001, página 235.

¹² AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal. Tomo VI ‘Pruebas Judiciales’. Segunda edición. Editorial Temis. Bogotá, 2003. Pág. 286.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-830 de octubre 8 de 2002. M. P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁴ “Corte Suprema de Justicia, auto de septiembre 8 de 1993, exp. 3446, acogido, por ejemplo, por la Corte Constitucional en sentencia C-807 de 2002 (Citado por Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia de mayo 17 de 2007, Radicado 05001-23-31-000-2000-03341-01(AG), C.P. Ruth Stella Correa Palacio).

sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven..., de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a que se refiere el numeral 1 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada (...)" (Negrillas por fuera del original).

La Jurisprudencia de la Sala, desde tiempo atrás, se ha referido al tema de la objeción por error grave; se cita *in extesum* la Sentencia de la Sección Tercera de mayo 5 de 1973 -Radicación 1270, con ponencia del Magistrado Carlos Portocarrero Mutis- por cuanto efectúa un recuento importante acerca del significado de la objeción por error grave:

"Ninguna norma legal define expresamente lo que ha de entenderse por error grave; pero la jurisprudencia ha sido constante en el sentido de afirmar que para poder concluir que un dictamen adolece de error grave, deben presentarse determinados presupuestos los cuales pueden resumirse así:

"PRIMERO. Que peque contra la lógica aunque el error no recaiga sobre las cualidades esenciales.

"SEGUNDO, Que sea de tal naturaleza el error que de comprobarse, el dictamen hubiera sido fundamentalmente distinto.

"TERCERO. Supone conceptos objetivamente equivocados.

"CUARTO. Las objeciones deben poner de manifiesto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal magnitud que impongan la intervención de otros peritos los cuales como es de suponer llegarán a conclusiones distintas.

"QUINTO. Debe aparecer, "ostensible y objetivado".

"Para una mayor claridad en el punto que se estudia, cree la Sala conveniente transcribir apartes de alguna providencia proferidas por la Corte Suprema de Justicia (antigua Sala de Negocios Generales) en distintas épocas, todas ellas guiadas por los mismos principios jurisprudenciales a que atrás se hace referencia.

"Auto de veinte (20) de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno (1941).

"Pero si las objeciones contra el peritazgo se encaminan a destruir todas las argumentaciones de los expertos, atacando a fondo las conclusiones a que han llegado mediante razonamientos más o menos ajustados a las Leyes del razonamiento, entonces resulta ilegal justipreciar la obra de los peritos dentro de un simple

incidente de objeciones, ya que la cuestión planteada sólo compete al juzgador al tiempo de pronunciar la decisión de fondo".

"Auto de diez y ocho (18) de febrero de mil novecientos cuarenta y dos (1942).

*"El error grave tiene la característica de **ir contra la naturaleza de las cosas, o la esencia de sus atribuciones**, como cuando se afirma que un objeto o persona tiene determinada peculiaridad y resulta que tal cualidad no existe, o en tener por blanco lo que es negro o rosado".*

"Auto de veintisiete (27) de marzo de mil novecientos cuarenta y siete (1947).

"Conforme a los principios que dominan la prueba procesal (sic) y a la reiterada jurisprudencia de la Corte, la valoración del mérito probatorio de un dictamen pericial corresponde hacerla al juzgador en el momento de proferir el fallo y no en los incidentes que puedan suscitarse antes de esa oportunidad".

"Auto de trece (13) de junio de mil novecientos cincuenta y siete (1957).

***"Lo que caracteriza, pues, y distingue el error grave de las demás objeciones que puedan presentarse contra un dictamen, es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se derivan.** De esto se deduce que las objeciones por error grave de que trata el Artículo 720 del Código Judicial no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios y deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha de error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla, entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva".*

"Finalmente el Consejo de Estado, Sección Tercera, en providencia de veintiséis (26) de octubre de mil novecientos sesenta y siete (1967) (Exp. 742) dijo:

"(...)

"La gravedad de un error hace a éste ostensible, pues se trata de una grosera equivocación objetiva, en la que se yerra sobre cosas de tal claridad que su efecto necesario es la evidencia. Esto no

ocurre en autos. El hecho de que en algún caso no pueda darse por configurado el error grave, no descarta la posibilidad de que al procederse a proferir una decisión, un dictamen se encuentre errado; o sea que aquella declaración no llega a tener el alcance de dar a un concepto pericial más fuerza de la que intrínsecamente conlleva.

"Además de lo anterior conviene relevar que de conformidad con el antiguo Código Judicial sólo se podía objetar el dictamen pericial por error esencial; pero bajo la vigencia del actual Código se puede objetar por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción. La jurisprudencia nacional ha dicho que "aunque ni en el Artículo 720 del C.J. ni en ninguna otra disposición se dice expresamente qué se entiende por error grave, considera la Sala que conforme a la crítica y a las reglas generales que rigen la prueba pericial, **debe entenderse que error grave debe ser de naturaleza tal, que al estar debidamente comprobado dé base para juzgar que ha influido total o siquiera parcialmente en la mente de los peritos para dar su dictamen, esto es, que si no hubiera sido por tal error el dictamen no habría sido el mismo.** La disposición pertinente del C.J. anterior al actual (Artículo 77 Ley 105 de 1890) habla de error esencial y grave, ello no puede tener otro alcance que el de fijar una mayor órbita de apreciación en lo referente al término grave; pero en manera alguna hasta llegar a que pueda considerarse como grave cualquier error" (G.J. Tomo XLIX pg. 148).

"También ha dicho la jurisprudencia que no se deben confundir dos factores jurídicamente distintos: el error grave en un dictamen pericial y la deficiencia en la fundamentación del mismo.

"El error supone concepto objetivamente equivocado y da lugar a que los peritos que erraron en materia grave sean reemplazados por otros. La deficiencia en la fundamentación del dictamen no implica necesariamente equivocación, pero da lugar a que dicho dictamen sea descalificado como plena prueba en el fallo por falta de requisitos legales necesarios para ello.

"Como lo sostiene el proveído recurrido es al juzgador a quien corresponde apreciar el dictamen pericial, examinar si los juicios o razonamientos deducidos por los peritos tienen un firme soporte legal, o si los demás elementos de convicción que para apoyar las respectivas conclusiones del peritazgo, y que éste es precisamente el sentido natural y obvio del Artículo 720 del C. J." (Negrillas de la Sala)

En Sentencia más reciente de la Sección Tercera de la Corporación, fechada el 15 de abril de 2010¹⁵, se sostuvo lo siguiente:

"A manera de conclusión puede afirmarse que para la prosperidad de la objeción por error grave es preciso que el dictamen esté elaborado sobre bases equivocadas, de una entidad tal que conduzcan a

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 15 de abril de 2010, Expediente 18014, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

conclusiones equivocadas; estas equivocaciones deben recaer sobre el objeto examinado y no sobre las apreciaciones, los juicios o las inferencias de los peritos.

*“Los errores o equivocaciones bien pueden consistir en que se haya tomado como objeto de observación y estudio uno diferente a aquél sobre el cual debió recaer el dictamen o que se hayan cambiado las cualidades o atributos propios del objeto examinado por otros que no posee, de una forma tal que de no haberse presentado tales errores las conclusiones del dictamen hubieren sido diferentes, como ha expresado la jurisprudencia, el dictamen se encuentra **“en contra de la naturaleza de las cosas, o la esencia de sus atribuciones”** (Negrillas por fuera del original).*

Precisado así el contenido y el alcance del error grave, se encuentra que en el dictamen rendido por los peritos no se muestra la existencia del error grave, por cuanto la materia sobre la cual éste versó corresponde al objeto del proceso, sus conceptos y conclusiones se encuentran soportados en pruebas obrantes en el expediente del cual hacen parte los documentos aportados con la demanda y los documentos solicitados directamente a la entidad pública demandada, por lo cual el dictamen cumple con los requisitos previstos en el numeral 6 del artículo 237 del CPC.; ahora bien, un asunto diferente constituye el hecho de compartir o no las conclusiones a las cuales llegaron los peritos, tema sobre el cual se pronunciará la Sala en la valoración de la prueba.

Así las cosas, por las razones de forma expuestas, la objeción por error grave no tiene la virtud de prosperar.

5. Las pruebas aportadas al proceso y su valor probatorio.

El artículo 168 del Código Contencioso Administrativo¹⁶ señala expresamente que a los procesos atribuidos al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo aplicará el régimen legal probatorio establecido por el Código de Procedimiento Civil. Así, al incorporarse dicho régimen se adoptó también parte de la filosofía¹⁷ que inspira las pruebas en el estatuto procesal civil, el cual se materializa en el sistema de valoración probatoria que está presente en los procesos constitutivos, declarativos o de condena que regula esa normatividad.

¹⁶ Artículo 168, C.C.A.: “**PRUEBAS ADMISIBLES.** En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.”

¹⁷ Sobre la filosofía que inspiró la redacción del artículo 177 del C de P. C, ver: PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 245.

Bajo esta perspectiva, es necesario tener presente que de acuerdo con el artículo 253 del C. de P. C.¹⁸, los documentos pueden aportarse al proceso en original o en copia, éstas últimas consistentes en la transcripción o reproducción mecánica del original; sumado a ello, el artículo 254 del C. de P. C., regula el valor probatorio de los documentos aportados en copia, respecto de los cuales señala que tendrán el mismo valor del original en los siguientes eventos: **i)** Cuando hayan sido autorizados por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en donde se encuentre el original o copia autenticada; **ii)** Cuando sean autenticados por notario, previo cotejo con el original o con la copia autenticada que se le ponga de presente y **iii)** Cuando sean compulsados del original o de la copia auténtica.

A lo anterior se agrega que el documento público, es decir aquel que es expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención (artículo 251 C. de P. C.), se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez, salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 del C. de P.C.

De otro lado, si el documento aportado es de naturaleza privada, al tenor de lo dispuesto en el aludido artículo 252 del C. de P. C., éste se reputará auténtico en los siguientes casos: **i)** Cuando hubiere sido reconocido ante el juez o notario, o judicialmente se hubiere ordenado tenerlo por reconocido; **ii)** Cuando hubiere sido inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó; **iii)** Cuando se encuentre reconocido implícitamente por la parte que lo aportó al proceso, en original o copia, evento en el cual no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad; **iv)** Cuando se hubiere declarado auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, y **v)** Cuando se hubiere aportado a un proceso, con la afirmación de encontrarse suscrito por la parte contra quien se opone y ésta no lo tache de falso.

En relación con las copias aportadas a un proceso y su alcance probatorio, la Corte Constitucional, en sentencia C-023 de febrero 11 de 1998, puntualizó:

¹⁸ Artículo 253, C. de P. C.: *“Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia. Esta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento.”*

*“El artículo 25 citado se refiere a los **“documentos”** y hay que entender que se trata de documentos originales. En cambio, las normas acusadas versan sobre las copias, como ya se ha explicado. Sería absurdo, por ejemplo, que alguien pretendiera que se dictara mandamiento de pago con la copia simple, es decir, sin autenticar, de una sentencia, o con la fotocopia de una escritura pública, también carente de autenticidad.*

“Un principio elemental que siempre ha regido en los ordenamientos procesales es el de que las copias, para que tengan valor probatorio, tienen que ser auténticas. Ese es el principio consagrado en las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan lo relativo a la aportación de copias de documentos.

“De otra parte, la certeza de los hechos que se trata de demostrar con prueba documental, y en particular, con copias de documentos, está en relación directa con la autenticidad de tales copias. Tal certeza es el fundamento de la eficacia de la administración de justicia, y en últimas, constituye una garantía de la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial.

*“En tratándose de **documentos originales** puede el artículo 25 ser explicable, porque su adulteración es más difícil, o puede dejar rastros fácilmente. No así en lo que tiene que ver con las copias, cuyo mérito probatorio está ligado a la autenticación.”*

Ahora bien, respecto de aquellos documentos aportados en copia simple al proceso por la entidad pública demandada, por solicitud del Tribunal Administrativo a quo, se puede afirmar que, en principio, estas copias carecerían de valor probatorio, no obstante, la Sala encuentra en tanto fueren decretadas como pruebas por el Tribunal Administrativo a quo y aportadas directamente por la misma entidad pública que las profirió, hay lugar a concluir que en realidad deben

tenerse como copias auténticas, comoquiera que, necesariamente, en esa entidad reposa el respectivo original¹⁹.

De otro lado, resulta importante anotar que aquellos documentos que no se encuentren firmados ni hayan sido manuscritos por la parte a quien se oponen, sólo tendrán valor probatorio en tanto fueren aceptados expresamente por ella o por sus causahabientes, de conformidad con los dictados del artículo 269 del C.de P.C.²⁰; adicionalmente, el artículo 252 del mismo estatuto prescribe que se presume auténtico un documento en tanto exista certeza respecto de la persona que lo ha elaborado, lo ha manuscrito o lo ha firmado²¹.

Previo a examinar de fondo el recurso de apelación propuesto, se requiere examinar cada una de las pruebas aportadas al proceso de la referencia, a efectos de establecer su autenticidad y, por ende, realizar el respectivo juicio de legalidad; de esta forma se relacionan a continuación los documentos aportados y su respectiva calificación probatoria.

En el expediente se advirtió que el segundo cuaderno, después del folio 127, se inició nuevamente la foliación desde el número 1, razón por la cual contiene una

¹⁹ Al respecto sostuvo la Sala:

“Ahora bien, en el presente caso concreto la Sala encuentra que algunos documentos aportados al proceso por la entidad pública demandada, por solicitud del Tribunal Administrativo a quo, reposan en copia simple, así las cosas, para la Sala resulta indispensable definir su valor probatorio, a efectos de realizar el respectivo examen de legalidad.

“Pese a que, en principio, estas copias carecerían de valor probatorio, la Sala encuentra que muchas de ellas fueron decretadas como pruebas por el Tribunal Administrativo a quo y aportadas directamente por la misma entidad pública que las profirió, razón por la cual hay lugar a concluir que en realidad deben tenerse como copias auténticas, comoquiera que, necesariamente, en esa entidad reposa el respectivo original.

“Según lo expuesto, las copias aportadas a un proceso, previa autorización del respectivo director de oficina administrativa, sólo se tendrán como auténticas cuando se manifieste su coincidencia con el original o con copia autenticada y, de no ser así, se verificará si el documento que fue aportado fue, a la vez, proferido o creado por la misma entidad pública que lo allega, pues en ese caso se tendrá como auténtico.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de abril 18 de 2010, Expediente 18168, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁰ Dispone el Artículo 269 C. de P.C. *“Instrumentos sin firma. Los instrumentos no firmados ni manuscritos por la parte a quien se oponen, sólo tendrán valor si fueren aceptados expresamente por ella o sus causahabientes.”*

²¹ El artículo 252 del C. de P.C. prescribe lo siguiente: *“Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado. El documento público se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad...”*

serie de números repetidos, cuyos folios, para efectos de identificación de las pruebas, se distinguirán con el número y un apóstrofe (').

5.1. Documentos auténticos.

Los siguientes documentos fueron aportados por la parte actora en original o en copia auténtica, razón por la cual serán valorados por la Sala:

5.1.1. Las reglas de la contratación directa.

Copia auténtica del oficio MD-ASEC-023 de febrero 23 de 1993, expedido por el Ministerio de Defensa Nacional, en el cual se señalaron los criterios que debían tenerse en cuenta para adelantar los procesos de contratación directa de esa entidad, del cual se destacan los siguientes apartes (folios 16 a 24 del segundo cuaderno):

“Este Despacho, consciente de la importancia que reviste el suministro oportuno de los materiales y equipos requeridos por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional para el exitoso desarrollo de sus operaciones y, en atención a que la normatividad vigente establece como mecanismo de excepción la contratación directa para los bienes que de acuerdo con sus características tengan la naturaleza de material de guerra o reservado o de aquellos que sin serlo, en rigor, apliquen para los fines de la defensa nacional en circunstancias igualmente excepcionales, considera procedente impartir criterios bajo los cuales habrán de adelantarse los procesos administrativos que conduzcan a su adquisición, no sin antes reiterar que, por norma general, un adecuado y sistemático proceso de planificación de las compras permite perfectamente atender las necesidades de la Fuerza Pública con el procedimiento de la Licitación, mecanismo que rige la contratación del Estado, al cual no es ajeno el Ministerio de Defensa Nacional.

“Con tal propósito, a continuación se exponen los criterios generales que regularán las compras de material y equipo a lo largo de la presente vigencia, habida cuenta de la necesidad de flexibilizar y agilizar el proceso de contratación, con el fin de posibilitar la oportuna dotación de las diferentes Unidades Militares y Policiales con arreglo a los planes previstos para su operación.

“1. PRINCIPIO GENERAL

“Todos los bienes y servicios requeridos para la operación de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional serán adquiridas con el lleno de los requisitos y formalidades establecidos en la norma contractual vigente.

“Cuando a juicio de la Fuerza, debidamente sustentado, se considere que el proceso licitatorio resulta inconveniente para determinados

bienes o servicios que de acuerdo con su naturaleza reúnan características de material de guerra o reservado, o de aquellos que sin serlo apliquen para los fines de la defensa nacional en circunstancias de excepción, podrá solicitarse, mediante petición motivada, contratación directa, la cual será autorizada por este Despacho siempre que de su análisis se concluya la validez de las circunstancias expuestas. Se acompañará además de la justificación, el proyecto de solicitud de cotización en los términos de esta circular, así como el cronograma tentativo para su ejecución. En todos los otros casos, salvo los de fuerza mayor, exclusividad o actos de gobierno, deberá someterse al procedimiento de la licitación.

“La contratación directa que se autorice, en forma expresa, independientemente de la fuente de financiación de los recursos que se utilicen, ya sean del crédito público externo, o del presupuesto ordinario de la Nación, se someterá a los siguientes lineamientos de carácter general.

“2. CONTRATACION CON RECURSOS DEL CREDITO EXTERNO

“2.1. SOLICITUD DE COTIZACION

“2.2. PUBLICIDAD

“2.3. PLAZOS

“2.4. PROCESO DE EVALUACION DE OFERTAS

“2.4.1. El día y hora fijados para el cierre de la solicitud de cotización, la Junta Técnica de Licitaciones y Adquisiciones de la Unidad Ejecutora respectiva procederá a la apertura de la urna designada para el recibo de las ofertas, levantando el acta correspondiente.

“2.4.2. Recibidas las oferta, los Jefes de las Unidades Ejecutoras procederán a conformar y convocar los comités a que se refiere la Resolución 3693 de 1992, a quienes se remitirán el mismo día los originales de las propuestas para evaluación, en concordancia con los criterios y puntajes contemplados en la solicitud.

“(…)

“Una copia de las propuestas, en sobre cerrado, deberá ser enviada el mismo día a la Secretaría General del Ministerio.

“2.4.3. Los comités dispondrán de un máximo de 10 días calendario contados a partir del cierre de la convocatoria y apertura de la urna para rendir su concepto escrito con estricta sujeción a los parámetros definidos previamente, adjuntando los formatos de evaluación debidamente diligenciados con la sumatoria de puntajes totales obtenidos, así como cualquier otro concepto o constancia expedido por los organismos asesores consultando al efecto en los aspectos de calidad, cuando a ello hubiere lugar.

“El comité económico y financiero debe considerar en su proceso de análisis y evaluación, las tablas de equivalencia financiera que

mensualmente la Dirección de Crédito Público tramita a través de la Secretaría General del Ministerio.

“2.4.4. Al recibo de los conceptos de que trata el punto anterior, los cuales deberán ser suscritos por los integrantes de cada comité, el Jefe de la Unidad Ejecutora procederá dentro de los 10 días siguientes a reunir la Junta Técnica de Licitaciones y Adquisiciones para el estudio de los conceptos remitidos, con base en los cuales ésta formulará la recomendación de adjudicación al Ministro de Defensa Nacional.

“Al delegado del Ministro ante la Junta Técnica, se deberá remitir con anticipación de 72 horas a la celebración de la misma la agenda (...).

“2.4.5. Respecto de la recomendación de adjudicación que formule la Junta Técnica de Adquisiciones y Licitaciones, se hace claridad que, si bien el Ministerio de Defensa es respetuoso de la autonomía de las Fuerzas para recomendar el tipo y calidad de los bienes a adquirir, el acto jurídico de la adjudicación en sí, corresponde al Ministro y, por lo tanto, el proceso que se surte en este Despacho no es una situación trámite; por el contrario, es un derecho que le asiste para revisar no sólo los procedimientos adelantados, sino también decidir sobre la conveniencia de las respectivas propuestas de adquisición.

“En virtud de lo anterior, la recomendación de adjudicación, proyecto de Resolución, así como los originales de las ofertas, análisis y conceptos emitidos con su debida sustentación, deberán ser remitidos directamente a la Secretaría General del Ministerio, a más tardar diez (10) días antes de la fecha fijada en las solicitudes para conceder la adjudicación.

“2.4.6. La comunicación remisoria de los documentos mencionados hará referencia además, al número de la cotización, fecha de cierre, fecha final para adjudicación y mención del decreto y proyecto a que corresponden los recursos.

“2.4.7. La Secretaría General radicará en la Oficina Jurídica, para su revisión y análisis, la documentación recibida, la cual, para el efecto, abrirá un libro de registro con fines de control.

“2.4.8. La Oficina Jurídica, en coordinación con la Oficina de Planeación, y con los Asesores que el Ministro designe, revisará el proceso seguido con especial énfasis en la aplicación de los criterios jurídicos, técnicos y económicos contenidos en la solicitud, frente a las ofertas evaluadas.

“(...

“2.5. NEGOCIACION

“Dada la flexibilidad y agilidad que otorga el proceso de contratación directa para acordar las condiciones bajo las cuales se adelantaría la adquisición de los bienes y/o servicios solicitados, el Ministerio de Defensa se reserva el derecho de llamar al o a los oferentes preseleccionados por la Fuerza, con el

fin de negociar mejores precios, términos de financiación, plazos, condiciones de pago, etc.

“A este efecto, el Ministerio constituirá un comité Especial, con arreglo a la conformación que se detalla a continuación.

“2.6. COMITE ESPECIAL DE NEGOCIACION

“Para efecto de la contratación directa, en que se considere conveniente la negociación, el Ministerio de Defensa constituirá un Comité Especial integrado por los siguientes miembros:

“Para cada una de las Fuerzas Militares:

“- Por el Comandante General de las Fuerzas Militares.

“- Por el Comandante y Segundo Comandante de la respectiva Fuerza.

“- Por el Secretario General del Ministerio de Defensa.”

“(…)

“En ausencia del Ministro el comité será presidido por el oficial más antiguo.

“La convocatoria de los proveedores para efectos de la negociación, se hará con 72 horas de anticipación a la fecha prevista para su realización.

“Cuando en la negociación se acordaren modificaciones a la oferta inicial, el proveedor deberá ratificarlas por escrito dentro del plazo que se determine entre el comité y el proveedor, lo cual se hará constar en el acta de dicha reunión.

“3. CONTRATACION DIRECTA CON RECURSOS ORDINARIOS DEL PRESUPUESTO NACIONAL

*“Este Despacho comparte la preocupación de las Fuerzas y la Policía Nacional en cuanto hace a la contratación de elementos básicos para su operación; al efecto, los bienes y servicios cuya adquisición se prevea en los términos y condiciones del numeral primero de esta circular, así como aquellos cuyo suministro esté en manos de pocos fabricantes, o con precios regulados por el Estado, como puede ser el caso de los textiles, baterías, llantas y neumáticos, combustibles, grasas y lubricantes, **se autorizará, previa solicitud, la contratación directa con arreglo al procedimiento descrito en los numerales anteriores, exceptuando lo relativo a la oferta de financiación.***

“Con tal propósito las Unidades Ejecutoras remitirán a este Despacho, con plazo, marzo 15/93 junto con la solicitud de autorización, el programa de compras de estos bienes, definiendo nombre de los fabricantes, cantidades, calidades, referencias equivalentes en las diferentes marcas, precios de referencia del último trimestre y recursos disponibles para la vigencia fiscal de 1993.

“Igual procedimiento se seguirá cuando se asigne nuevos recursos mediante adiciones presupuestales, dentro de los quince días siguientes a la expedición de la norma que los genera.

“(...).” (Negritas por fuera del original)

5.1.2. La invitación a contratar.

- Copia auténtica del oficio 7777 MDJC-023 de agosto 19 de 1993, mediante el cual el Ministro de defensa Nacional autorizó al Comandante del Ejército Nacional para adelantar el procedimiento administrativo de contratación directa para la adquisición de 35.000 pares de botas de combate (folios 25 y 309´ del segundo cuaderno).
- Copia auténtica de la solicitud de cotización Nro. 066 de 1993, en la cual no se observa fecha y tampoco se encuentra firmada; en este documento se estableció: **(i)** el objetivo de la cotización; **(ii)** las cantidades y especificaciones de los elementos a adquirir; **(iii)** las condiciones generales de la cotización; **(iv)** la cantidad de muestras que debían presentar los oferentes y, **(v)** las normas generales bajo las cuales debía adelantarse el procedimiento administrativo de selección; se destacan los siguientes apartes (folios 34 a 36, 298´a 301´ y 310´ a 313´ del segundo cuaderno):

“1. OBJETIVO DE LA COTIZACION

“El Ejército Nacional está interesado en cotizar por conducto de la Dirección de Adquisiciones el siguiente material:

“BOTAS DE COMBATE

“2. CANTIDADES Y ESPECIFICACIONES DE LOS ELEMENTOS

“a. BOTAS DE COMBATE

“Cantidad: 35.000 pares.

“Especificaciones

“Tipo: De combate, jungla (según muestra).

“Confeccionadas: En vaqueta negra impermeable, lona negra/verde.

“Suelas y tacones: Labrados de excelente calidad.

La fuerza de adhesión de la punta y tacón debe ser de 27 a 32 kilogramos

“Plantilla: En suela delgada (cuero).

“Calibre: Los cueros a utilizar deben estar entre 1,8 a 2,0 milímetros.

Cambriones: En acero.

Ojetes: De 18 a 20 por unidad (cada bota).

Cordones: Color negro, fabricados en nylon

Sistema de fabricación: Punteadas, inyectadas o vulcanizadas

Talla: Del 37 a 44, en porcentajes que determine la Dirección de Intendencia

Largo cordones: De 140 a 150 centímetros mínimo.

“(…)

“3. CONDICIONES GENERALES DE LA COTIZACION

“El proponente deberá indicar en su cotización como mínimo los siguientes aspectos:

“- Las calidades técnicas de los bienes que ofrece.

“-Cantidad de los mismos.

“-Precio.

“-Forma de pago.

“-Plazo de entrega.

“-Lugar y modalidad de entrega de los bienes.

“-Posibles garantías y demás condiciones propias que sirvan para garantizar el bien.

“-Tiempo mínimo de validez de la oferta: 90 días.

“4. MUESTRAS

“Para análisis y estudio los oferentes deben presentar tres (3) pares.

“(…)

“6. OBSERVACIONES GENERALES

“a. La presente solicitud no constituye Pliego de Condiciones de Licitación Pública ni Privada y en ningún caso obliga a adquirir ni a

contratar con los proveedores a los que se les haya enviado solicitud de cotización.

“b. Las características y calidades del material relacionado en la presente solicitud de cotización son las mínimas exigidas por el EJERCITO NACIONAL, quedando los oferentes en libertad de presentar propuestas del material con especificaciones y calidades superiores.”

- Copia auténtica del documento sin fechar titulado “*Compra-venta de bienes muebles diferentes a equipos*”, firmado por el Coronel Luis Carlos Ramírez López -“*Director de Intendencia Ejército*”-, el cual contiene la información y las normas complementarias a la solicitud de cotización Nro. 066 de 1993, para la adquisición de botas de combate tipo Jungla, en los términos que se exponen a continuación (folios 26 a 33 y 302´a 308´del segundo cuaderno):

“PRESENTACION DE LA OFERTA

“(...

“2. FORMA DE PAGO

2.1. DECLARACION POR ESCRITO FORMA DE PAGO.

“El oferente deberá manifestar en forma expresa y por escrito: “QUE SE SOMETE AL SISTEMA DE PAGO ESTABLECIDO POR EL MINISTERIO DE DEFENSA Y QUE RENUNCIA AL COBRO DE INTERESES E INDEMNIZACIONES POR MORA EN EL PAGO” se pactará la siguiente cláusula en el contrato: INDEMNIZACIONES POR MORA. “LA NACION -MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL, no reconocerá a los contratistas indemnizaciones ocasionadas por la mora en el pago de las sumas pactadas a su favor en los contratos y en consecuencia el respectivo contratista deberá renunciar expresamente al cobro de intereses de mora en todos los casos.

“EN CASO DE SOLICITARSE PAGO MEDIANTE CARTA DE CREDITO, EL CONTRATISTA DEBERA ASUMIR TODOS LOS COSTOS Y GASTOS QUE SE DERIVEN O GENEREN EN SU TRAMITE (Comisiones: apertura, modificaciones, utilización y reembolso, comunicaciones telegráficas, intereses, diferencias de tipo de cambio, etc).

“En consecuencia el contratista al fijar el precio de los bienes deberá efectuar una estimación bajo su propio criterio de los costos que pueda generar la operación bajo esta modalidad de pago en razón a que el Ministerio de Defensa no reconoce reajustes por este u otros conceptos.

“2.2. SUBORDINACION PRESUPUESTAL

“Los pagos estarán subordinados a que los recursos hayan sido apropiados y se encuentren disponibles.

“2.3. ANTICIPO PARA PEQUEÑA O MEDIANA INDUSTRIA NACIONAL

“Se concederá anticipo hasta el cuarenta (40%) por ciento del valor total del contrato y el saldo se cancelará contra las entregas parciales o total a los oferentes favorecidos que acrediten pertenecer a la pequeña o mediana industria nacional que cumplan simultáneamente con las condiciones que a continuación se relacionan:

“QUE LA PLANTA DE PERSONAL DE LA EMPRESA NO EXCEDA DE 190 TRABAJADORES.

“QUE EL VALOR TOTAL DE SUS ACTIVOS NO EXCEDA LAS CUANTIAS PREVISTAS EN LA LEY 78 DEL 21 DE DICIEMBRE DE 1.988.

“3. FACTORES DE CALIFICACION

“Para la evaluación y calificación de la solicitud de cotización para la adquisición de bienes muebles diferentes a equipos se considerarán en forma rigurosa los siguientes criterios básicos y su ponderación:

A		
.	ASPECTOS JURIDICOS	0 puntos
B		430
.	ASPECTOS TECNICOS	puntos
1	Cumplimiento de especificaciones técnicas	
.		
2		350
.	Calidad	puntos
3		
.	Plazo	0 puntos
4		80
.	Otros aspectos	puntos
C		500
.	ASPECTOS ECONOMICOS	puntos
1		500
.	Precio	puntos
		930
	TOTAL	puntos

“3.1. ASPECTOS JURIDICOS

“3.1.1. Documentos y requisitos exigidos

“La prepuesta deberá contener todos los documentos exigidos en la presente solicitud de cotización.

“3.1.2. Calificación

“La evaluación de los aspectos jurídicos no da derecho a la asignación de puntaje.

“3.2. ASPECTOS TECNICOS (500 puntos)

“Se evaluarán los siguientes factores:

“3.2.1. Cumplimiento de las especificaciones técnicas exigidas en la solicitud de cotización

“En la solicitud de cotización se indican en forma expresa y detallada todos los aspectos técnicos inherentes al bien que se va a adquirir. Entre otros están clase de material medidas, empaque, descripción general, etc.

“Aquellas ofertas que, en el respectivo ítem, no cumplan con las especificaciones técnicas exigidas en la presente solicitud de cotización, serán eliminadas, las demás entrarán al proceso de calificación de los factores siguientes.

“3.2.2. Calidad (350 puntos)

“Hace referencia a características o propiedades del bien. Este factor se evaluará con base en los siguientes aspectos:

“3.2.2.1. Resultados pruebas físico-químicas (130 puntos)

“Por no existir norma técnica para el bien objeto de la presente solicitud de cotización las características mínimas requeridas del bien son las descritas en la solicitud de cotización.

“- Eliminación

“Cuando no se cumplan las características mínimas exigidas en la solicitud de cotización, la oferta se eliminará, en el ítem respectivo.

“El Ejército Nacional evaluará el cumplimiento de las características técnicas mínimas exigidas en la solicitud de cotización, de acuerdo con las pruebas físico-químicas que para el efecto se determinen.

“El producto que presente características que superen las mínimas exigidas en la solicitud de cotización, se le asignará la mayor calificación (180 puntos) y los demás se calificarán proporcionalmente. Entendiéndose que el menor puntaje se le asignará a la propuesta que cumpla las condiciones mínimas exigidas.

“3.2.2.2 Conceptos técnicos (80 puntos)

“Corresponde a los conceptos técnicos emitidos por personal especializado e idóneo en el área correspondiente.

“El mayor puntaje se otorgará a la propuesta que ofrezca mejores condiciones en cuanto a su aplicación o uso para la Institución, las demás se calificarán en forma proporcional.

“El Ejército Nacional solicitará dichos conceptos al laboratorio de Control de Calidad del Batallón de Intendencia y/o entidades oficiales o privadas de acuerdo a la especialidad del bien licitado.

“3.2.2.3. Diseño y acabados del producto (30 puntos)

“Teniendo en cuenta las características externas del producto en cuanto a diseños y acabados se calificarán los bienes ofrecidos, asignando un máximo de 30 puntos a la (s) propuesta (s) que se considere (n) más aceptable (s), de acuerdo con el concepto que emita el respectivo comité técnico. Las demás ofertas se calificarán con puntajes menores según las diferencias que presenten con relación a la (s) propuesta (s) mejor evaluada (s).

“3.2.2.4. Otros (60 puntos)

“En caso de no requerirse otros aspectos técnicos los sesenta (60) puntos deben adicionarse al aspecto "Resultados pruebas físico-químicas"

“3.2.3. Plazo

“El Ejército Nacional requiere las botas de combate mediante entregas parciales o totales dentro de los noventa (90) días siguientes al perfeccionamiento del respectivo contrato.

“LOS PROPONENTES QUE NO OFREZCAN EL PLAZO Y CANTIDADES REQUERIDAS SE ELIMINARAN.

“ASIMISMO LOS PROPONENTES QUE SUPEDITEN LA ENTREGA DEL MATERIAL A LA CANCELACION DEL ANTICIPO QUE TRATA EL NUMERAL 2.3, TAMBIEN SE ELIMINARAN.

“3.2.4. Otros aspectos (80 puntos)

“En caso de no requerirse la calificación de otros aspectos este puntaje se adicionará al factor "calidad", distribuido proporcionalmente entre los aspectos que se evalúan en ese factor.

“3.3. ASPECTOS ECONOMICOS (500 puntos) Se evaluarán los siguientes factores:

“3.3.1. Precio (500 puntos)

“Calificación del precio:

“Se asignará el mayor puntaje a la oferta que presente el menor precio de las ofertas habilitadas.

“Para determinar el puntaje de las demás ofertas se aplicará la siguiente fórmula:

$$\text{PUNTAJE} = \frac{\text{OMV} \times 500}{\text{VOE}}$$

“OMV= Oferta menor valor

“VOE= valor oferta a evaluar

“NOTA: En el evento que se presenten ofertas en dólares u otra moneda extranjera, para efectos de evaluación, de este factor se tomará el tipo de cambio proyectado a 31 de Diciembre de 1.993.

“4. ADJUDICACION

“4.1 Las cantidades estipuladas en la presente solicitud de cotización podrán ser disminuidas de acuerdo con las disponibilidades para el año en curso.

“4.2. Los oferentes deberán diligenciar el cuadro de precios y el cuadro de plazos y programas de entrega adjuntos a presente cotización.

“La NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL, podrá adjudicar total o parcialmente esta solicitud de cotización dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a la fecha de cierre y el favorecido deberá notificarse de la resolución de adjudicación en el término de cinco (5) días hábiles a partir de la fecha de expedición de la misma.

“CONTRATO

“Se anexa minuta del contrato.

“(…)”

“6.2. CUADRO DE PLAZOS Y PROGRAMA DE ENTREGA

“6.3. MINUTA DEL CONTRATO

“**Las características y calidades del material relacionado en la presente solicitud de cotización son las mínimas exigidas por el EJERCITO NACIONAL, quedando los oferentes en libertad de presentar propuestas del material con especificaciones y calidades superiores.**” (Negrillas por fuera del original)

- Copia auténtica del oficio Nro. 108531 CEITE-DINTR-TEC de octubre 14 de 1993, mediante el cual el Director de Intendencia del Ejército Nacional le adicionó 6.700 pares de botas a la solicitud de cotización Nro. 066 de 1993 (folios 249´a 251´ del segundo cuaderno).

5.1.3. Los proponentes y las propuestas.

- Copia auténtica de la cotización presentada por la sociedad Compañía Industrial de calzado Ltda. (folios 170´a 181´ del segundo cuaderno).

- Copia auténtica del certificado de existencia y representación legal correspondiente a la sociedad comercial Must Trading Ltda., expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el día 12 de julio de 1994. Esta sociedad se constituyó el día 6 de enero de 1993 y su objeto social es el siguiente (folios 55 a 57 del cuaderno principal):

“LA SOCIEDAD SE OCUPARA O TENDRA COMO OBJETO SOCIAL PRINCIPAL EL DESARROLLO DE LAS SIGUIENTES ACTIVIDADES: A. LA INVERSION EN BIENES INMUEBLES, URBANOS Y/O RURALES Y LA ADQUISICION, ADMINISTRACION, ARRENDAMIENTO, GRAVAMEN O ENAJENACION DE LOS MISMOS EN NOMBRE PROPIO O AJENO; B. LA COMPRA, VENTA, DISTRIBUCION, IMPORTACION Y EXPORTACION DE TODA CLASE DE MERCANCIAS, PRODUCTOS Y ARTICULOS DE COMERCIO; C. LA REPRESENTACION Y AGENCIAMIENTO DE FIRMAS NACIONALES O EXTRANJERAS; D. LA PARTICIPACION, DIRECCION, VENTA DE PRODUCTOS Y/O ARTICULOS METALICOS, DE PLASTICOS, DE PAPEL O CARTON, DE VIDRIOS O DE CAUCHO, O SUS COMBINACIONES; E. EL DESARROLLO DE LAS ACTIVIDADES AGRICOLAS PECUARIAS Y FORESTALES, EN TODAS SUS ETAPAS, FORMAS Y MODALIDADES; F. EN DESARROLLO DE SU OBJETO, LA SOCIEDAD PODRA ASOCIARSE CON OTRA U OTRAS PERSONAS NATURALES O JURIDICAS QUE DESARROLLEN EL MISMO O SIMILAR OBJETO O QUE SE RELACIONEN DIRECTAMENTE CON ESTE, EN GENERAL, LA SOCIEDAD PUEDE EJECUTAR TODOS LOS ACTOS Y CELEBRAR TODO CONTRATO LICITO.”

- Copia auténtica de la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades nacionales, Departamentales y Municipales, distinguida con el número 9367592 de agosto 10 de 1993, mediante la cual la firma Must Trading Ltda., constituyó a favor del Ministerio de Defensa Nacional, la garantía de seriedad de la oferta presentada por esta sociedad con ocasión de la solicitud de cotización Nro. 66 de 1993; la garantía se expidió el día 10 de septiembre de 1993 y en la misma se estipuló una vigencia desde el 13 de septiembre de 1993 hasta el 13 de diciembre del mismo año (folios 104 a 107 del segundo cuaderno).

- Copia auténtica de la planilla de recepción de las ofertas presentadas con ocasión de la solicitud de cotización Nro. 066 de 1993 (folios 45 a 47 y 293´a 297´ del segundo cuaderno).
- Copia auténtica de una certificación expedida por el ICONTEC, calendada el 11 de octubre de 1994 y dirigida a la Procuraduría General de la Nación, según la cual la muestra de botas de combate IM-8 -correspondiente a la propuesta presentada por la empresa MUST TRADING LTDA. Y CIA.-, cumplía con las especificaciones estipuladas en la Solicitud de Cotización No. 066/93 (folios 199 a 205 del tercer cuaderno).

5.1.4. La evaluación.

- Copia auténtica del oficio CEDE4-425 de septiembre 16 de 1993, mediante el cual el Mayor Jaime Omar Garzón Rubiano le solicitó a las sociedades Andean Internacional Ltda., Fintrad Ltda., Nepomuceno Cartagena G. e Hijos., y a la firma Must Trading Ltda., dar respuesta a algunas observaciones, con el fin de proceder a evaluar las propuestas (folios 283´a 284´del segundo cuaderno).
- Copia auténtica del oficio de septiembre 21 de 1993, en el cual el Director de Adquisiciones del Ejército Nacional le solicitó a la firma Provesa Ltda., que aclarara el valor y la calidad de cada una de las muestras presentadas (folio 278´del segundo cuaderno).
- Copia auténtica de comunicaciones de septiembre 30 y de octubre 6 de 1993, en las cuales las sociedades Nepomuceno Cartagena G. E hijos, y Colombia Ltda., le ratificaron los precios y los plazos de entrega de las botas de combate al Director de Adquisiciones del Comando del Ejército, en los términos de la solicitud de cotización Nro. 066 de 1993 (folios 162´a 165´y 262´a 265´del segundo cuaderno).
- Copia auténtica de unas comunicaciones contentivas de algunas aclaraciones relacionadas con la solicitud de cotización Nro. 066 de 1993 por parte de las sociedades Provesa Ltda., Andean Internacional

Comercializadores Ltda., y la Compañía Industrial de Calzado Ltda. (folios 269´a 282´del segundo cuaderno).

- Copia auténtica del oficio Nro. 60 de septiembre 17 de 1993, emanado del Comité Jurídico de las Fuerzas Militares, en el cual conceptuó que las ofertas presentadas por las sociedades Andean Internacional Comercializadora Ltda., Isrex Colombia Ltda., Nepomuceno Cartagena G. e Hijos., Provesa Ltda., Croydon S.A., Florencio Perdomo, Calzado Industrial Toger Ltda., Compañía Industrial de Calzado Ltda., Calzado Atlas Ltda., Inter Terra S. en C., Fintrad Ltda. y Must Trading Ltda., cumplieron con los requisitos legales exigidos en la solicitud de cotización Nro. 066 de 1993 (folio 287´del segundo cuaderno).
- Copia simple de un documento que contiene una certificación expedida por el Director de Adquisiciones del Ejército, fechada el 30 de octubre de 1997, según la cual, a las propuestas participantes en el procedimiento administrativo de selección les fueron asignados los siguientes códigos para efectos de la evaluación (folio 324´ del segundo cuaderno):

No.	FIRMA	CODIGO
1	CROYDON S.A.	IM-01
2	FINTRAD LTDA.	IM-02
3	PROVESA LTDA.	IM-03 (BASICA)
		IM-04 (ALTERNATIVA)
4	NEPOMUCENO CARTAGENA E HIJOS	IM-05
5	ANDEAN INTERNATIONAL	IM-06 (ALTERNATIVA)
		IM-07 (BASICA)
6	MUST TRADING LTDA.	IM-08
7	FLORENCIA PERDOMO	IM-09
8	CALZADO TROGER	IM-10
9	CIA. INDUSTRIAL DE CALZADO	IM-11 (BASICA)
		IM-12 (ALTERNATIVA)
10	CALZADO ATLAS	IM-13 (BASICA)
		IM-14 (ALTERNATIVA)
11	ISREX COLOMBIA LTDA.	IM-15 (NO PRESENTO MUESTRA)
		IM-16 (BASICA)
		IM-17 (ALTERNATIVA)

Este documento fue aportado al proceso por la entidad pública demandada -por solicitud del Tribunal Administrativo a quo-, el cual se allegó en copias que

corresponde a un documento producido por la misma entidad, razón por la cual se reputa como auténtico y tiene pleno valor probatorio²².

- Copia auténtica del concepto técnico, sin fechar, correspondiente a la cotización Nro. 066 de 1993, firmado por los señores Luís Carlos Valderrama Barrero, Alberto Ramírez Guerrero, Ernesto López y Polo Hernando Romero Roa, quienes, según el documento, formaban parte del “Comité Técnico”; de acuerdo con lo expuesto por los miembros del *Comité Técnico*, las propuestas distinguidas con los códigos IM-07, IM-03, IM-04, IM-10, IM-04, IM-14, IM-16, IM-17, IM-02 e IM-06 no se debían considerar, dado que en la evaluación obtuvieron calificaciones inferiores a 300 puntos; los integrantes del mencionado Comité analizaron cada una de las muestras, de acuerdo con las características técnicas y arribaron a la conclusión de que se debía asignar el siguiente puntaje al componente técnico (folios 48 a 60 y 134´a 142´ del segundo cuaderno):

1 Puesto	IM-11	376 Puntos
2 Puesto	IM-12	366 Puntos
3 Puesto	IM-05	354 Puntos
4 Puesto	IM-13	339 Puntos
5 Puesto	IM-09	328 Puntos
6 Puesto	IM-08	307 Puntos
7 Puesto	IM-01	306 Puntos
8 Puesto	IM-07	288 Puntos
9 Puesto	IM-03	285 Puntos
10 Puesto	IM-10	274 Puntos
11 Puesto	IM-04	273 Puntos
12 Puesto	IM-14	263 Puntos
13 Puesto	IM-16	253 Puntos
14 Puesto	IM-17	241 Puntos
16 Puesto	IM-02	237 Puntos
17 Puesto	IM-06	224 Puntos

En los comentarios efectuados por el Comité Técnico a las muestras IM-8 - correspondiente a la firma Must Triding Ltda.- y a la firma IM-11 -propuesta básica presentada por la sociedad COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO LTDA.-, se lee lo siguiente:

“JUSTIFICACION DISMINUCION PUNTAJE

“IM-8

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de abril 18 de 2010, Expediente 18168, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

“SUELA

“En adhesión 9 puntos, 4 puntos en grosor, en flexión 8 puntos, 5 puntos en dureza en comparación con la mejor propuesta y de acuerdo a ensayos realizados en la norma ICONTEC 1-082, el tacón 4 puntos, en grosor 6 puntos, en labrado con relación a la mejor muestra.

“REFUERZO PLANTILLA

“Se le disminuye el total de puntos por no presentar lámina acerada

“VAQUETA

“En clase de cuero se le disminuye 8 puntos en comparación con el mejor cuero engrasado e impermeable.

“LONA

“En material y tensión 7 puntos cada uno por ser de inferior calidad a la de poliéster.

“PLANTILLA

“Se le disminuyen 9 puntos por presentarla en vaqueta y la solicitada es en cuero.

“OJETES

“Por presentar un paso inferior se le disminuye 4 puntos.

“COSTURAS

“Por no presentar presilla de refuerzo

“CONTRAFUERTE

“Se le disminuye 4 puntos por ser de inferior calidad al cuero.

“FORRO CAPELLADA

“Por presentar un material de inferior calidad se le rebaja dos puntos comparada con la de cuero.”

“(…). (Negrillas añadidas)

“IM-11

“SUELA

“Grosor 4 puntos, flexin 5 puntos de acuerdo a ensayo realizado.

“LONA

“Dos puntos en tensión comparados con la mejor muestra

“OJETES VENTILACION

“Por no presentarlo se le disminuye 5 puntos.

OJETES

“Un punto por su paso interior.

“REATA

“3 Puntos en relación con la mejor muestra

“FORRO CAPELLADA

“4 puntos en relación con la mejor muestra.”

- Copia auténtica de un documento sin fecha, que contiene la ponencia presentada por el Director de Intendencia del Ejército, Coronel Luis Carlos Ramírez López, ante la Junta de Adquisiciones del Ejército Nacional, con el fin de recomendar la adjudicación de la solicitud de cotización Nro. 066 de 1993; en este documento se expresó lo siguiente (folios 37 a 44, 77 a 84 y 212´a 221´del segundo cuaderno):

“PONENCIA ANTE LA HONORABLE JUNTA DE LICITACIONES DEL EJERCITO PARA RECOMENDAR LA ADJUDICACION DE LA SOLICITUD DE COTIZACION No. 66/93

“1. ANTECEDENTES

“a. La Fuerza autorizó un traslado presupuestal de Armamento para adquirir **BOTAS DE COMBATE** a fin de ser suministradas al Personal empeñado en áreas de orden público, razón por la cual la Intendencia General abrió por conducto de la Dirección de Adquisiciones la solicitud de cotización No. 66/93.

“b. La Intendencia General abrió la licitación pública No. 84/93 para la adquisición de botas de combate, la cual (sic) se declaró desierta por segunda vez y se solicitó su adición a la cotización 66.

“3. FIRMAS INVITADAS A COTIZAR

“La Dirección de Adquisiciones formuló invitación a cotizar a las siguientes firmas:

- RUIZ Y VILLA LTDA.
- COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO.
- MAC. LUSART.
- MUST TRADING LTDA.
- FINTRAD LTDA.
- FAMEP.
- ANDEAN INTERNACIONAL.
- ISREX COLOMBIA LTDA.
- ALVARO CRUZ.

- D. O. S. COMPUTER LTDA.
- NEPOMUCENO CARTAGENA G. E HIJOS.
- INVERSIONES PIARTINEZ CARBONELL.
- CALZADO INDUSTRIAL TROGER.
- LALINDE RODRIGUEZ Y CIA.
- GALVIS LTDA.
- CROYDON S.A.
- FLORENCIO PERDOMO.
- MUNDOCOMERCIO.
- CALZADO ATLAS.
- DISTRIBUIDORA BOG LTDA.
- SAIGA LTDA.
- PROVESA LTDA.
- INTER TERRA.
- CAMIRON INTERNACIONAL.
- MERCAGER LTDA.

“3. FIRMAS QUE PRESENTARON OFERTA

“Al efectuar la apertura de la urna se encontraron las siguientes ofertas:

- CROYDON S. A.
- FINTRAD LTDA.
- PROVESA LTDA.
- MUST TRADING LTDA.
- NEPOMUCENO CARTAGENA G. E HIJOS.
- ANDEAN INTERNACIONAL.
- MUST TRADING LTDA.
- FLORENCIO PERDONO.
- CALZALO INDUSTRIAL TROSER LTDA.
- COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO.
- CALZADO ATLAS.
- ISREX COLOMBIA LTDA.
- INTERTERRA.

“4. CONCEPTO JURIDICO

“(...)

“Los miembros del Comité conceptúan que las firmas que presentaron oferta para esta cotización cumplen con los requisitos legales exigidos, razón por la cual pueden continuar con los análisis subsiguientes.

“5. ESTUDIOS MATERIAL REQUERIDO

BOTAS DE COMBATE

(1) CONCEPTO TECNICO (Valoración factor calidad)

“(...)

“Las muestras presentadas obtuvieron según el concepto emitido por los miembros del Comité Técnico, quienes las analizaron teniendo en cuenta el examen de laboratorio practicado en el Batallón de Intendencia, el siguiente resultado: acuerdo anexo "A"

“(2) CONCEPTO ECONOMICO (Valoración factor precio)

“(...)

“La oferta presentada se clasifica según el informe presentado por el Comité así:

<i>PUESTO</i>	<i>CODIGO</i>	<i>VALOR UNITARIO</i>	<i>PUNTAJE</i>
<i>1o</i>	<i>IM-17</i>	<i>\$ 14,500.00</i>	<i>500.00</i>
<i>2o</i>	<i>IM-05 AL 13*</i>	<i>\$ 16,286.42</i>	<i>445.16</i>
<i>3o</i>	<i>IM-10</i>	<i>\$ 18,132.00</i>	<i>399.83</i>
<i>4o</i>	<i>IM-08</i>	<i>\$ 18,776.00</i>	<i>386.13</i>
<i>5o</i>	<i>IM-05 AL 2*</i>	<i>\$ 18,962.11</i>	<i>382.34</i>
<i>6o</i>	<i>IM-05 AL 1*</i>	<i>\$ 18,971.41</i>	<i>382.15</i>
<i>7o</i>	<i>IM-14 AL 2*</i>	<i>\$ 19,662.72</i>	<i>368.72</i>
<i>8o</i>	<i>IM-03A*</i>	<i>\$ 20,997.00</i>	<i>345.29</i>
	<i>IM-038*</i>	<i>\$ 20,997.00</i>	<i>345.29</i>
<i>9o</i>	<i>IM-16</i>	<i>\$ 21,500.00</i>	<i>337.21</i>
<i>10o</i>	<i>IM-12</i>	<i>\$ 21,899.00</i>	<i>331.06</i>
<i>11o</i>	<i>IM-02</i>	<i>\$ 21,991.00</i>	<i>329.68</i>
<i>12o</i>	<i>IM-14 AL T-1</i>	<i>\$ 22,488.78</i>	<i>322.38</i>
<i>13o</i>	<i>IM-11</i>	<i>\$ 22,629.00</i>	<i>320.39</i>
<i>14o</i>	<i>IM-06</i>	<i>\$ 23,793.00</i>	<i>304.71</i>
<i>15o</i>	<i>IM-13</i>	<i>\$ 24,578.40</i>	<i>294.97</i>
<i>16o</i>	<i>IM-09</i>	<i>\$ 25,080.00</i>	<i>289.07</i>
<i>17o</i>	<i>IM-04</i>	<i>\$ 25,632.00</i>	<i>282.85</i>
<i>18o</i>	<i>IM-07</i>	<i>\$ 26,273.82</i>	<i>275.96</i>
<i>19o</i>	<i>IM-01</i>	<i>\$ 26,400.12</i>	<i>274.62</i>
<i>20o</i>	<i>IM-15</i>	<i>\$ 27,871.80</i>	<i>260.12</i>
<i>21o</i>	<i>IM-05</i>	<i>\$ 44,334.74</i>	<i>163.53</i>

** Estas firmas no presentaron muestra*

**** Corresponde a la firma NEPOMUCENO CARTAGENA G. E HIJOS la cual no presentó muestra ni incluyó el valor de la nacionalización.*

(3) CANTIDAD REQUERIDA

51.000 pares.

(4) ANALISIS

Efectuados los diferentes estudios, las muestras y firmas cumplen en un todo con las exigencias del pliego y obtuvieron los siguientes resultados así:

PUESTO	CODIGO	PUNTAJE PRECIO	PUNTAJE CALIDAD	PUNTAJE TOTAL
1o	IM-11	320.39	449.00	769.39
2o	IM-08	386.13	379.00	765.13
3o	IM-12	331.06	434.00	765.06
4o	IM-13	294.97	422.00	716.97
5o	IM-09	289.07	409.00	698.07
6o	IM-01	274.62	380.50	655.12
7o	IM-05	163.53	401.18	564.71
*	IM-17	500.00	260.50	760.5
*	IM-10	399.83	361.00	760.83
*	IM-03	345.29	343.00	688.29
*	IM-14	322.38	342.00	664.38
*	IM-02	329.58	312.00	641.58
*	IM-07	275.94	365.00	640.94
*	IM-06	304.71	299.00	603.71
*	IM-04	282.85	309.80	592.65
*	IM-16	337.21	333.00	670.21
*	IM-15	163.53	0.00	163.53
*	IM-14-2	368.72	0.00	368.72
*	IM-05-1	382.15	0.00	382.15
*	IM-05-2	382.34	0.00	382.34
*	IM-05-3	445.16	0.00	445.16

“El Comité Técnico, se permite recomendar que las botas cuyos códigos hayan obtenido puntaje de 300 puntos, no se consideren para su adquisición, puesto que si bien es cierto que algunas de sus partes son buenas, también lo es que algunas de sus partes esenciales en la vida útil de la bota son de pésima calidad, como lo es la abrasión o resistencia al desgaste en su suela, plantilla en cartón, el flexin o duración en el uso por su rotura prematura y la adhesión de la suela a la capellada, como son los códigos IM-07, IM-03, IM-04, IM-10, IM-14, IM-16, IM-17, IM-02 e IM-06.

“(5) CONCLUSION

“La muestra identificada con el código IM-11 clasificada en primer lugar en el análisis anterior ofrece las mejores condiciones generales, razón por la cual se recomienda su adquisición.

“(6) RECOMENDACION

“La Dirección de Intendencia se permite proponer a la Honorable Junta de Licitaciones del Ejército, RECOMIENDE al Señor Ministro de Defensa Nacional, autorice el contrato para la adjudicación de botas de combate de acuerdo al siguiente detalle:

“A LA FIRMA IDENTIFICADA CON EL CODIGO IM-11

“43.953 pares de características iguales a las presentadas tanto en la oferta como en las muestras a razón de \$22.629,00 cada par, incluido el impuesto a las ventas para un valor total de \$994'612.437,00.

“(...).” (Negrillas añadidas)

- Copia auténtica de un documento de diciembre 9 de 1993, en el cual la Oficina Jurídica del Ministerio de Defensa Nacional, analizó los precios ofrecidos por la Compañía Industrial de Calzado Ltda., y concluyó, en relación con los precios históricos de la entidad, lo siguiente (folios 76 y 143´ del primer cuaderno):

“OBSERVACIONES: El precio ofrecido de \$22.629.00 presenta una disminución de \$5.45% respecto al precio de 1990 proyectado a precios constantes de 1993. La adquisición es favorable.”

5.1.5. La recomendación de la Junta Técnica de Adquisiciones y Licitaciones del Ejército.

- Copia auténtica del acta Nro. 45 de octubre 21 de 1993, mediante la cual la Junta Técnica de Adquisiciones y Licitaciones del Ejército le recomendó al Ministro de Defensa Nacional la adjudicación de la cotización número 066/93 a la sociedad COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO; del documento se destacan los siguientes apartes (folios 61 a 64 del segundo cuaderno):

“Ponencia para recomendar adjudicar la cotización No. 66/93, para la adquisición de botas de combate, la cual hace parte integral de la presente acta.

“El Señor Coronel Director de Intendencia dio lectura a la ponencia indicando antecedentes, disposiciones legales, firmas que adquirieron pliego, firmas que presentaron oferta, conceptos jurídico, técnico, económico, análisis, conclusión, recomendación y artículo presupuestal afectado.

“Analizada en todas sus partes la ponencia, la Junta de Adquisiciones y Licitaciones del Ejército resuelve:

“1. APROBAR LA PONENCIA PRESENTADA POR LA DIRECCION DE INTENDENCIA.

“2. RECOMENDAR AL SEÑOR MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL LO SIGUIENTE:

“ADJUDIQUE LA COTIZACION No. 66/93, A LA FIRMA COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO, 43.953 PARES DE BOTAS DE COMBATE A RAZON DE \$22.629,00 CADA PAR INCLUIDO EL I.V.A PARA UN VALOR TOTAL DE \$994'612.437,00.”

“NOTAS: 1. FORMA Y CONDICIONES DE PAGO

De acuerdo a lo estipulado en la oferta.

2. PLAZO Y CONDICIONES DE ENTREGA

De acuerdo a lo estipulado en la oferta

3. ARTICULO PRESUPUESTAL AFECTADO

“(..).”

- Copia auténtica del certificado de disponibilidad presupuestal Nro. CTRAD-863/03 de diciembre 2 de 1993, mediante el cual la División de Finanzas del Ejército Nacional certificó la existencia de \$994'612.437 para atender un contrato de compraventa de material reservado de intendencia, de conformidad con la recomendación formulada en el acta número 045 del 21 de octubre de 1993, emanada de la Junta Técnica de Adquisiciones y Licitaciones del Ejército (folio 65 del segundo cuaderno).
- Copia auténtica de un documento titulado “*volante de resoluciones*” de diciembre 10 de 1993, en el cual se presenta el proyecto de resolución a través de la cual “*se adjudica directamente un contrato de compra venta de material reservado de Intendencia*” a la sociedad COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO, por valor de \$994'612.437.00, en tanto ésta ocupó el primer lugar en la evaluación de su propuesta de vender al Ministerio de Defensa la cantidad de 43.953 pares de botas de combate, de conformidad con el acta número 45 de 1993, suscrita por la Junta de Licitaciones del Ejército el 21 de octubre de 1993; en este documento se relaciona el puntaje obtenido por cada uno de los proponentes, del cual se destacan los siguientes apartes (folios 74 a 75 del segundo cuaderno):

PARTICIPANTES	PUNTAJE	PUESTO	PRECIO	ADJUDICATARIO	ITEM
COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO	769.39	1o	\$22.629.00	X	43.953 pares de botas
MUST TRADING LTDA.	765,13	2o	\$18.776.11		
COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO	765,06	3o	\$21.899.00		(Alternativa)
CALZADO ATLAS	716,97	4o	\$24.578,40		
FLORENCIO PERDOMO	698,07	5o	\$25.080.00		

“(…)”					
-------	--	--	--	--	--

“NOTA: Se anexa memorando del Grupo de seguimiento sobre apreciación del análisis de precios históricos, realizado por el Comité Económico respectivo.”

“No hay observaciones de carácter jurídico que formular al proyecto de la referencia, por tanto puede ser firmado por los señores Ministro y Secretario General del Ministerio de Defensa.”

“REVISO:

TO. BEATRIZ FELIZA MONTAÑA CARO

IRMA TRUJILLO ARDILA
BOHORQUEZ
Sección Contratos

MARTHA GONZALEZ
Jefe Oficina Jurídica

NOTA: Según el concepto técnico los aspectos por los cuales se le adjudicó a la firma COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO LTDA., son:

- En la suela, por mejor adhesión, flexibilidad y dureza
- Por la clase de vaqueta
- Por la clase de lona
- Por la plantilla
- En ojetes, la dimensión
- Por las costuras
- Por el contra fuerte
- Por el diseño y acabados”

5.1.6. Citación al comité de negociación.

Copia auténtica de los oficios Nros. 12459 MDJJ-023 y 12460 MDJJ-023 de diciembre 21 de 1993, mediante los cuales el Mayor General Eddie Alberto Pallares Cotes -Secretario General del Ministerio de Defensa-, le comunicó al Gerente General de la sociedad Compañía Industrial de Calzado Ltda., y al Representante Legal de la firma Must Trading Ltda., la activación del Comité de Negociación para efectos de la adquisición de las botas de combate de que trataba la Solicitud de Cotización Nro. 66 de 1993 y los invitó a una reunión de negociación de precios el día 23 de diciembre de 1993 a las 10:00 y 15:30, respectivamente, en los siguientes términos –se cita la comunicación enviada a la

demandante, cuyo texto fue remitido a la sociedad Must Trading Ltda., en idénticos términos y solamente difiere en la hora- (folios 85, 86 y 208´ del segundo cuaderno):

“Siguiendo instrucciones del señor Ministro de Defensa Nacional y en virtud de lo dispuesto en el Oficio No. 1567-MD-ASEC-023 del 23 de febrero de 1993 sobre Contratación Directa, le comunico que ha sido activado el Comité de Negociación en relación con la adquisición de botas de combate, de que trataba la Solicitud de Cotización No. 066/93 EJC.

*“En consecuencia, es necesario **para efectos de fijación de precios**, contar con la asistencia de los representantes de esa firma, el próximo 23 de diciembre del año en curso a las 10:00 horas [y a las 15:30] en esta Secretaría.*

Atentamente,

*Mayor General EDDIE ALBERTO PALLARES COTES
Secretario General*

*MARTHA GONZALEZ BOHORQUEZ
Jefe Oficina Jurídica”
(Negrilla por fuera del original)*

5.1.7. La negociación.

- Copia auténtica del acta 09 de diciembre 23 de 1993, mediante la cual el Comité de Negociación de la entidad llevó a cabo *la negociación* correspondiente a la contratación directa para la adquisición de botas de combate para el Ejército Nacional, con la sociedad Compañía Industrial de Calzado Ltda., de cuyo texto se extrae lo siguiente (folios 89 a 92 del segundo cuaderno):

*“INTERVIENEN: “Mayor General EDDIE A. PALLARES COTES,
Secretario General del Ministerio de Defensa.*

*“Mayor General CAMILO ZUÑIGA CHAPARRO, Segundo Comandante
y Jefe de Estado Mayor Ejército Nacional*

*“Brigadier General FERNANDO GONZALEZ MUÑOZ, Intendente
General Ejército Nacional*

“Señores JUAN GUILLERMO PEREIRA y GUILLERMO BOHORQUEZ [en representación de la COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO LTDA.]

“Doctora MARTHA GONZALEZ BOHORQUEZ, Secretaria ad-hoc.

(...)

*“El Señor Mayor General EDDIE A, PALLARES, Secretario General del Ministerio, le explica a los asistentes el objetivo que busca con la instalación del Comité de Negociación, creado desarrollo del Oficio Circular No. 1567 del 23 de Febrero 1993 que regula la Contratación Directa en el Ministerio de Defensa y **cuyo objetivo central es llegar a una aproximación en precios al presupuesto asignado**, en este caso, al proyecto adquisición de botas de combate con destino al Ejército Nacional.*

“Continúa el Mayor General PALLARES explicando que en desarrollo de la Cotización No. 066/93., se presentaron diferentes ofertas que en cuanto a la parte financiera se encuentran equilibradas y niveladas, no así en cuanto a la calidad del producto y el precio. La muestra por Ustedes presentada tiene un valor unitario de \$22.629.00 y no obstante haberlo explicado en su oferta, quisiéramos que le explicara al comité el por qué de este precio?

“Interviene el Señor JUAN GUILLERMO PEREIRA para explicar que en la oferta presentada se calculó la entrega de la mitad de los elementos este año y la otra mitad el año entrante, con base ello se calculó la mano de obra para así ponerle un precio al producto; en este momento tratar de bajar costos es imposible porque toda la ejecución del contrato se haría en 1.994.

*“El Mayor General PALLARES le expresa que lo afirmado es muy cierto, toda vez que en esta época del año ya no se puede pensar en un anticipo y además como los recursos existentes son del año 93 se van a constituir en reserva de apropiación para ser ejecutados en el 94 a partir del primer trimestre del año. **La modalidad de pago se hará***

contra entrega del pedido, sin lugar a anticipo y se exige la entrega total de los elementos a partir del 4° mes del próximo año, en la fecha que ustedes nos señalen.

“A continuación el señor CARLOS PEREIRA expresa qué sucedería si nosotros hacemos entrega parcial? El Mayor General PALLARES le expresa que en este momento no podemos hablar de entregas parciales, por cuanto la reserva de apropiación la hacen efectiva a partir del tercer mes del año próximo y ese se va a ser el momento en que entreguen el pedido. El Señor JUAN PEREIRA explica que en el mes de Marzo es imposible y no alcanzamos a entregar 45.000 botas. Interviene el señor GUILLERMO BOHORQUEZ agregando que se puede pensar en la entrega semanal por almacenaje y seguridad y poder así ir evacuando la producción.

“A lo anterior el Mayor General PALLARES le explica que el Ministerio de Defensa no cuenta con recursos para pagar entregas parciales y que además es de ley hacer las entregas con sujeción a los requisitos legales. Además agrega es importante que ustedes conozcan que su oferta es de mejor calidad que otras, pero de un mayor precio y ante la eventualidad de que el Ejército Nacional requiere un número mayor de botas que se ajuste al presupuesto asignado, lo que buscamos entonces en este momento con el Comité de Negociación es mejores precios.

“El Señor CARLOS PEREIRA expresa que con la bota que hemos ofrecido, les garantizamos un año de uso, además las botas de las otras ofertas no se pueden remontar. Agrega igualmente el Señor JUAN PEREIRA que como fue imposible contratar con ustedes antes, la situación ahora es muy difícil porque a partir de 1994 los precios suben y nuestra compañía con la oferta ya presentada tendrá que asumir un 10% de alza y nuestra bota es muy buena, posee doble suela de cuero que le permite mayor duración.

“Acto seguido, el Mayor General PALLARES, les expresa que estas consideraciones de rebaja de precio pueden ser estudiadas y analizadas por Ustedes en detalle y por lo tanto en nombre del Comité

de Negociación les solicitamos nos entregue una propuesta final con base en lo planteado, bien sea de aceptación o rechazo a lo planteado, habida consideración de la urgencia con que se requieren estos elementos para dotación del personal. Igualmente quiero precisarle que la respuesta nos la pueden entregar por escrito o enviármela a través de un fax a la Secretaría General a la mayor brevedad posible.

“En este estado se suspende el Comité de Negociación con el fin de que el oferente estudie los planteamientos efectuados por el Ministerio de Defensa.

“Siendo las 09:00 horas del 24 de Diciembre del presente año, el Representante de la firma COMPAÑIA INDUSTRIAL DEL CALZADO, hace entrega personal su nueva propuesta en la que en resumen se hace la siguiente precisión:

"Por todo lo anterior les confirmamos los precios sin modificación y para podernos financiar con entidades del ramo, solicitamos nos acepten entregas parciales con cuenta de cobro, sabiendo que todas serán canceladas al tiempo en al mes de abril, pero teniendo cuentas legalizadas podremos negociarlas y obtener el dinero necesario para cumplirles y como estamos seguros que necesitan las botas, podrán disponer de ellas desde el primer mes, más o menos."

“Interviene el Mayor General PALLARES para expresar que esa nueva propuesta será enviada al Comando del Ejército para que se someta a la Junta Técnica de Licitaciones y Adquisiciones.”

- Original de un oficio de diciembre 23 de 1993, en el cual el Gerente General de la sociedad Compañía Industrial de Calzado Ltda., le envió al Mayor General Eddie Alberto Pallares, la respuesta a los interrogantes planteados en la reunión celebrada ese mismo día, del cual se destaca lo siguiente (folios 14 a 15, 206´a 207´ y 209´ a 210´ del segundo cuaderno):

“En relación a lo planteado en la reunión de esta mañana a la cual fuimos citados amablemente en su despacho para discutir sobre

modificaciones en la Cotización 66/93 nos permitimos confirmarle lo siguiente:

“A) Hicimos estudio de costos para presentarles los precios de la oferta principal y la alternativa con base en un tiempo de adjudicación de unos 45 días y gozar de 2 meses de producción en el año 93, con la adquisición de materiales en este año y el pago del aumento del salario mínimo solamente para el mes de Enero. Hoy la producción entera debe hacerse con nuevos salarios y con materias primas reajustadas en la mayoría de los casos. Esta diferencia hace que los costos iniciales sufran considerables cambios con respecto a los estudios.

“B) Contábamos para la financiación del pedido con el anticipo del 40% que para el caso de la adjudicación es de \$ 397'844.972. Hoy nos indican que este anticipo no es factible; al menor interés que se pueda conseguir en el mercado, 2.5%, esto equivale a \$ 30'000.000 en financiación, suma que es mínima si tenemos en cuenta los descuentos en la materia prima que podríamos conseguir al pagar de contado.

“C) Las cuentas de cobro que hubiéramos presentado este año que llegaban a unos \$ 300' 000.000 también nos las habrían cancelado en el presente.

“D) Somos socios de una fábrica que produce calzado de trabajo por el sistema de vulcanizado directo, también tradicionalmente hemos fabricado botas para los trabajadores que nos permiten dar un precio de \$ 15.000 a \$ 16.000, pero encontramos que no se ciñen a las condiciones del pliego, amen de estar consientes que la falta de la plantilla de cuero y el cambrión, exigidos por Uds., hacen que la bota no reúna las cualidades que son necesarias en el duro trabajo a que serán sometidas.

“Como ven, las condiciones han sido modificadas enormemente haciendo que el negocio pierda mucho interés en este momento; pero no fue un secreto que habíamos recibido la adjudicación por parte de la Junta de Licitaciones y Adjudicaciones del Ejército embarcándonos en gastos indispensables para poderles servir, así ordenamos la

fabricación de una serie de moldes, que incluyen el escudo, para la fabricación de suelas. Se han hecho desarrollos en la calidad del cuero, de la suela, la reata es exclusiva, importamos los hilos, los ojaletes, las hormas de diseño anatómico y hasta un número considerable de personal se ha enganchado. En síntesis hemos comprometido la Empresa para atender su importante pedido. Hoy si no les vendemos la inversión económica, de tiempo y de dejar a un lado otros compromisos, nos pueden llevar a cerrar la Empresa y dejar vacantes a más de un centenar de trabajadores y 52 años de labores.

“Por todo lo anterior les confirmamos los precios sin modificación y para podernos financiar, con entidades del ramo, solicitamos nos acepten entregas parciales con cuenta de cobro, sabiendo que todas serán canceladas al tiempo en el mes de Abril, pero teniendo cuentas legalizadas podremos negociarlas y obtener el dinero necesario para cumplirles y como estamos seguros que necesitan las botas, podrán disponer de ellas desde el primer mes, mas (sic) o menos.

*“Sabemos que les hemos presentado la mejor oferta **"Precio Beneficio"** y que las condiciones de entrega, los materiales utilizados de óptima calidad y nuestra experiencia de muchos años les brindan una seguridad en la adquisición y por ello nos sentimos orgullosos de atender al Ejército de Colombia, si es la decisión darnos el pedido.*

“Es bueno aclarar que presentamos una alternativa, con cambio en el cuero, que les permite adquirir 45.000 pares mas (sic) o menos.”

- Copia auténtica del acta número 10, de diciembre 23 de 1993, mediante la cual el Comité de Negociación llevó a cabo la negociación con el Representante Legal de la firma Must Trading Ltda., correspondiente a la contratación directa para la adquisición de botas de combate para el Ejército Nacional; de dicha acta se destaca lo siguiente (folios 93 a 96 del segundo cuaderno) :

“El Señor Mayor General EDDIE A. PALLARES, Secretario General .del Ministerio, le explica a los asistentes el objetivo que se busca con la

instalación del Comité de Negociación, creado en desarrollo del Oficio Circular No. 1567 del 23 de Febrero de 1993 que regula la Contratación Directa en el Ministerio de Defensa y **cuyo objetivo central es llegar a una aproximación en precios** al presupuesto asignado, en este caso, al proyecto de adquisición de botas de combate con destino al Ejército Nacional.

“Continúa el Mayor General PALLARES explicando que **la muestra presentada por la firma MUST TRADING en desarrollo de la Cotización No. 066/93, fue sometida a las pruebas técnicas de rigor por parte de la Fuerza, cuyo resultado arroja observaciones que nos llevan a hacérselas conocer a la firma por Ustedes representada con el fin de saber si pudieren llegar a ser subsanadas o no por la fábrica, antes de establecer las condiciones financieras de una posible adjudicación.** Así mismo le quiero precisar que esta es una negociación en donde **el pago se hará de contado, sin lugar a anticipo sino bajo la modalidad de pago contra entrega; con términos mínimos de entrega que se contarán a partir de Mayo de 1994, previa coordinación de entregas parciales o de una sola entrega.**

“Interviene el Señor Brigadier General **FERNANDO GONZALEZ MUÑOZ, para precisar detalladamente en qué consisten las observaciones técnicas, partiendo de la plantilla que se necesita es la que esté reposada en cuero, por lo tanto así como está en la muestra no sirve, el Ejército Nacional requeriría una garantía certificada de que ustedes pueden modificar la plantilla y someterse a nuestra exigencia.**

“Para dar respuesta a lo anterior interviene el Señor **JORGE PINEDA GALLO, representante de MUST TRADING** quien expresa que desafortunadamente en el momento de ser citado a este Comité y aún hoy mismo, la Empresa Grulla se encuentra en vacaciones, pero aún así el Departamento Técnico manifiesta que en la suela viene una plantilla y una sobreplantilla que viene en cuero compactado, cabe agregar además que yo he recibido carta blanca para negociar cualquier cambio de tipo técnico que pudiere llegar a haber, teniendo en

cuenta que para comodidad del usuario es preferible la odena que la suela.

“Agrega además el Mayor General PALLARES que la exigencia de la Fuerza es darle mayor protección al soldado que utiliza la bota, por lo tanto con un revestimiento en cuero se produce mayor protección del pie.

“En este momento el Comité a petición del Señor PINEDA GALLO, accede a abrir la muestra que aporta, con el objeto de determinar que sí posee doble plantilla y acceder a la impermeabilización de la lona.

“Interviene el Mayor General PALLARES para precisar que el modelo requerido es el de solo ojete y sobre el cual este Comité necesita saber si le pueden hacer la doble plantilla como el de la muestra que se le está exhibiendo en este momento al mismo precio ofertado, o sea sin ningún costo adicional para el Ejército Nacional de ser aceptada esta modificación. Por lo tanto, en nombre del Comité de Negociación le solicitamos nos entregue una propuesta final con base en estas condiciones, bien sea, de aceptación o rechazo a lo planteado, habida consideración de la urgencia con que se requieren estos elementos para dotación del personal. Así mismo y de ser aceptados los planteamientos técnicos expuestos, nos deben garantizar que cumplirán con las exigencias de este Comité. Igualmente quiero precisarle que la respuesta me la pueden entregar por escrito o enviármela a través de un fax a la Secretaría General a la mayor brevedad posible.

“En este estado se suspende el Comité de Negociación con el fin de que el oferente estudie los planteamientos efectuados por Ministerio de Defensa.

“Posteriormente el día 24 de diciembre a las 10:00 horas el Representante de la firma MUST TRADING, envía por fax y por entrega personal al señor Mayor General PALLARES su nueva propuesta en la que hace las siguientes precisiones:

1. La plantilla y sobre plantilla de la bota serán de carnaza (Cuero de bovino dividido),
2. La lona de la bota será impermeable.
3. Las botas serán entregadas desde el mes de Mayo/94, con la posibilidad de hacer entregas parciales con anterioridad a esta fecha.
4. La bota será garantizada por un año con póliza de garantía de calidad con una Compañía de seguros legalmente establecida en Colombia.
5. Por su calidad y sistema de fabricación la bota no necesitará remonta durante su vida útil.
6. Sostenemos el precio ofertado en la Cotización No. 66/93

“Acto seguido el Mayor General PALLARES le expresa que esa nueva propuesta será analizada en detalle por el Comando del Ejército, verificando además el aspecto técnico y precio de la adquisición, para con posterioridad llevar una recomendación de adjudicación de la Junta Técnica de Adquisiciones ante el señor Ministro de Defensa Nacional.”
(Negrillas por fuera del original)

5.1.8. La segunda recomendación.

- Copia auténtica de un documento sin fechar, titulado *“ponencia presentada por el Director de Intendencia del Ejército, Teniente Coronel Fabio Muñoz Eslava, ante la Junta de Licitaciones del Ejército Nacional”*, cuyo contenido es el siguiente (folios 97 a 100 y 191´a 194´ del segundo cuaderno):

“La Dirección de Intendencia teniendo en cuenta la apreciación del Comité de Negociación se permite proponer a la Honorable Junta de Licitaciones del Ejército, REVOCAR la recomendación efectuada por la Dirección de Intendencia y aprobada en Junta de Licitaciones celebrada el día [en el documento aparece este espacio en blanco] teniendo en cuenta que la circular 1567 del 26-MAY-93 establece el procedimiento de concertación del Comité de Negociación a conveniencia de la Institución y se ADJUDIQUE a la firma Must Trading la elaboración de 52.969 pares de botas a un valor de \$18.776,00 incluido el impuesto a las ventas por un valor total de \$994´545.944,00.”

- Original de un oficio calendado el 28 de diciembre de 1993, en el cual el Gerente General de la sociedad Compañía Industrial de Calzado Ltda., le comunicó al Ministro de Defensa Nacional, que la firma Must Trading Ltda., había participado en el procedimiento administrativo de selección como representante de la Compañía Grulla S.A., la cual se encontraba en concordato preventivo desde el mes de julio de 1992; también le reiteró que la muestra presentada por la sociedad Compañía Industrial de Calzado Ltda., cumplía con el 100% de las condiciones exigidas en la solicitud de cotización No. 066 de 1993 (folios 66 a 67, 148' a 149' y 182'a 190' del segundo cuaderno).
- Copia auténtica del certificado 410-610, mediante el cual la Superintendencia de Sociedades certificó que la Compañía de Productos Grulla S.A., fue convocada el 17 de julio de 1992 al trámite de concordato preventivo obligatorio con sus acreedores (folio 322' del segundo cuaderno)
- Copia auténtica del acta 60 de diciembre 28 de 1993 de la Junta de Adquisiciones y Licitaciones del Ejército Nacional, en la cual le recomendaron al Ministro de Defensa Nacional la adjudicación a la firma Must Trading Ltda., del contrato cuyo objeto constituía el suministro de 52.969 pares de botas a un valor unitario de \$ 18.776,00, incluido el impuesto a las ventas, para un valor total de \$ 994'545.944.00; este documento no contiene consideración alguna acerca de los motivos por los cuales se efectuaba la recomendación; en el acta se expresó lo siguiente (folios 150'a 161' del segundo cuaderno):

“Ponencia para considerar la adjudicación de las botas de combate a la firma MUST TRADING de la solicitud de cotización No. 66/93.

“(...)

“Analizando en todas sus partes la ponencia, la junta técnica de adquisiciones y licitaciones del Ejército resuelve:

“1. APROBAR POR UNANIMIDAD Y EN TODAS SUS PARTES LA PONENCIA PRESENTADA POR LA DIRECCION DE INTENDENCIA.”

- Copia auténtica de un documento calendado el 28 de diciembre de 1993, en el cual la Oficina Jurídica del Ministerio de Defensa Nacional analizó los precios ofrecidos por la sociedad Must Trading Ltda., y concluyó, en relación con los precios históricos de la entidad, lo siguiente (folio 101 del primer cuaderno):

“OBSERVACIONES: EL PRECIO OFRECIDO POR LA FIRMA MUST TRADING LTDA., DE \$ 18.776, COMPARADO CON LA ADQUISICION DE DICIEMBRE DE 1992 A PRECIOS CONSTANTES DE OCTUBRE DE 1993, PRESENTA UNA REDUCCION DEL 2.55, FAVORABLE PARA LA INSTITUCION.”

5.1.9. La adjudicación.

Copia auténtica de la Resolución Nro. 14887 de diciembre 30 de 1993, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la cual se adjudicó *“directamente el contrato para la compra de material reservado de intendencia”* a la firma Must Trading Ltda., cuyo contenido se transcribe a continuación (folio 102 a 103 del segundo cuaderno):

“RESOLUCION NUMERO 14887 DE DICIEMBRE 30 DE 1993

“Por la cual se adjudica directamente un contrato de compra venta de material reservado de Intendencia.

*EL MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL
en uso de sus facultades legales, y*

C O N S I D E R A N D O :

“Que el Ministerio de Defensa Nacional requiere la adquisición de material reservado de Intendencia, con destino al Ejército Nacional.

“Que la compra de estos elementos por su naturaleza no requiere la realización de licitación pública o privada de acuerdo a lo establecido en el artículo 259 del Decreto Ley 222/93, por tratarse de material reservado de Intendencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 2252 de 1.991.

“Que según oficio No. 7777-MDJCT-023 de fecha 19 de agosto de 1.993, el señor Doctor Ministro de Defensa Nacional, autorizó la contratación directa como material reservado de Intendencia.

“Que existen los recursos disponibles para el pago de la presente adjudicación con cargo a la Unidad Ejecutora 1501-03, nuar. 2002 "MATERIALES Y SUMINISTROS". Ordinal 002 Otros Conceptos, Objeto 11 Materia Prima Vestuario y Equipo de Tropa, Presupuesto Básico, Plan. Conmoción y PEVV III - Recursos 17 Crédito Interno Nacional, Plan Integral - Recursos 30 Financiación Plan Integral Transferencias Sector Descentralizado Nacional de la vigencia fiscal de 1.993.

“Que en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 34 del Decreto Ley 222/83, corresponde al Ministro de Defensa Nacional, adjudicar el presente contrato.

“Que el Ministro de Defensa Nacional, acepta la recomendación de la Junta Técnica de Adquisiciones y Licitaciones del Comando del Ejército, consignada en el acta No. 060 de fecha 25 de Diciembre de 1.993, para efectuar la adjudicación directa de la cotización No. 066/93.

“Botas de combate tipo Jungla, a la firma MUST TRADING LIMITADA, por ser la oferta que cumplió con las exigencias de la cotización No. 066/93, frente a la propuesta presentada por COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO LTDA.:

“ R E S U E L V E

“ARTICULO 1°. Adjudicar directamente un contrato de compra venta de material reservado de Intendencia, a la siguiente firma, así:

MUST TRADING LIMITADA

“52.969 (CINCUENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE) pares de botas de combate tipo Jungla, de las especificaciones contenidas en la oferta del adjudicatario, hasta por la suma de NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$994'545.944.00) MCTE., incluido el impuesto a las ventas.

“ARTICULO 2°. Disponer que el contrato correspondiente a la presente adjudicación sea elaborado en la Dirección de Adquisiciones del Comando del Ejército, con el lleno de los requisitos establecidos por el Decreto Ley 222/83 y a las contenidas en la solicitud de cotización No. 066/93.

“ARTICULO 3°. La presente negociación será cancelada con cargo a la Unidad Ejecutora 1501-03, nuar. 2002 "MATERIALES Y SUMINISTROS", Ordinal 002 Otros Conceptos, Objeto 11 Materia Prima Vestuario y Equipo de Tropa, presupuesto Básico - Recursos 17 Crédito Interno Nacional, hasta por la suma de CUATROCIENTOS DOS MILLONES QUINIENTOS UN MIL CIENTO DOCE PESOS (\$402'501.112.00) M/CTE; Plan Conmoción - Recursos 17 Crédito

Interno Nacional, hasta por la suma de CUATROCIENTOS CATORCE MILLONES SESENTA Y SIETE MIL CIENTO VEINTIOCHO PESOS (\$414'067.128.00) M/CTE, PEEV III - Recursos 17 crédito Interno Nacional, hasta por la suma de OCHO MILLONES QUINIENTOS CINCO MIL QUINIENTOS VEINTIOCHO PESOS (\$8'505.528.00) M/CTE; y Plan Integral Recursos 30 Financiación Plan Integral Transferencias Sector Descentralizado Nacional, hasta por la suma de CIENTO SESENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y DOS MIL CIENTO SETENTA Y SEIS PESOS (\$169'472.176.00) M/CTE, de la vigencia fiscal de 1.993.

“ARTICULO 4o. La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición y la notificación al adjudicatario, deberá hacerse conforme a las normas del Código Contencioso Administrativo. Contra esta resolución no procede ningún recurso por la vía gubernativa.”

“(...).”

- Original de una petición de enero 6 de 1994, en la cual el Gerente General de la sociedad Compañía Industrial de Calzado Ltda., le solicitó al Ministro de Defensa Nacional la revocatoria directa de la Resolución Nro. 14887 de diciembre 30 de 1993, mediante la cual fue adjudicado el contrato de compraventa de botas de combate tipo jungla a la firma Must Trading Ltda., por cuanto, según la actora, el Gerente de la misma, el Capitán de Fragata (R) Jorge Pineda Gallo, es hermano del Sr. Nemesio Pineda Gallo, quien desempeña funciones de asesoría para el Ministerio de Defensa, lo cual constituye una inhabilidad para contratar, de conformidad con el artículo 9 del Decreto-ley 222 de 1983 (folios 68 a 73 del segundo cuaderno)

5.1.10. El contrato de compraventa.

Copia auténtica del contrato de compraventa Nro. 505 -suscrito el 21 de enero y perfeccionado el 21 de febrero de 1994-, celebrado entre el Ministerio de Defensa Nacional y la sociedad Must Trading Ltda., cuyo objeto constituyó la adquisición de 52.969 botas de combate tipo jungla, de cuyo contenido se destaca lo siguiente (folios 108 a 112 del segundo cuaderno):

“CLAUSULA SEGUNDA: DESCRIPCION Y CARACTERISTICAS: Los elementos relacionados en la cláusula anterior tienen la siguiente descripción y características de acuerdo con la oferta presentada por el CONTRATISTA, así: BOTAS DE COMBATE TIPO JUNGLA: Referencia: Bota Militar (Cuero-Lona), Línea: Bota Especial para el Ejército, Proceso de fabricación: Vulcanización directa. CARACTERISTICAS TECNICAS: Ref: Bota Militar (cuero-lona). CORTE.- Compuesto de cuero de ganado Bovino impermeable calibre

1,8 a 2,0 m.m., de alta resistencia, fácil mantenimiento de lona 100% algodón, bordeada internamente para proporcionar mayor cuerpo al calzado y excelente comodidad al usuario. VIBRA.- Formulación de caucho especial para garantizar una buena adherencia a las suela. SUELA Y TACON.- Caucho de excelente resistencia al desgaste flexión y envejecimiento, con una fuerza de adhesión en la punta y el tacón entre 27 y 32 kilogramos. COSTURAS.- Utilizando hilos de nylon de alta resistencia y tenacidad. PUNTERA Y CONTRAFUERTE.- En material termoplástico para garantizar una mayor estabilidad. CAPELLADA.- Forrada en material lienzo delgado 100% algodón para proporcionar una mayor frescura. Refuerzo de atadura en la misma piel. Refuerzo de cuello pilón y trasero en material tejido, sintético de alta resistencia. OJALETE.- Metálico negro, 9 por lado, opcionalmente se pueden colocar ganchos hooks por lado, para facilitar el amarre. LENGUA.- En fuelle lo cual evita la entrada de elementos a la bota. SOBREPLANTILLA.- En carnaza de buena calidad - absorbente. CAMBRION.- Acero de alta resistencia - inoxidable. CORDON.- Poliéster plano trenzado 150 cms., de altísima resistencia. RESPIRADORES METALICOS LATERALES.- Dos por zapato. ACABADO DE SUELA.- Pistón aventura, antideslizante, de huella autolimpiante. COLOR.- Cuero negro - lona verde. Proceso de fabricación: Vulcanización directa (...).

“CLAUSULA SEXTA.- FORMA Y CONDICIONES DE PAGO: La NACION se obliga a pagar el valor del presente contrato a favor del CONTRATISTA en la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C. en la siguiente forma: a) La suma de TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS DIECIOCHO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS CON 60/100 (\$397'818.377.60) M/CTE en calidad de pago anticipado equivalente al CUARENTA (40%) por ciento del valor total del presente contrato. b) El saldo o sea la suma de QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS VEINTISIETE MIL QUINIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS CON 40/100 (\$596'727.566.40) M/CTE será pagado contra las entregas parciales o totales que haga el CONTRATISTA, previa presentación de la factura respectiva y cumplimiento de los trámites administrativos a que haya lugar.

“CLAUSULA OCTAVA: PLAZO DE ENTREGA: EL CONTRATISTA se obliga para con la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL, a entregar la totalidad de los elementos relacionados en este contrato mediante **entregas totales o parciales** y dentro de los **CIENTO CINCUENTA (150) DIAS CALENDARIO** contados a partir del perfeccionamiento del presente contrato.

“(…).”

5.1.11. Después de celebrado el contrato.

El día 25 de enero de 1994, la sociedad adjudicataria remitió a la entidad pública contratante una “*contramuestra*” de las botas que entregaría, en el cual describió las nuevas características técnicas; en el oficio remitido se expresó lo siguiente:

“En desarrollo del Contrato 505-CEITE-93 anexo me permito remitir contra-muestra de la Bota Tipo Jungla con las siguientes características para su aprobación:

“CORTE: Compuesto de cuero de ganado Bovino impermeable calibre 1.8 a 2.0 m.m., de alta resistencia, fácil mantenimiento de lona 100% algodón impermeable. Bodeada internamente para proporcionar mayor cuerpo al calzado y excelente comodidad al usuario.

“VIBRA: Formulación de caucho especial para garantizar una buena adherencia a la suela.

“SUELA Y TACON: Caucho de excelente resistencia al desgaste, flexión y envejecimiento, con una fuerza de adhesión en la punta y el tacón entre 27 y 32 kilogramos.

“COSTURAS: Utilizando hilos de nylon de alta resistencia y tenacidad.

“PUNTERA Y CONTRAFUERTE: En material termoplástico para garantizar una mayor estabilidad.

“CAPELLADA: Forrada en material lienzo delgado 100% algodón para proporcionar una mayor frescura. Refuerzo de atadura en la misma piel. Refuerzo de cuello pilón y trasero en material tejido, sintético de alta resistencia.

“OJALETE: Metálico negro, 9 por lado.

“LENGUA: En fuelle lo cual evita la entrada de elementos a la bota.

“SOBREPLANTILLA Y PLANTILLA ADICIONAL: En camaza (cuero bovino dividido) de buena calidad. Absorbente.

“CAMBRION: Acero de alta resistencia - inoxidable.

“CORDON: Poliéster plano trenzado 150 cm. de altísima resistencia.

“RESPIRADORES MATAICOS LATERALES: Dos por zapato.

“ACABADO DE ZUELA (sic): Pistón aventura, antideslizante, de huella autolimpiante.

“COLOR: Cuero negro - lona verde

“PROCESO DE FABRICACION: Vulcanización Directa

“La anterior descripción y características se ajustan totalmente a la estipulado en la cláusula segunda del Contrato 505-CEITE-93 y lo ofrecido al Señor General Secretario General del Ministerio en reunión del 23 de Diciembre/93.”

- Copia auténtica de documento contentivo de un otrosí al contrato de compraventa No. 505/93, suscrito entre la Nación-Ministerio de Defensa y la firma Must Trading Ltda., firmado por las partes el 16 de febrero de 1993, con el propósito de modificar la forma de pago prevista en dicho documento y suprimir la entrega del anticipo; la cláusula respectiva se estipuló en los siguientes términos (folio 113 del segundo cuaderno):

“CONDICIONES DE PAGO: La Nación se obliga a pagar el valor del presente contrato a favor del CONTRATISTA en la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C. mediante entregas totales o parciales dentro de los ciento cincuenta (150) días calendario contados a partir del perfeccionamiento, previa presentación de la factura respectiva y el cumplimiento de los trámites administrativos a que haya lugar.”

Las botas de combate fueron recibidas por la entidad y entregadas por la contratista mediante entregas parciales, tal como consta en comunicaciones de mayo 4 de 1994 (folios 120´a 123´del segundo cuaderno); acta número 458 de mayo 6 de 1994 (folios 30´ a 46´del segundo cuaderno); acta Nro. 0469 de mayo 9 de 1994 (folios 52´ a 72´ y 101´del segundo cuaderno); acta Nro. 0475 de mayo 11 de 1994 folios 47´ a 51´del segundo cuaderno); actas números 0476 y 0477 de mayo 12 de 1994 (folios 80´ a 81´del segundo cuaderno); oficio 3346 COBR21-B3-065 de mayo 18 de 1994 folios 110´a 112 del segundo cuaderno); acta Nro. 0495 de mayo 29 de 1994 (folios 83´ a 88´del segundo cuaderno); oficio 3844 COBR21-B3-065 de mayo 31 de 1994 (folio 7´, 82´ y 89´ del segundo cuaderno); comunicaciones de mayo 31, junio 7, 15, 20 de 1994 (folios 93´a 96´del segundo cuaderno); acta Nro. 0612 de junio 27 de 1994 folios 14´ a 20´del segundo cuaderno); acta Nro. 0613 de junio 27 de 1994 (folios 21´a 29 del segundo cuaderno); oficio 122366 CEITE-DINTR-401, de julio 7 de 1994 (folios 12´ y 13´del segundo cuaderno).

5.1.12. Los perjuicios que se habrían ocasionado a la Compañía Industrial de Calzado.

Original del balance general y del estado de resultados de la Compañía Industrial de Calzado Ltda., correspondientes a diciembre de 1992 y a junio de 1993, firmados por el Gerente General y por el Gerente Financiero de la sociedad, este

último con matrícula de contador público; a diciembre 31 de 1992 registró unos activos totales de \$ 653'101.741 y a junio 30 de 1993 unos activos de \$778'794.665.

5.2. Copias simples.

Al proceso se allegaron varios documentos en copia simple y, de conformidad con lo anteriormente mencionado, carecen de valor probatorio; algunos de estos documentos se allegaron por parte de la apoderada de la parte demandante - como anexos del escrito de demanda-²³, algunos más se arrimaron al proceso por parte de la entidad pública demandada -en respuesta a la solicitud del Tribunal Administrativo a quo- y aunque provienen de otras entidades o personas carecen del respectivo sello de autenticidad y, otros documentos se allegaron al proceso por la apoderada de la entidad pública demandada, como anexos del escrito de contestación de la demanda.

²³ A continuación se relacionan los documentos allegados en copia simple por el apoderado de la entidad pública demandada:

- Documento que en apariencia un modelo de contrato de compraventa, en el cual figura como contratante el Ministro de Defensa Nacional, Señor Rafael Pardo Rueda (folios 8 a 13 del segundo cuaderno).
- Supuesto borrador de una resolución, la cual en apariencia tendría por objeto adjudicar a la sociedad Compañía Industrial de Calzado Ltda., el contrato de compraventa de material reservado de intendencia (folios 87 a 88 del segundo cuaderno)
- Aparente oficio de septiembre 13 de 1994, en el cual la señora Asceneth Suárez Luján, abogada asesora de la Procuraduría General de la Nación, le habría solicitado al ICONTEC la designación de un profesional con el fin de efectuar una pruebas técnicas a unas botas entregadas por la firma Must Trading Ltda., al Ejército Nacional (folio 120 del segundo cuaderno)
- Documento que en apariencia contiene una declaración de renta de la Compañía Industrial de Calzado Ltda. (folio 60 del tercer cuaderno)
- Documento que aparenta contener el resumen de un libro mayor de contabilidad de la Compañía Industrial de Calzado Ltda., que correspondería a los meses de septiembre, de octubre, de noviembre y de diciembre de 1993 (folios 72 a 75 del tercer cuaderno)
- Documentos que en apariencia hacen referencia a facturas de compra realizadas por la Compañía Industrial de Calzado Ltda. (folios 76 a 82 del tercer cuaderno)
- Documento que parece referirse a los apartes de un diccionario que define las palabras carnaza, cuero y vaqueta (folios 83 a 85 del tercer cuaderno)
- Documento aparentemente proferido por la Procuraduría General de la Nación, en el cual habría sido revisada en sede de consulta la sanción impuesta al Señor Ignacio Silva Pilonieta, Asesor Económico del Ministerio de Defensa Nacional, se habría analizado la situación de los disciplinados Luís Carlos Ramírez López y José Ignacio Báez Vega y habría sido decidido un recurso de apelación propuesto por el Mayor General Eddie Alberto Pallares (folios 87 a 186 del tercer cuaderno)

5.3. El Dictamen pericial.

El dictamen fue rendido el día 6 de mayo de 1996 y del mismo se destacan las siguientes conclusiones (folio 1 al 86 del tercer cuaderno):

“A) La muestra fue presentada oportunamente por MUST TRADING.

“B) No cumplió con los requerimientos técnicos mínimos, tales como el material de la plantilla y el cambrión en acero (Lámina acerada)

(...)

“Conceptuamos que la oferta se compuso de un solo ítem y en consecuencia ha debido ser eliminada.

“(...)

“(...) Las especificaciones contratadas no son las mismas que las requeridas en la solicitud mencionada, puesto que el elemento “plantilla” desaparece, exigiéndose sobreplantilla, es decir, una especie de forro que cubra la planta interna de la bota, con lo cual se desmejora la calidad y se reduce el precio.

(...)

“A) En la solicitud de cotización se exigía plantilla delgada en cuero.

“B) En el análisis de las muestras de Must Trading presentó la plantilla en vaqueta.

“C) Al firmar el contrato respectivo se exigió que la plantilla fuera en carnaza.

“(...)

“(...) La utilización de plantilla en carnaza es de inferior calidad al producto en el que se utiliza cuero plena flor (Anexo 6).

“(...)

“Siempre será superior la bota con plantilla en vaqueta, esto es cuero, con respecto a la bota de plantilla de carnaza, toda vez que la carnaza es un subproducto.

“(...)

“La carnaza delgada de buena calidad no es apta para plantillas. Según lo investigado, esa carnaza cumple las condiciones especiales para partes de capellada (capellada es la parte superior de la bota). Por el contrario, como lo indicó el pliego de la solicitud de cotización la plantilla en “Suela delgada (cuero)” es el material óptimo para tal fin.

Encontramos que en cuanto a calidad es superior una bota en la que se utilice plantilla delgada, con respecto a la bota en la que se utilice plantilla de carnaza.

“(...) sin lugar a equivocarnos, podemos asegurar que al permitir el Ministerio de Defensa que Must Trading cambiara la calidad de la plantilla de vaqueta por carnaza de buena calidad, disminuyeron la calidad de la bota al hacer la contratación.”

Respecto de la pregunta acerca de las modificaciones en la calidad y las especificaciones de la bota que fueron autorizadas por el Ministerio, los peritos respondieron lo siguiente:

“Son varios los documentos oficiales los que relacionamos para contestar esta pregunta: en primer lugar en el anexo # 1, dentro de las especificaciones dice “Cambrión: En acero”. También, en el anexo # 2, “Especificaciones técnicas de la cotización 66/93” se refieren a este punto cuando relacionan la oferta IM-08 (Must Trading) cuando dicen: “Refuerzo plantilla”: Se le disminuye el total de puntos por no presentar lámina acerada”.

“Ya en el contrato, anexo # 4, cláusula segunda “Descripción y Características” dice “CAMBRION - Acero de alta resistencia”

“En estas condiciones encontramos que se le permitió a Must Trading cambiar sus características iniciales y colocar el cambrión en la bota cuando se firmó el contrato. Por otra parte no pudimos comprobar que a otra firma le hubieran dado oportunidad igual.”

Finalmente, los peritos calcularon el daño emergente sufrido por la Compañía Industrial de Calzado en la suma de \$175'092'110.00 y el lucro cesante en la cantidad de \$120'051.298.00.

6. El asunto sometido a examen.

Solicitó al actor la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No.14.887 del 30 de diciembre de 1993 por medio de la cual el Ministerio de Defensa adjudicó a la firma MUST TRADING LTDA., un contrato cuyo objeto constituyó la compraventa de 52.969 pares de botas de combate.

Sustentó la nulidad de la mencionada resolución en la vulneración, por parte del Ministerio de Defensa, de las previsiones contempladas en la Solicitud de Cotización 066 de 1993, en el Oficio número 1567 MD-ASEC-023 de febrero 23 de 1993, en el Decreto-ley 222 de 1983 y en la Constitución Política de 1991.

De acuerdo con lo expuesto por la sociedad demandante, las actuaciones del Ministerio con las cuales se habrían vulnerado las normas mencionadas, en síntesis, son las siguientes:

1. **La evaluación:** la propuesta presentada por la actora ocupó el primer lugar en la evaluación, mientras que la propuesta presentada por la sociedad adjudicataria no cumplió con los requisitos mínimos a los cuales aludía la solicitud de cotización 66 de 1993.
2. **La negociación** adelantada por la entidad pública demandada desconoció las previsiones contempladas en el oficio número 1567 MD-ASEC-023 de febrero 23 de 1993, por las siguientes razones: **i)** la citación se realizó con un término menor -24 horas- a las 72 horas de anticipación exigidas en la norma; **ii)** se citó a negociar a un proponente –sociedad Must Triding- que no había cumplido con los requisitos mínimos exigidos por la entidad; **iii)** el Comité de Negociación no se conformó en la forma prevista en la norma; **iv)** los proponentes fueron convocados a una negociación de precios y la negociación se realizó sobre tópicos diferentes: calidad, anticipo y forma de entrega; **v)** se desconoció el principio de igualdad con los otros participantes en el procedimiento administrativo de selección, en tanto se le permitió a la adjudicataria presentar nueva propuesta en términos de calidad, entregar nuevas muestras, negociar nuevos plazos, como también nueva forma de entrega del producto.
3. **La adjudicación:** las siguientes fueron, básicamente, las razones por las cuales la entidad habría incurrido en vicios que ocasionarían la nulidad de la demandada resolución de adjudicación: **i)** se adjudicó a un proponente que no ocupó el primer lugar en la evaluación y cuya oferta había sido rechazada por razones de calidad; **ii)** se adjudicó con un procedimiento irregular; **iii)** se adjudicó a una sociedad cuyo objeto social no constituía la fabricación y suministro de calzado y que había actuado en el proceso en representación de otra sociedad –Industrias Grulla-, la cual se encontraba en concordato preventivo; **iv)** no se adjudicó en las condiciones previstas en la Solicitud de Cotización número 066 de 1993, toda vez que se contrató con especificaciones técnicas diferentes, con un mayor plazo y se le otorgó a la adjudicataria la posibilidad de efectuar entregas parciales.

El Tribunal Administrativo a quo negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas, con el argumento de que las especificaciones no habían sido cambiadas por la entidad pública demandada y, además, que en tanto se trataba de una contratación directa la entidad gozaba de discrecionalidad para llevar a cabo negociaciones tendientes a mejorar las condiciones de adquisición de los bienes y servicios, toda vez que las normas la facultaban para ello.

Se ocupará entonces la Sala de analizar el procedimiento administrativo de selección adelantado por el Ministerio de Defensa, con el propósito de resolver las pretensiones formuladas por la parte actora, quien apeló la sentencia proferida en la primera instancia.

6.1. El régimen Jurídico que gobernó la Solicitud de Cotización Nro. 066 de 1993, adelantada por el Ministerio de Defensa.

Para el momento en el cual se adelantó el procedimiento administrativo de selección contractual, identificado por el Ministerio de Defensa como “*Solicitud de Cotización Nro. 066 de 1993*”, se encontraba vigente el Decreto-ley 222 de 1983, expedido por el Presidente de la República en su condición de legislador extraordinario, en virtud de las facultades otorgadas por la Ley 19 de 1982²⁴.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1 del Decreto-ley 222 de 1983, el Ministerio de Defensa se hallaba sujeto a las normas de contratación pública contenidas en este estatuto, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 1°. De las entidades a las cuales se aplica este estatuto -
Los contratos previstos en este decreto que celebren la Nación (Ministerios y Departamentos Administrativos), y los Establecimientos Públicos se someten a las reglas contenidas en el presente estatuto.

“(...).”

²⁴ Si bien el procedimiento administrativo de selección se adelantó en el año de 1993, la Ley 80 del mismo año sólo comenzó a regir el 1º de enero de 1994, salvo las excepciones establecidas en su artículo 81, respecto a las cuales no cabe ahondar para efectos del caso concreto.

Dicho estatuto de contratación consagró el procedimiento administrativo de la licitación pública como regla general para la selección de los contratistas y contempló algunas excepciones en las cuales se podía efectuar dicha selección a través de la licitación privada o de la contratación directa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29, en el cual se lee:

*“**Artículo 29°.** De cuando hay lugar a la licitación pública - Habrá obligación de efectuar licitación pública en todos los casos en que no se permita la licitación privada o la contratación directa, de acuerdo con las normas establecidas en este estatuto.”*

Una de las excepciones al procedimiento administrativo de la licitación pública, consagradas en el Decreto-ley 222 de 1983, la constituía la contratación cuyo objeto consistía en la adquisición de bienes destinados a la defensa nacional, cuando por sus características fueran de naturaleza reservada, de conformidad con las previsiones del numeral 18 del artículo 43:

*“**Artículo 43°.** De cuando se puede prescindir de la licitación o concurso Podrá prescindirse de la licitación o del concurso de méritos, en los siguientes casos:*

“(…).

“18. Cuando se trate de la adquisición de bienes destinados a la defensa nacional y de la construcción de instalaciones para los mismos fines, cuando por sus características sean de naturaleza reservada, previo concepto del Consejo de Ministros.”

El Decreto 695 de 1983 describió los elementos que hacían parte del material de guerra o reservado²⁵ y el Decreto 2252 de 1991 adicionó algunos bienes y,

²⁵ **DECRETO NUMERO 0695 DE 1983** Por el cual se determina el material de guerra o reservado de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional:

Artículo 1° Consideranse como armas, municiones y material de guerra o reservado y por consiguiente de uso privativo, los siguientes elementos pertenecientes a las Fuerzas Militares y la Policía Nacional:

además, dispuso que los contratos requeridos para la adquisición de tales bienes se celebrarían y perfeccionarían de conformidad con lo previsto en el artículo 259 del Decreto-ley 222 de 1983; se transcriben a continuación los artículos 1 y 2 del mencionado Decreto 2252:

“ARTICULO 1o. *Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto legislativo 1314 de 1988:*

“ARTICULO 1A. *De acuerdo con lo previsto por el artículo 259 del Decreto-ley 222 de 1983, se consideran como material de guerra o reservado, además de lo dispuesto por el Decreto 695 de 1983, las adquisiciones que requieran celebrar la Nación - Ministerio de Defensa Nacional y los organismos adscritos o vinculados a éste, que guarden relación con el restablecimiento de la normalidad institucional por referirse a la dotación del vestuario o equipo, individual o colectivo, de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional, así como las materias primas necesarias para su confección y las raciones de campaña, víveres y componentes de las mismas.*

-
1. *Sistemas de armas y armamento mayor y menor de todos los tipos, modelos y calibres con sus accesorios, repuestos y los elementos necesarios para la instrucción de tiro, operación, manejo y mantenimiento de los mismos.*
 2. *Todo tipo de naves, artefactos navales y aeronaves destinadas al servicio del Ramo de Defensa Nacional, con sus accesorios, repuestos y demás elementos necesarios para su operabilidad y funcionamiento.*
 3. *Municiones, torpedos y minas de todos los tipos, clases y calibres para los sistemas de armas y el armamento mayor y menor que usan las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.*
 4. *Material blindado.*
 5. *Semovientes de todas las clases y razas destinados al mantenimiento del orden público interno o externo.*
 6. *Materiales explosivos y pirotécnico, materias primas para su fabricación y accesorios para su empleo.*
 7. *Paracaídas y equipos de salto para Unidades Aerotransportadas, incluidos los necesarios para su mantenimiento.*
 8. *Elementos, equipos y accesorios contra motines.*
 9. *Los equipos de ingenieros de combate con sus accesorios y repuestos.*
 10. *Equipos de bucería y de voladuras submarinas, sus repuestos y accesorios.*
 11. *Equipos de detección aérea, de superficie y submarina sus accesorios, repuestos, equipos de sintonía y calibración.*
 12. *Elementos para control de incendios y de averías, sus accesorios y repuestos.*
 13. *Herramientas y equipos para pruebas y mantenimiento de material de guerra o reservado.*
 14. *Equipos y demás implementos de comunicaciones para uso de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional*
 15. *Otros elementos aplicables al servicio y fabricación del material de guerra o reservado.*

“ARTICULO 2A. *Los contratos a que se refiere el artículo anterior, se celebrarán y perfeccionarán conforme a lo previsto en el artículo 259 del Decreto extraordinario 222 de 1983. Al mismo procedimiento se someterán los contratos que tengan por objeto asegurar, transportar, mantener o reparar el citado material de guerra.”*

Dispuso el Decreto-ley en el mencionado artículo 259 que los contratos que se celebraran para la adquisición de material de guerra o reservado no requerían de licitación pública o privada y, además, que se perfeccionarían con el registro presupuestal y con la constitución de las garantías a las cuales hubiere lugar, en los siguientes términos:

“Artículo 259°. De los contratos para la adquisición de material de guerra o reservado -. *Los contratos que, exclusivamente para la adquisición de material de guerra o reservado, celebren la Nación - Ministerio de Defensa Nacional, la industria Militar, el Servicio Aéreo a Territorios Nacionales, SATENA y los Fondos Rotatorios de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, no requerirán para su validez la licitación pública o privada y se perfeccionarán con el registro presupuestal y la constitución de las garantías a que hubiere lugar, Al mismo procedimiento se someterán los contratos que tengan por objeto asegurar, transportar, mantener o reparar el citado material de guerra.*

“(…).”

También hizo referencia el mencionado Decreto-ley a la autoridad competente para adjudicar los contratos, la cual, de conformidad con lo prescrito por el artículo 34, correspondía al jefe del organismo:

“Artículo 34°. De la autoridad competente para adjudicar - *Corresponde adjudicar el contrato al Jefe del organismo, previo concepto de la Junta de Licitaciones y Adquisiciones o del Comité Técnico del mismo, con sujeción a las normas que regulan sus facultades. La adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido según el Decreto*

2733 de 1959 o normas que lo sustituyan y comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendario siguientes.

“(...).”

El Decreto-ley 222 de 1983 no determinó la forma en la cual debía adelantarse el procedimiento administrativo de selección de contratistas cuando ésta se hiciera bajo la modalidad de contratación directa y se limitó a consagrar los eventos en los cuales se podía prescindir de la licitación o concurso; por su parte, el Ministerio de Defensa, mediante oficio MD-ASEC-023 de febrero 23 de 1993 dispuso los criterios y el procedimiento que debían tenerse en cuenta para realizar los procedimientos administrativos de selección bajo la modalidad de contratación directa de esa entidad.

6.2. Los hechos probados.

En el proceso se encuentran probados los siguientes hechos:

- El Ministro de Defensa, mediante oficio 7777 MDC-023 de agosto 19 de 1993, autorizó al Comandante del Ejército Nacional para adelantar el procedimiento administrativo de contratación directa para la adquisición de 35.000 pares de botas de combate, de conformidad con las previsiones expuestas en el oficio MD-ASEC-023 de febrero 23 de 1993.
- Mediante la Solicitud de Cotización No. 66 de 1993 el Ejército Nacional formuló invitación a las siguientes personas:
 - RUIZ Y VILLA LTDA.
 - COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO.
 - MAC. LUSART.
 - MUST TRADING LTDA.
 - FINTRAD LTDA.
 - FAMEP.
 - ANDEAN INTERNACIONAL.
 - ISREX COLOMBIA LTDA.
 - ALVARO CRUZ.

- D. O. S. COMPUTER LTDA.
- NEPOMUCENO CARTAGENA G. E HIJOS.
- INVERSIONES PIARTINEZ CARBONELL.
- CALZADO INDUSTRIAL TROGER.
- LALINDE RODRIGUEZ Y CIA.
- GALVIS LTDA.
- CROYDON S.A.
- FLORENCIO PERDOMO.
- MUNDOCOMERCIO.
- CALZADO ATLAS.
- DISTRIBUIDORA BOG LTDA.
- SAIGA LTDA.
- PROVESA LTDA.
- INTER TERRA.
- CAMIRON INTERNACIONAL.
- MERCAGER LTDA.”

- La solicitud de cotización número 066 de 1993 contenía las especificaciones y características mínimas requeridas por la entidad, sin perjuicio de que los proponentes pudiesen entregar ofertas con características superiores, las cuales obtendrían la máxima calificación en el aspecto técnico; así mismo en el documento denominado “*compraventa de bienes muebles*”, en el cual se estipularon las reglas propias del respectivo procedimiento administrativo de selección, se expusieron, entre otros, los siguientes aspectos: **i)** la forma de presentación de las ofertas y los documentos exigidos; **ii)** la forma de pago, punto en el cual se contempló la entrega de un anticipo equivalente al 40% para las pequeñas y medianas empresas; **iii)** el plazo de entrega de los bienes; **iv)** las garantías exigidas; **iv)** los factores de calificación con su respectiva ponderación; **v)** los factores de eliminación de las propuestas.

- Las siguientes personas entregaron propuestas a la entidad pública contratante:

- CROYDON S. A.
- FINTRAD LTDA.
- PROVESA LTDA.
- MUST TRADING LTDA.
- NEPOMUCENO CARTAGENA G. E HIJOS.
- ANDEAN INTERNACIONAL.
- MUST TRADING LTDA.
- FLORENCIO PERDONO.
- CALZADO INDUSTRIAL TROSER LTDA.
- COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO.
- CALZADO ATLAS.
- ISREX COLOMBIA LTDA.

- INTERTERRA.

- Las propuestas fueron evaluadas en los aspectos jurídico, técnico y económico, por parte de los respectivos comités de la entidad, proceso en el cual se solicitaron aclaraciones, se asignaron las calificaciones a cada una de las muestras enviadas por los proponentes y se ordenaron de mayor a menor, de acuerdo con la calificación obtenida.
- Una vez realizada la evaluación por parte de los respectivos comités, el Director de Intendencia del Ejército, solicitó a la Junta Técnica de Adquisiciones y Licitaciones del Ejército, que recomendara al Ministro de Defensa la adjudicación del contrato al proponente que presentó la muestra M-11, la cual correspondía al proponente Compañía Industrial de Calzado.
- La Junta Técnica de Adquisiciones y Licitaciones del Ejército, mediante acta número 45 del 21 de octubre de 1993, recomendó al Ministro de Defensa la contratación con la Compañía Industrial de Calzado; además elaboró la respectiva certificación de disponibilidad presupuestal y el proyecto de resolución de adjudicación a favor de esta sociedad.
- El Secretario General y el Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad pública demandada convocaron a los proponentes calificados en los dos primeros lugares a sendas reuniones con el *Comité de Negociación de la entidad, “para efectos de fijación de precios”*
- Los representantes de las sociedades Must Triding Ltda., y Compañía Industrial de Calzado Ltda., se reunieron con el *“Comité de Negociación”*, a cuyas reuniones asistieron, además de los respectivos representante, los siguientes funcionarios: el Secretario General del Ministerio de Defensa, el Segundo Comandante y Jefe del Estado Mayor del Ejército Nacional y el Intendente General del Ejército.
- En la reunión llevada a cabo con los representantes de la Compañía Industrial de Calzado Ltda., los representantes de la entidad le solicitaron renunciar al anticipo, rebajar los precios y omitir las entregas parciales *anteriores al cuarto mes de 1994.*

- El actor informó a la entidad que renunciaba a recibir el anticipo del contrato, más no efectuaba rebaja de precios y además manifestó que no le resultaba posible efectuar una única entrega después del “*cuarto mes del año*” de 1994, por cuanto ello era financieramente imposible para él.
- En la reunión llevada a cabo con el representante de la firma Must Triding Ltda., le informaron a éste que la muestra con la cual había participado no servía, por cuanto “*se necesita es la que esté reposada en cuero*” y le solicitaron una nueva muestra, además le informaron que la entidad no pagaría anticipo y que la entrega debía hacerse después del mes de mayo, mediante entregas parciales o una entrega de la totalidad de la mercancía. El representante de Must Triding Ltda., aceptó las condiciones solicitadas.
- El *Director de Intendencia del Ejército, Teniente Coronel Fabio Muñoz Eslava*, solicitó a la *Junta de Licitaciones del Ejército Nacional* revocar la recomendación de adjudicar el contrato a la Compañía Industrial de Calzado y en su lugar, solicitó que se recomendara al Ministro de Defensa la adjudicación a favor de la sociedad Must Triding Ltda., “*teniendo en cuenta que la circular 1567 del 26-MAY-93 establece el procedimiento de concertación del Comité de Negociación a conveniencia de la Institución*”.
- La Junta de Licitaciones del Ejército recomendó al Ministro de Defensa, sin exponer razón alguna, que el contrato le fuera adjudicado a la sociedad Must Triding Ltda.
- Que el Ministro de Defensa, mediante Resolución 14887 del 30 de diciembre de 1993, adjudicó el contrato a la sociedad Must Triding Ltda., “*por ser la oferta que cumplió con las exigencias de la cotización No. 066/93, frente a la propuesta presentada por COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO LTDA.*”
- El día 21 de enero se suscribió el contrato distinguido con el número 505 de 1994, entre el Ministerio de Defensa y la sociedad Must Triding Ltda., en el cual se acordó que la entrega de las botas se realizaría mediante entrega total o entregas parciales, a elección de la firma contratista, en un plazo de 150 días calendario, con unas especificaciones diferentes a las consagradas en la solicitud de cotización 66 de 1993.

- La sociedad Must Triding Ltda., el día 25 de enero de 1994, después de suscrito el contrato 505, hizo entrega al Ministerio de Defensa de la muestra de la bota correspondiente a las especificaciones descritas en el mismo contrato.
- La entrega de las botas por parte de la sociedad Must Triding Ltda., se realizó mediante entregas parciales, durante los meses de mayo y de junio de 1994.

6.3. El procedimiento adelantado.

6.3.1. Los principios aplicables al procedimiento de contratación directa.

Encuentra la Sala que si bien el Decreto-ley 222 de 1983 no consagró el procedimiento que debían seguir las entidades públicas cuando fuesen a seleccionar a sus contratistas a través de la modalidad de contratación directa, desde tiempo atrás, ha sido aceptado por la Jurisprudencia de la Sala que la selección no se encuentra sujeta a la libre discrecionalidad o al arbitrio de la entidad, toda vez que en cumplimiento de los principios consagrados en el artículo 209 de la Carta Política ha de garantizar que el contrato sea celebrado con *“la persona idónea y mejor capacitada para lograr la satisfacción de las necesidades colectivas”*.

Se cita *in extensum*, una providencia de esta Sección, que si bien se expidió en vigencia de la Ley 80 de 1993, resulta de plena aplicación tanto al caso concreto como a la contratación directa desarrollada en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983:

“2.2.2.- La contratación directa.

“Constituye una forma de escogencia del contratista, excepcional a la regla general de la licitación, mediante un procedimiento administrativo distinto al previsto para la referida regla general, de ordinario y en contraste con aquella, más ágil y expedito, atendiendo las circunstancias de cada caso particular según lo indicado por la ley, pero sin que ello signifique, en modo alguno, que la aplicación de este

procedimiento faculte a la Administración para apartarse de los principios que orientan su actividad, en general y el régimen de contratación estatal, en particular.

“(...)

“(...) el hecho de que la norma legal no hubiere consagrado un procedimiento claro y preciso para la contratación directa, por parte de las entidades estatales, no constituye razón justificativa alguna para que las mismas procedan a seleccionar discrecionalmente a los contratistas, toda vez que la Constitución Política y las leyes vigentes (Ley 80 de 1993) les imponen el deber de aplicar los principios que orientan la actividad contractual y la actividad administrativa en general.

“Queda entonces claramente establecido que tanto la licitación y concurso públicos, como la contratación directa, constituyen procedimientos administrativos o formas de selección del contratista particular, previstos por la ley de contratación, los cuales, en todos los casos, deben estar regidos por los principios que orientan la actividad contractual y que son de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades públicas como para los oferentes o contratistas según el caso.

“2.3.- Los principios que rigen la selección de los contratistas por parte de las entidades estatales.

“Independientemente del procedimiento de selección del contratista que la ley ha establecido, según cada caso, existen muchos y variados principios de linaje constitucional y legal que informan la actividad contractual como función administrativa que es, los cuales, además, cumplen la función de incorporar en el ordenamiento positivo los valores éticos que deben orientar cada una de las actuaciones que adelantan las entidades del Estado.

“El procedimiento no puede confundirse con los principios que lo orientan, por esto, con justificada razón, la doctrina nacional autorizada ha sostenido que, ‘los principios de la contratación estatal son

sustancialmente distintos a los simples y formales procedimientos administrativos de escogencia del contratista'. Así mismo, ha dicho que "El procedimiento es tan sólo un medio para garantizar los principios.²⁶

"Con arreglo a los postulados del artículo 4 constitucional, a cuyo tenor 'la Constitución es norma de normas' y 'en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales', resulta claro que la Constitución como norma de jerarquía superior, así como los principios que de ella emanan, se proyecta sobre la totalidad del ordenamiento jurídico, incluidas en el tanto las leyes y los actos que se asimilan a ella, como también, todos los demás actos jurídicos²⁷, de tal suerte que no pueden concebirse sino con base en los principios constitucionales.

"La Carta Suprema en su artículo 209²⁸ ordena que el ejercicio de la función administrativa se encuentra sometido a los principios de igualdad, de moralidad, de eficacia, de economía, de celeridad, de imparcialidad y de publicidad, razón por la cual en la medida en que la contratación estatal puede identificarse como una actividad administrativa, necesariamente deben aplicársele estos mismos principios, sin perjuicio de muchos otros que también forman parte del texto constitucional y que revisten enorme importancia en relación con las actividades de las entidades del Estado.

"Uno de tales principios, por ejemplo, es el de legalidad previsto en los artículos 6 y 121 de la Constitución Política, según el cual, todas las actuaciones que adelanten las autoridades del Estado deben estar previamente atribuidas por la Constitución Política y la ley; este principio fundamental en modo alguno podría considerarse ajeno a la actividad contractual del mismo Estado, puesto que sólo en la medida en que las actuaciones que adelanten las entidades públicas, durante las etapas

²⁶ Original de la Sentencia en cita: SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Contratación Indevida, Universidad Externado de Colombia, 2004, Bogotá, pág. 226.

²⁷ Original de la Sentencia en cita: RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, "Derecho Administrativo", 14ª edición, Bogotá, Editorial Temis, 2005, Pág. 236.

²⁸ Original de la Sentencia en cita: "Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones (...)"

de selección de los contratistas o durante la ejecución de los contratos se ajusten rigurosamente al ordenamiento jurídico, se podrán tener por válidos los actos y contratos correspondientes.

“De la misma manera el principio de prevalencia del derecho sustancial que la Carta Política consagra en su artículo 228, aunque podría considerarse rector de la Administración de Justicia, indudablemente resulta de importante aplicación en relación con el ejercicio de la función que cumplen las autoridades administrativas, de tal suerte, que si en ese campo se presenta alguna colisión entre aspectos o regulaciones de índole objetiva para con el derecho sustancial, éste está llamado a prevalecer.

“También es posible identificar otros principios de orden legal que orientan la actividad contractual de la Entidades Estatales, como por ejemplo aquellos previstos expresamente por la Ley 80, como el de transparencia, el de economía y el de responsabilidad, los cuales no pueden concebirse como únicos o exclusivos, es decir, ellos no agotan la totalidad de los principios que deben tenerse en cuenta en el desarrollo de la actividad contractual de los entes públicos, por cuanto hay muchos otros como el de la buena fe, el de la libre concurrencia, el de selección objetiva, que son consustanciales a aquellos, en la medida en que dependen uno del otro, como a continuación se analizará.

“(…)

“2.3.4.- El principio de selección objetiva.

“(…)

*“(…) en aplicación de este principio, la oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación como resultado de ponderar los factores o criterios de selección establecidos en los documentos de la licitación, concurso **o contratación directa; en consecuencia, la escogencia de un ofrecimiento que no haya logrado la máxima puntuación, obedecería a criterios diferentes a***

los plasmados en los documentos que rigieron la selección, lo cual viciaría de nulidad tanto el acto de adjudicación como el contrato celebrado bajo estas condiciones, en razón de haberse desconocido el principio de selección objetiva.

“Este principio no puede concebirse como algo independiente de los principios de transparencia, publicidad, igualdad, imparcialidad y buena fe, que son de la esencia de la contratación estatal, en la medida en que, el principio de selección objetiva se sirve de aquellos para cumplir su finalidad.

“En efecto, en los pliegos de condiciones se establecen las reglas de juego que deben servir de fundamento para la selección del contratista y la futura contratación; en consecuencia, tales documentos deben contener reglas claras, objetivas e imparciales para que los interesados participen en igualdad de condiciones, así como deben contener los criterios de selección y la ponderación precisa, detallada y completa de los mismos, con sujeción a lo cual debe realizarse la evaluación comparativa de las ofertas.

“Dichas reglas deben ser puestas en conocimiento de todos los interesados en participar, sin que sea posible modificarlas al momento de efectuar la selección del contratista, con lo cual se honran los principios de transparencia, publicidad, igualdad, imparcialidad y buena fe. Pero además, las reglas contenidas en los pliegos de condiciones constituyen el fundamento para la valoración de los ofrecimientos hechos y la selección del contratista que sólo será objetiva si se cumplen a cabalidad.

“La selección objetiva del contratista, en el procedimiento de contratación directa, debe aplicarse con el mismo rigor y alcance que le son propios, sin que pueda confundirse la observancia de dicho principio con el solo hecho de haber exigido pluralidad de ofertas, pero dejando de lado el aspecto más importante, cual es el consistente en que, antes de adelantar el procedimiento administrativo de selección inspirado por los principios de transparencia y de selección objetiva, la entidad pública debe fijar las pautas, criterios y reglas que serán aplicables al momento de evaluar las ofertas y, con arreglo a ellas, elegir la más favorable.

“(…)

“2.4.- La aplicación de los principios de la contratación en la modalidad de la contratación directa.

“En al acápite anterior se manifestó insistentemente que la entidades públicas están obligadas a respetar los principios que orientan la actividad contractual, no sólo cuando la selección del contratista se cumple mediante el procedimiento de la licitación o concurso públicos, sino también cuando se adelante a través de la modalidad de contratación directa, puesto que esta forma de escogencia del contratista, debe obedecer por igual a criterios objetivos y de interés general, con el fin de que el ofrecimiento seleccionado sea el más beneficioso para la entidad, sin que sea posible que los funcionarios encargados de la contratación, de manera discrecional, se eximan de su aplicación y procedan a seleccionar el contratista movidos por razones de índole subjetiva o de interés o conveniencia particular.”²⁹ (Negrillas por fuera del original)

6.3.2. Las reglas aplicables al procedimiento adelantado por el Ministerio de Defensa.

Encuentra la Sala que el Ministerio de Defensa, además de que contaba con su propia norma aplicable a los procedimientos administrativos de selección de contratación directa que adelantaba la entidad –oficio MD-ASEC-023 de febrero 23 de 1993-, efectuó una invitación a contratar –solicitud de cotización 066 de 1993-, en la cual consagró las reglas aplicables al procedimiento, los criterios de selección y la ponderación de los mismos.

En la solicitud de cotización número 066 se dejó consignado, entre otras especificaciones, que la plantilla debía suministrarse en “*suela delgada (cuero)*” y, además, que los “*cambriones*” debían fabricarse en acero; asimismo, respecto de las especificaciones técnicas exigidas, en el ítem 3.2.1, se dispuso que “*Aquellas ofertas que, en el respectivo ítem, no cumplan con las especificaciones técnicas exigidas en la presente solicitud de cotización, serán eliminadas, las demás entrarán al proceso de calificación de los factores siguientes*” y también se consagró en el ítem 3.2.2, relativo a la calidad, que “*Cuando no se cumplan las características mínimas exigidas en la solicitud de cotización, la oferta se eliminará, en el ítem respectivo*”.

6.3.3. La evaluación realizada.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de agosto 29 de 2007, Expediente 15324, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

La evaluación fue adelantada por los respectivos comités –jurídico, técnico y económico-, tal como dispuso la solicitud de cotización, se pidieron las aclaraciones pertinentes y se asignaron las calificaciones; respecto de la evaluación técnica correspondiente a la muestra presentada por la sociedad Must Triding Ltda., se dejó anotado lo siguiente:

“REFUERZO PLANTILLA

“Se le disminuye el total de puntos por no presentar lámina acerada”

“PLANTILLA

“Se le disminuye 9 puntos por presentarla en vaqueta y la solicitada es en cuero”.

Con base en las evaluaciones efectuadas por los Comités, el Director de Intendencia del Ejército dirigió una comunicación al Comité de Adquisiciones de la entidad, en la cual le pidió que recomendara al Ministro adjudicar el contrato al proponente que obtuvo el primer lugar en la evaluación –la sociedad Compañía Industrial de Calzado Ltda.-; con base en esta comunicación el Comité de Adquisiciones, mediante acta No. 45 de octubre 21 de 1993, efectuó la recomendación al Ministro.

Es de advertir que, contrario a lo afirmado por la parte actora, el acta No. 45 del 21 de octubre de 1993 no tenía el carácter de una adjudicación, por cuanto se trataba de una recomendación, de conformidad con las previsiones contempladas tanto en el Decreto-ley 222 de 1983 como en el procedimiento previsto en el mencionado oficio 023, dado que la adjudicación correspondía al Ministro de Defensa. Respecto del carácter de estos comités se ha pronunciado la Sala en los siguientes términos:

“La Sala observa que en el acta No. 026 del 14 de noviembre de 1990 de la Junta Directiva del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia (fls. 32 a 38 del C-4), no aparece el acto por el cual se adjudicó el contrato; en ella se hace referencia es a la recomendación para adjudicar la obra a la firma demandante con base en el informe de la subcomisión de obra pública de la entidad (fls. 34 C.P). Por consiguiente, de esta acta

no se desprende la adjudicación del contrato a favor de la demandante, como tampoco que la junta directiva del Fondo haya consentido expresamente en acatar la recomendación dada por el comité que analizó las propuestas.

“Al respecto la doctrina ha sostenido, lo siguiente:

“El licitante elige o selecciona, entre las propuestas formuladas, la más conveniente. Ello se traduce por una actividad de contenido jurídico administrativo, que reviste forma de simple acto de la Administración (preadjudicación) y de acto administrativo (adjudicación).

“La preadjudicación importa un dictamen anticipado acerca de cuál es el orden de méritos, en razón de la conveniencia de las ofertas, emitido por un cuerpo u órgano consultivo. La adjudicación supone ya el acto decisional de seleccionar la mejor oferta, a los efectos de perfeccionar después el contrato con su proponente, por alguno de los procedimientos que prevé el ordenamiento jurídico, y de acuerdo con la clase de contrato de que se trate: notificación de la adjudicación, aprobación por órgano superior, formalización escrita, etcétera.”³⁰

“En este orden de ideas, resulta claro que lo consignado en el acta No. 026 de 1990 expedida por el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, no es más que la presentación de la evaluación de las propuestas realizada por la subcomisión de obra pública de la entidad y el hecho de que en dicha acta se hubiera manifestado, luego de estudiado el informe de esa subcomisión, que “Sometido a consideración de la Junta, esta considera (sic) la conveniencia de adjudicar la obra a dicha firma..”, no implicaba en forma alguna la adjudicación del contrato en favor de dicha firma o la existencia de un derecho adquirido para la misma, toda vez que la decisión definitiva no dependía únicamente del informe de la citada subcomisión, por cuanto éstos no eran los únicos criterios de

³⁰ Original de la Sentencia en cita: JOSÉ ROBERTO DROMI. *La licitación pública*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1985, páginas 127 y 128.

evaluación que debía tener en cuenta la entidad al momento de la adjudicación, ya que existen otros parámetros tan importantes como los de orden jurídico que no podían ser desconocidos en el juicio razonado de alternativas que debe llevar a cabo toda entidad para la escogencia acertada del contratista, garantizando la transparencia del proceso y los derechos de los proponentes.”³¹ (Negrillas por fuera del original)

Retomando el procedimiento de evaluación adelantado por el Ministerio de Defensa, encuentra la Sala que con posterioridad al momento en el cual la Junta de Licitaciones efectuó la recomendación al Ministro de Defensa, el Secretario General y el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Defensa, convocaron a los proponentes clasificados en los dos primeros lugares a efectuar una negociación, en los siguientes términos:

“Siguiendo instrucciones del señor Ministro de Defensa Nacional y en virtud de lo dispuesto en el Oficio No. 1567-MD-ASEC-023 del 23 de febrero de 1993 sobre Contratación Directa, le comunico que ha sido activado el Comité de Negociación en relación con la adquisición de botas de combate, de que trataba la Solicitud de Cotización No. 066/93 EJC.

*“En consecuencia, es necesario **para efectos de fijación de precios**, contar con la asistencia de los representantes de esa firma, el próximo 23 de diciembre del año en curso a las 10:00 horas [y a las 15:30] en esta Secretaría.”*

El mencionado oficio No. 1567-MD-ASEC-023 del 23 de febrero de 1993, respecto de esta fase de negociación prescribió lo siguiente:

“2.5. NEGOCIACION

“Dada la flexibilidad y agilidad que otorga el proceso de contratación directa para acordar las condiciones bajo las cuales se adelantaría la adquisición de los bienes y/o servicios solicitados, el Ministerio de Defensa se reserva el derecho de

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de junio 14 de 2001, Expediente 13793, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

llamar al o a los oferentes preseleccionados por la Fuerza, con el fin de negociar mejores precios, términos de financiación, plazos, condiciones de pago, etc.

“A este efecto, el Ministerio constituirá un comité Especial, con arreglo a la conformación que se detalla a continuación.

“2.6. COMITE ESPECIAL DE NEGOCIACION

“Para efecto de la contratación directa, en que se considere conveniente la negociación, el Ministerio de Defensa constituirá un Comité Especial integrado por los siguientes miembros:

“Para cada una de las Fuerzas Militares:

“- Por el Comandante General de las Fuerzas Militares.

“- Por el Comandante y Segundo Comandante de la respectiva Fuerza.

“- Por el Secretario General del Ministerio de Defensa.”

“(…) (Negrillas por fuera del original).

En relación con la fase de negociación prevista en el antecitado oficio, se observa lo siguiente:

1. El Ministro de Defensa se reservaba el derecho de llamar a los preseleccionados por las Fuerzas Militares.
2. La negociación tenía como objetivo negociar precios, términos de financiación, plazos, condiciones de pago, entre otras.
3. Se constituía un comité especial para las situaciones en las cuales el Ministro considerara conveniente efectuar la negociación.
4. El Comité tenía unas reglas de conformación y de funcionamiento.

Si bien se consagró en la norma que la posibilidad de negociar se constituía en una facultad *discrecional* del Ministro de Defensa, no obstante, en aplicación de los principios a los cuales se hizo alusión en el acápite relativo a la contratación

directa, los proponentes debían conocer con antelación: i) el hecho de someterse al procedimiento de negociación; ii) los factores de negociación; iii) los criterios con los cuales serían preseleccionados; iv) el procedimiento de preselección y, v) el número de proponentes que serían preseleccionados.

Si bien la fase de negociación se consagró de manera general en el oficio No. 1567-MD-ASEC-023 del 23 de febrero de 1993, la solicitud de cotización 66 de 1993 no consagró disposición alguna en la cual mencionara la fase de negociación y los criterios aplicables a la misma y, si bien no se trataba propiamente de unos pliegos de condiciones, como dispuso la misma solicitud de cotización, las prescripciones contenidas en ésta se tornaban obligatorias para la entidad y para los participantes, toda vez que constituían el conjunto de reglas que disciplinaban el procedimiento administrativo de selección.

Así pues, si el procedimiento incluía una fase de negociación, la entidad tenía la obligación de referirse a tal fase dentro de las reglas previstas en la solicitud de cotización 066 de 1993 y los proponentes tenían el derecho a conocer los criterios bajo los cuales serían seleccionados; luego, la fase de negociación adelantada en esta ocasión vulneró los principios de transparencia y de selección objetiva, así como los criterios y los procedimientos señalados en el oficio No. 1567-MD-ASEC-023 del 23 de febrero de 1993 y en la solicitud de cotización No. 66 de 1993, en tanto su ocurrencia y sus reglas no fueron establecidas y conocidas con antelación por los proponentes.

Ahora bien, suponiendo que la posibilidad de llevar a cabo la negociación hubiese sido válida, en el procedimiento adelantado por el Ministerio se observa que se habrían desconocido algunos de los aspectos previstos en el mismo oficio 023, como se menciona a continuación:

i) La citación constituía una potestad del Ministro y no de otros funcionarios, sin que mediara delegación: en el procedimiento adelantado no se observó intervención alguna del Ministro en esta fase, en la cual hiciera expresa la conveniencia de negociar, así como los factores de negociación, por cuanto a los proponentes simplemente se les hizo llegar un oficio en el cual les anunciaban “*la activación del comité de negociación*”; este oficio provino de servidores públicos que carecían de esta competencia, toda vez que no habían sido delegados para cumplir esta tarea.

ii) El oficio de citación tenía fecha de diciembre 21 de 1994 y el comité se llevó a cabo el día 23 del mismo mes y, sin que se hubiese probado la fecha en la cual se entregaron las comunicaciones, con la sola comparación de las fechas, se puede ver que no se realizó con la antelación de 72 horas, a las cuales aludía el mencionado oficio.

iii) El Comité de Negociación se encontraba conformado por los siguientes servidores: el Comandante General de las Fuerzas Militares, el Comandante y el Segundo Comandante de la respectiva Fuerza y el Secretario General del Ministerio de Defensa; a la reunión de negociación asistieron el Jefe del Estado Mayor del Ejército Nacional, el Intendente General del Ejército Nacional y el Secretario General del Ministerio de Defensa.

iv) La negociación fue citada “*para efectos de fijación de precios*” y en las respectivas reuniones se negociaron los siguientes aspectos:

a) Con la Compañía Industrial de Calzado.

El Comité solicitó a los representantes de esta sociedad: 1) renunciar a recibir anticipo; 2) entregar los bienes solicitados después del 4 mes; 3) efectuar una rebaja en el precio. En el acta 09 de 1993 se consignó lo siguiente:

“La modalidad de pago se hará contra entrega del pedido, sin lugar a anticipo y se exige la entrega total de los elementos a partir del 4° mes del próximo año, en la fecha que ustedes nos señalen.”

Alegó la actora que se le habían vulnerado sus derechos y además se habían desconocido las prescripciones contenidas en la solicitud de cotización 66 de 1993 al imponerle *renunciar* a recibir el anticipo, así como en la negativa de la entidad a recibir la mercancía mediante entregas parciales.

Encuentra la Sala que si bien el actor alega que tenía derecho a recibir un anticipo de parte de la entidad, no le asiste razón, toda vez que la solicitud de cotización 66 de 1993 previó la entrega de anticipo sólo para las pequeñas y medianas industrias, en los términos de la Ley 78 de 1988, de acuerdo con la cual –artículo 2- para que una industria fuera considerada pequeña o mediana se requería que

simultáneamente cumpliera los requisitos de tener 199 trabajadores o menos y unos activos que no excedieran los 300 millones.

En el proceso no se probó el número de trabajadores con los cuales contaba la Compañía Industrial de Calzado y de conformidad con los balances aportados al proceso se observa que tanto en diciembre de 1992 como en junio de 1993 sus activos excedían esta cantidad, luego, no le asistía el derecho de recibir el aludido anticipo.

Ahora bien, en la solicitud de cotización se dispuso que el hecho de condicionar la ejecución del contrato a la entrega de un anticipo se constituía en una causal de eliminación, luego, el hecho de que hubiese *renunciado* a la entrega del anticipo, en si mismo, no constituiría una vulneración a las reglas propias de aquel procedimiento administrativo de selección.

Alegó el actor que había sido vulnerada la estipulación prevista en la solicitud de cotización 66 de 1993, según la cual, se podían efectuar entregas parciales, no obstante, encuentra la Sala que ello no resulta exacto, toda vez que el Comité precisó que no podía recibir entregas parciales con antelación al cuarto mes de 1994, por cuanto no contaba con disponibilidad presupuestal con anterioridad a esta fecha, según se desprende de la mencionada acta.

Si se examinan los términos estipulados en la solicitud de cotización, se encuentra que las entregas después del cuarto mes, es decir a partir de mayo, irían más allá de tales términos, toda vez que: i) la entrega de las propuestas se realizó el día 13 de septiembre de 1993; ii) la entidad contaba con un plazo de 90 días para adjudicar, es decir 13 de diciembre; iii) el adjudicatario contaba con un término de 5 días para notificarse de la adjudicación -18 de diciembre-; iv) la entidad contaba con un plazo de 30 días para suscribir el contrato, es decir 18 de enero y, iv) las entregas debían realizarse dentro de los 90 días siguientes al perfeccionamiento del contrato, aproximadamente entre enero y abril de 1994; así pues, se habría contrariado lo dispuesto en la solicitud de cotización No. 66 de 1993.

b) Con la sociedad Must Triding Ltda.

A la sociedad Must Triding Ltda., el Comité de Negociación le advirtió que la entidad no efectuaría pago de anticipo; que la entrega debía hacerse a partir del mes de mayo y, además, le puso de presente que su propuesta no había cumplido

con las exigencias de la solicitud de cotización 066 de 1993; en el acta número 10 de diciembre 23 quedó consignado lo siguiente:

“El pago se hará de contado, sin lugar a anticipo sino bajo la modalidad de pago contra entrega; con términos mínimos de entrega que se contarán a partir de Mayo de 1994, previa coordinación de entregas parciales o de una sola entrega.

*“Interviene el Señor Brigadier General FERNANDO GONZALEZ MUÑOZ, para precisar detalladamente en qué consisten las observaciones técnicas, **partiendo de la plantilla que se necesita es la que esté reposada en cuero, por lo tanto así como está en la muestra no sirve, el Ejército Nacional requeriría una garantía certificada de que ustedes pueden modificar la plantilla y someterse a nuestra exigencia.***

“(…)

“Interviene el Mayor General PALLARES para precisar que el modelo requerido es el de solo ojete y sobre el cual este Comité necesita saber si le pueden hacer la doble plantilla como el de la muestra que se le está exhibiendo en este momento al mismo precio ofertado, o sea sin ningún costo adicional para el Ejército Nacional de ser aceptada esta modificación.”

En la negociación adelantada con esta sociedad se observa que la muestra aportada no cumplía con las exigencias formuladas en la invitación a cotizar y que el Comité le solicitó una nueva muestra, así como la garantía de que la misma cumpliría con las respectivas exigencias a condición de que sostuviera el precio, con lo cual se habría vulnerado el derecho de igualdad de los demás proponentes a quienes ha debido brindárseles la misma oportunidad.

Una vez la sociedad Must Triding aceptó las condiciones exigidas por el Comité, el Secretario General del Ministerio *“le expresa que esa nueva propuesta será analizada en detalle por el Comando del Ejército, verificando además el aspecto técnico y precio de la adquisición, para con posterioridad llevar una*

recomendación de adjudicación de la Junta Técnica de Adquisiciones ante el señor Ministro de Defensa Nacional.”

Al proceso no se aportó documento alguno con el cual se hubiese probado el hecho de que el *Comando del Ejército* hubiere efectuado el análisis en detalle y, además, hubiere verificado el aspecto técnico y el precio de adquisición, como condiciones para efectuar la recomendación de adjudicación a la Junta Técnica de Adquisiciones; al proceso se aportó un documento titulado *“ponencia presentada por el Director de Intendencia del Ejército, Teniente Coronel Fabio Muñoz Eslava, ante la Junta de Licitaciones del Ejército Nacional”*, en el cual se recomendó a la Junta Técnica de Adquisiciones la revocatoria de la recomendación anterior, sin que en el documento se hubiese expresado razón alguna diferente al cumplimiento del requisito de negociación previsto en el oficio 023; en la mencionada ponencia únicamente contenía el siguiente texto:

“La Dirección de Intendencia teniendo en cuenta la apreciación del Comité de Negociación se permite proponer a la Honorable Junta de Licitaciones del Ejército, REVOCAR la recomendación efectuada por la Dirección de Intendencia y aprobada en Junta de Licitaciones celebrada el día [en el documento aparece este espacio en blanco] teniendo en cuenta que la circular 1567 del 26-MAY-93 establece el procedimiento de concertación del Comité de Negociación a conveniencia de la Institución y se ADJUDIQUE a la firma Must Trading la elaboración de 52.969 pares de botas a un valor de \$18.776,00 incluido el impuesto a las ventas por un valor total de \$994´545.944,00.”

También observa la Sala que la Junta Técnica de Adquisiciones efectuó una nueva recomendación al Ministro de Defensa, contenida en el acta número 60 de diciembre 28 de 1993, sin que tal recomendación contuviese motivación alguna que le permitiere a éste tener elementos de juicio para efectuar la adjudicación, tal como se mencionó en el acápite de pruebas solamente se expresó el siguiente contenido en relación con la adjudicación:

“Ponencia para considerar la adjudicación de las botas de combate a la firma MUST TRADING de la solicitud de cotización No. 66/93.

“(…)

“Analizando en todas sus partes la ponencia, la junta técnica de adquisiciones y licitaciones del Ejército resuelve:

“1. APROBAR POR UNANIMIDAD Y EN TODAS SUS PARTES LA PONENCIA PRESENTADA POR LA DIRECCION DE INTENDENCIA.”

Al parecer la ponencia a la cual hacía alusión el acta de la Junta era la solicitud de revocatoria titulada *“ponencia presentada por el Director de Intendencia del Ejército, Teniente Coronel Fabio Muñoz Eslava, ante la Junta de Licitaciones del Ejército Nacional”*, a la cual se hizo referencia en párrafo anterior y que, como se afirmó, carecía de motivación.

6.3.4. La adjudicación.

El Ministro de Defensa adjudicó el contrato para la adquisición de las botas de combate a la firma Must Triding Ltda., mediante la Resolución No. 14.887 de diciembre 30 de 1996, en la cual solamente se hizo referencia a las normas legales que facultaban al Ministro para contratar bajo la modalidad de contratación directa, así como al hecho de que se aceptaba la recomendación efectuada por la Junta de Adquisiciones del Ejército: en la parte motiva de la mencionada Resolución se expuso lo siguiente:

“Que el Ministerio de Defensa Nacional requiere la adquisición de material reservado de Intendencia, con destino al Ejército Nacional.

“Que la compra de estos elementos por su naturaleza no requiere la realización de licitación pública o privada de acuerdo a lo establecido en el artículo 259 del Decreto Ley 222/93, por tratarse de material reservado de Intendencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 2252 de 1.991.

“Que según oficio No. 7777-MDJCT-023 de fecha 19 de agosto de 1.993, el señor Doctor Ministro de Defensa Nacional, autorizó la contratación directa como material reservado de Intendencia.

“Que existen los recursos disponibles para el pago de la presente adjudicación con cargo a la Unidad Ejecutora 1501-03, nuar. 2002 “MATERIALES Y SUMINISTROS”. Ordinal 002 Otros Conceptos, Objeto 11 Materia Prima Vestuario y Equipo de Tropa, Presupuesto Básico, Plan. Conmoción y PEVV III - Recursos 17 Crédito Interno Nacional Plan. Integral - Recursos 30 Financiación Plan Integral Transferencias Sector Descentralizado Nacional de la vigencia fiscal de 1.993.

“Que en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 34 del Decreto Ley 222/83, corresponde al Ministro de Defensa Nacional, adjudicar el presente contrato.

“Que el Ministro de Defensa Nacional, acepta la recomendación de la Junta Técnica de Adquisiciones y Licitaciones del Comando del Ejército, consignada en el acta No. 060 de fecha 25 de Diciembre de 1.993, para efectuar la adjudicación directa de la cotización No. 066/93.

“Botas de combate tipo Jungla, a la firma MUST TRADING LIMITADA, por ser la oferta que cumplió con las exigencias de la cotización No. 066/93, frente a la propuesta presentada por COMPAÑIA INDUSTRIAL DE CALZADO LTDA.”

Observa la Sala que la Resolución de adjudicación no dio cuenta del procedimiento de selección adelantado por la entidad y se limitó a afirmar que aceptaba la recomendación de la Junta de Licitaciones contenida en el acta número 60 de diciembre de 1993, la cual, como antes se mencionó, tampoco contenía motivación alguna, así pues, como puede observarse, también la Resolución 14887 carece de motivación, toda vez que no expresó los motivos por los cuales la propuesta seleccionada resultaba ser la más conveniente para la entidad.

Tal como ha expresado la Sala en oportunidades anteriores, la sola mención de aceptar la recomendación de la Junta no supe la exigencia de la motivación exigida legalmente para la expedición de este tipo de actos:

*“El motivo de rechazo fue SUPERFLUO o mejor, el acto carece de la motivación exigida por el último inciso del artículo 42 del Decreto No. 222 de 1983. **La ausencia de motivación necesariamente determina la nulidad del acto, pues ella implica no solo un vicio de forma, sino de ARBITRARIEDAD. La Resolución No. 004703, de 16 de diciembre de 1985 es nula, pues su única motivación consiste en afirmar que la Junta de Licitaciones y Contratos recomendó declarar desierta la licitación por no cumplir los proponentes los requisitos exigidos en el Pliego de Condiciones. La motivación posterior, que se recoge en la carta que el día 20 de diciembre de 1985 envió el Secretario General del centro de imputación jurídica demandado, al señor Guillermo Ceballos no alcanza a sanear el vicio, pues la motivación debe ser CONCOMITANTE al acto y estar incluida en el mismo.**”³²*

Si bien el Ministro de Defensa podía aceptar o rechazar la recomendación de la Junta Técnica de Adquisiciones, se encontraba en la obligación legal de expresar las razones por las cuales se acogía o se rechazaba tal recomendación, tal como ha sostenido la Jurisprudencia de la Corporación:

“El informe del comité evaluador constituye un criterio auxiliar para determinar cual es la mejor oferta. Sin embargo, el jefe de la entidad puede apartarse de los resultados de la calificación allí contenidos cuando considere que éstos no acataron los principios que rigen la contratación estatal y las condiciones previamente definidas en los pliegos de condiciones. En las anteriores condiciones, al momento de efectuar la adjudicación del contrato, debe expresar las razones que lo llevaron a separarse de tales recomendaciones.

“Al respecto la sala ha precisado que los informes de los comités o cuerpos técnicos a quienes se encarga la evaluación de las propuestas para la adjudicación de la licitación pública, a pesar de ser “de una importancia excepcional...no es obligatorio para el funcionario u organismo que adjudica, a menos que el ordenamiento así lo

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de julio 17 de 1993, Expediente 7860, C.P. Julio César Uribe Acosta.

*imponga*³³. En igual sentido indicó que **‘los cuerpos asesores deben ser oídos, pero sus puntos de vista son simplemente ilustrativos’**³⁴, **ya que la elección de la oferta más ventajosa debe ser efectuada por el órgano competente. Así mismo destacó la importancia de los informes o conceptos para definir la mejor propuesta, pero sin que ello signifique que son intocables, incuestionables e inapelables, ya que “sería quitarle al órgano encargado de hacer la adjudicación, la posibilidad de ejercer la competencia”**³⁵.³⁶ (Negrillas por fuera del original).

Ahora, si bien es cierto que el Ministerio de Defensa se encontraba facultado para contratar directamente la adquisición de bienes reservados, el mismo Ministerio dispuso de un conjunto de especificaciones y de reglas a las cuales sujetó el procedimiento administrativo de selección, así pues, además de encontrarse obligado a adelantar el procedimiento de conformidad con tales preceptos también estaba obligado a efectuar una selección objetiva, así como a dar cuenta del cumplimiento de los mismos en la motivación del acto de adjudicación, por cuanto, si bien se trata de un procedimiento administrativo de selección más flexible que el de la licitación pública, ello no es óbice para que se desconozcan las reglas y los principios aplicables a la contratación de las entidades públicas y las del procedimiento administrativo de selección de manera particular; así lo expresó la Sala en un procedimiento similar adelantado por el mismo Ministerio de Defensa:

“El objeto de la controversia en el caso sub-examine, lo constituye la discusión de la legalidad del acto administrativo por medio del cual, la Nación, Ministerio de Defensa, le adjudicó directamente un contrato de compraventa de frazadas liner a la compañía FINTRAD LIMITADA, que según la parte actora no cumplía con las condiciones y factores exigidos en la solicitud de cotización denominada No. 46 por segunda vez, por cuanto a su juicio no reunía los requisitos mínimos exigidos en la invitación a contratar formulada por la Administración.

³³ Original de la Sentencia en cita: Sentencia del 20 de junio de 1983. Exp. 3.355.

³⁴ Original de la Sentencia en cita: Sentencia del 25 de marzo de 1993. Exp. 6.740.

³⁵ Original de la Sentencia en cita: Sentencia del 12 de agosto de 1993. Exp.6.867.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de junio 24 de 2004, Expediente 15075, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

“Sobre el particular es preciso señalar que por regla general cuando la administración contrata con un particular deberá ceñirse a un procedimiento licitatorio con el fin de garantizar que la propuesta escogida será la mejor para la satisfacción de las necesidades de la entidad.

“La licitación es una invitación pública que hace la Administración para que los interesados en contratar con aquella, presenten sus propuestas de tal modo que sea escogida la más favorable para la satisfacción de los intereses de la comunidad. Contempla un procedimiento reglado que debe cumplirse so pena de violar el principio de igualdad entre los diferentes participantes. Esta forma de contratar, que por regla general es la que debe ser utilizada, es el medio para facilitar una selección objetiva del contratista, entendiendo por ella, aquella que se realiza escogiendo el ofrecimiento mas ventajoso para la entidad y sus fines, sin que se tengan en cuenta factores subjetivos como el interés personal o el afecto; para ello son utilizados ciertos criterios calificadores como lo son el precio, la calidad, el plazo, la seriedad de la oferta, la estabilidad financiera de la sociedad participante, todo con el objeto de que el elegido sea el oferente de la mejor propuesta. Las reglas de juego de la licitación, son determinadas por el pliego de condiciones el cual constituye ley para las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, rector del ámbito contractual y la entidad contratante no puede desconocerlos ni modificarlos en perjuicio de las partes.

“Sin embargo hay eventos en los cuales la ley determina que no es necesario adelantar el proceso licitatorio por considerarlo obstaculizador o inconveniente y le da facultades al Estado par que elija a la persona con la que desea celebrar un contrato determinado, de manera directa, sin que sea excusa para olvidar la importancia de acudir a criterios objetivos para escoger al contratista. El artículo 43 del Decreto ley 222 de 1983 norma que regía para la época en que fue celebrado el contrato señala los casos en los cuales es posible acudir a esta clase de procedimiento para contratar y el numeral diez y siete, menciona bienes de naturaleza reservada y a ese grupo pertenecen las frazadas objeto del presente contrato en discusión.

“(...)

“El Ministerio de Defensa al determinar las pautas que tendrían en cuenta las Fuerzas Armadas para contratar, oficio 1567 Md-ASEC-023 (fol. 18 - 26) señaló en principio que para adquirir bienes y servicios debería ser utilizado el proceso licitatorio. Empero de la misma manera estableció que si el proceso licitatorio no debe tenerse en cuenta cuando resulte inconveniente, por la naturaleza de los bienes que se pretenden adquirir, señalando que para tal efecto el caso de los materiales denominados de guerra o reservado, por cuanto así lo faculta el numeral diez y siete del artículo antes mencionado, que habilita la contratación directa bajo los presupuestos legales.

“En el presente caso, el Ministerio de Defensa pretendía celebrar un contrato de compraventa de unas frazadas Linner para el Ejército Nacional, calificadas por dicha institución, mediante oficio No. 3077 MDJCT-023 del 6 de abril de 1993, como material de intendencia reservado, constancia de ello reposa a folio 144. Conforme a dicha disposición el art. 259 del Decreto Ley 222 refiere lo que a continuación se destaca:

“(...)

“No cabe duda de que el mecanismo adecuado para la compra de las frazadas linner, era el de contratación directa, procedimiento que el Ministerio de Defensa adelantó y no el de la licitación como lo afirma la parte actora. Es por ese motivo, que no se quebrantó el art. 27 del Decreto-ley 222 de 1983, como se afirma en la demanda, ya que no pudo ser infringida una disposición que hace referencia a la licitación cuando el caso que nos ocupa es de aquellos en los que la ley permite que se acuda a la contratación directa.

“(...)

“En esta materia cabe recordar, que la contratación directa hace más flexible el procedimiento de elección y le da posibilidad a la

Administración de que el trayecto de análisis de propuestas sea más ágil. Dicho proceder excepcional surgió como mecanismo para evitar que la administración, en casos expresamente determinados, como cuando la cuantía era mínima, o por urgencia manifiesta o por la misma naturaleza del negocio o de los bienes que se pretendían adquirir, estuviera obligada a someterse a procedimientos largos y dispendiosos y que por el contrario pudiera elegir al contratista rápidamente y satisfacer de manera pronta necesidades apremiantes.

“La contratación directa, es un procedimiento reglado excepcional para celebrar contratos con mayor agilidad en ciertos eventos contemplados taxativamente en la ley, sin embargo dicha brevedad en el proceso de selección no puede servir como excusa para ignorar ciertos principios rectores de la contratación estatal que deben ser tenidos en cuenta sin importar la forma utilizada en la escogencia de la mejor propuesta. Uno de ellos y de alguna forma considerado el principal, capaz de garantizar la protección de otros, es el de la selección objetiva del contratista, el cual pretende que por medio de la utilización de ciertos factores evaluadores sea posible elegir la mejor de las propuestas, evitando una contratación sustentada en criterios subjetivos o discrecionales de la Administración. Con su observancia se protege el principio de la igualdad en el tratamiento de las diferentes propuestas y se garantiza la satisfacción del interés de la comunidad.

“En dichos eventos lo que hace la entidad contratante, es elaborar una invitación para que le sean presentadas diferentes propuestas, y escogerá la que considere la mejor luego de compararlas entre sí. En la solicitud, deben establecerse ciertos parámetros mínimos de ponderación en forma completa y clara para limitar los ofrecimientos y de esa manera propiciar una selección objetiva. Esa solicitud se encarga de establecer cuales serán los bienes objeto del contrato, lo que se espera de calidad, precio y plazo y qué factores se tendrán en cuenta con su respectiva calificación.”³⁷

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de agosto 10 de 2000, Expediente 12294, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

6.4. El contrato celebrado con la sociedad Must Triding Ltda.

Sostuvo la parte actora que las especificaciones contenidas en el contrato 505 de 1994 eran diferentes tanto a las ofrecidas por la sociedad Must Triding Ltda., según la muestra con la cual participó en la solicitud de cotización 066, como a las especificaciones contempladas en la misma solicitud.

Si bien en el presente caso no fue demandado el contrato 505 de 1994, por cuanto la acción se dirigió a solicitar la nulidad de la Resolución 14887 de diciembre 30 de 1987, la Sala analizará esta afirmación a la luz del contrato celebrado, así pues, el contrato se tendrá en cuenta como prueba del hecho afirmado por la demandante acerca de que la sociedad Must Triding Ltda., había recibido un tratamiento diferente al otorgado a los demás oferentes.

A continuación se efectuará una comparación entre las especificaciones técnicas pedidas en la solicitud de cotización 066 de 1993 y las estipuladas en el contrato:

i) Solicitud de cotización 066 de 1993.

“Especificaciones

“Tipo: De combate, jungla (según muestra).

“Confeccionadas: En vaqueta negra impermeable, lona negra/verde.

“Suelas y tacones: Labrados de excelente calidad.

La fuerza de adhesión de la punta y tacón debe ser de 27 a 32 kilogramos

“Plantilla: En suela delgada (cuero).

“Calibre: Los cueros a utilizar deben estar entre 1,8 a 2,0 milímetros.

Cambriones: En acero.

Ojetes: De 18 a 20 por unidad (cada bota).

Cordones: Color negro, fabricados en nylon

Sistema de fabricación: Punteadas, inyectadas o vulcanizadas

Talla: Del 37 a 44, en porcentajes que determine la Dirección de Intendencia

Largo cordones: De 140 a 150 centímetros mínimo.

(...)

ii) Especificaciones prevista en el contrato 505 de 1994.

“CORTE: Compuesto de cuero de ganado Bovino impermeable calibre 1.8 a 2.0 m.m-, de alta resistencia, fácil mantenimiento de lona 100% algodón impermeable. Bondeada internamente para proporcionar mayor cuerpo al calzado y excelente comodidad al usuario.

“VIBRA: Formulación de caucho especial para garantizar una buena adherencia a la suela.

“SUELA Y TACON: Caucho de excelente resistencia al desgaste, flexión y envejecimiento, con una fuerza de adhesión en la punta y el tacón entre 27 y 32 kilogramos.

“COSTURAS: Utilizando hilos de nylon de alta resistencia y tenacidad.

“PUNTERA Y CONTRAFUERTE: En material termoplástico para garantizar una mayor estabilidad.

“CAPELLADA: Forrada en material lienzo delgado 100% algodón para proporcionar una mayor frescura. Refuerzo de atadura en la misma piel. Refuerzo de cuello pilón y trasero en material tejido, sintético de alta resistencia.

“OJALETE: Metálico negro, 9 por lado.

“LENGUA: En fuelle lo cual evita la entrada de elementos a la bota.

“SOBREPLANTILLA Y PLANTILLA ADICIONAL: En carnaza (cuero bovino dividido) de buena calidad. Absorbente.

“CAMBRION: Acero de alta resistencia. –inoxidable.

“CORDON: Poliéster plano trenzado 150 cm. de altísima resistencia.

“RESPIRADORES MATALICOS LATERALES: Dos por zapato.

“ACABADO DE SUELA: Pistón aventura, antideslizante, de huella autolimpiante.

“COLOR: Cuero negro - lona verde

“PROCESO DE FABRICACION: Vulcanización Directa

Encuentra la Sala que la diferencia fundamental entre lo consagrado en la solicitud de cotización 066 y en el contrato radica en que en la primera se pidió *“Plantilla: En suela delgada (cuero), mientras que en el contrato se estipuló “SOBREPLANTILLA Y PLANTILLA ADICIONAL: En carnaza (cuero bovino dividido) de buena calidad. Absorbente”*.

A primera vista se observa que se trata de materiales diferentes, lo cual se corrobora con la experticia rendida por los peritos, los cuales analizaron los distintos materiales y, además, presentaron muestras de cada uno de ellos, en las cuales se ve la diferencia; según el dictamen *“(…) Las especificaciones contratadas no son las mismas que las requeridas en la solicitud mencionada, puesto que el elemento “plantilla” desaparece, exigiéndose sobreplantilla, es decir, una especie de forro que cubra la planta interna de la bota, con lo cual se desmejora la calidad y se reduce el precio”*.

Respecto de la diferencia entre la muestra presentada por la sociedad Must Triding Ltda., para participar en la solicitud de cotización 066 de 1993 y las especificaciones consagradas en el contrato, si bien al proceso no se allegó la

propuesta entregada al Ministerio por esta sociedad, del informe presentado por la comisión técnica se deduce que, en efecto, hubo diferencia; según el informe, el refuerzo de la plantilla de la muestra no presentó lámina acerada y, además, la muestra de la plantilla se presentó en vaqueta y no en cuero como se pidió en la solicitud de cotización 066 de 1993, materiales que, a su vez, son diferentes a los contratados.

Ahora, dada la diferencia del material descrito en las especificaciones de la Solicitud de Cotización 066, llama la atención, por decir lo menos, que la certificación expedida por el ICONTEC hace referencia a una botas de suela delgada en cuero, lo cual no resulta coincidente con la muestra allegada con la propuesta de la firma adjudicataria.

También se probó en el proceso que la muestra contratada fue remitida por la adjudicataria a la entidad pública demandada el día 25 de enero de 1994, después de haber suscrito el contrato, lo cual ocurrió el día 21 de enero del mismo año.

Igualmente observó la Sala que la solicitud de cotización 066 de 1993 contempló un plazo de noventa (90) días, después de celebrado el contrato, para la entrega de las botas de combate, mientras que en el contrato se estipuló un término de ciento cincuenta (150) días.

Asimismo, llama la atención de la Sala el hecho de que la solicitud de cotización se hubiese realizado para recibir propuesta de 35.000 botas de combate, según lo autorizado por el Ministerio, posteriormente se adicionó en 6.700 pares y, finalmente, se realizó el contrato por 52.969 pares.

Las situaciones descritas anteriormente acreditan que efectivamente a la sociedad Must Triding Ltda., se le dio un trato diferente al otorgado a los demás participantes, hasta el punto de permitirle ofrecer un nuevo producto y, además, contratar con unas especificaciones diferentes a las previstas en la solicitud de cotización 066 de 1993.

6.5. Otros cargos formulados por la actora.

Igualmente sostuvo la actora que la sociedad Must Triding Ltda., había contratado a nombre de otra sociedad –Industrias Grulla- la cual se encontraba en concordato

preventivo; no obstante, además de que el hecho no se probó, toda vez que no se allegó la propuesta presentada por la firma adjudicataria en la cual se pudiera corroborar el hecho de la representación, si ello hubiere sido así, no constituiría causal de ilegalidad, por cuanto, en primer lugar, el objeto social de la adjudicataria contemplaba este tipo de actividades comerciales y, en segundo lugar, el hecho de que una persona se encuentre en concordato preventivo no le impide ser contratista del Estado, como tampoco, suministrar bienes a un contratista suyo.

También se refirió la actora a la vulneración de algunas normas del Código de Comercio referentes a la oferta, las cuales, como afirmó el Tribunal Administrativo a quo, no resultan aplicables, toda vez que los procedimientos administrativos de selección se encontraban regulados en una norma especial, cual era el Decreto-ley 222 de 1983.

Sostuvo la actora que a la adjudicataria le había sido entregado anticipo para realizar el contrato 505, afirmación ésta que no corresponde a la realidad toda vez que en el otrosí suscrito por las partes, el 16 de febrero de 1994, se dispuso que la entidad no pagaría anticipo.

Respecto de las entregas parciales realizadas por la adjudicataria, se observa que las mismas se efectuaron después del 4 mes, así pues, si bien las entregas durante este plazo se encontraban por fuera de lo previsto en la solicitud de cotización 066, la condición no difiere de la que se propuso a la Compañía Industrial de Calzado Ltda., luego, al menos con este hecho, no se habría vulnerado el derecho de igualdad en relación con la actora.

La actora también afirmó que la adjudicataria había recibido un tratamiento más benévolo en el otorgamiento del plazo de la garantía de cumplimiento, no obstante, este hecho no resultó probado en el proceso.

6.6. La nulidad por ilegalidad de la Resolución 14887 de diciembre 30 de 1993 solicitado por la demandante.

El actor solicitó la nulidad de la Resolución número 14887 de diciembre 30 de 1993 con el argumento de que la selección de la sociedad proponente Must

Triding Ltda., no fue objetiva y que, además, la adjudicación desconoció los criterios consagrados en la solicitud de cotización 66 de 1993.

La jurisprudencia de la Sala³⁸ ha reiterado que en asuntos como el que es objeto de examen, en el cual el demandante pretende la nulidad del acto de adjudicación y, como consecuencia de esta declaratoria, el reconocimiento de la respectiva indemnización, por considerar que su propuesta era la mejor, le corresponderá, si quiere salir adelante en sus pretensiones, cumplir una doble carga procesal, de una parte demostrar que el acto lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y, de otra, probar que efectivamente su propuesta era la mejor.

Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha dicho:

“La Sociedad demandante pide declarar que tenía derecho a ser preferida en la adjudicación y, por virtud de ello, que se le reconozcan los ´perjuicios de todo orden, materiales y morales - debidamente actualizados, comprometiendo el daño emergente y el lucro cesante...´, causados con la expedición del acto administrativo impugnado.

“(..)

“Sin embargo, como lo anota el Tribunal y el Ministerio Público, no hay prueba de que la propuesta de la sociedad demandante hubiese sido mejor, y que, por lo mismo, le correspondía ser preferida en la adjudicación.”³⁹

Y, en posterior oportunidad, también señaló la Sección Tercera:

³⁸ Ver entre otras, las siguientes sentencias de la Sala: de enero 29 de 2009, C.P. Miryam Guerrero de Escobar; de 4 de junio de 2008, Exp. 14169, C.P. Miryam Guerrero de Escobar; de 4 de junio de 2008, Exp. 17783, C.P. Miryam Guerrero de Escobar; de 26 de abril de 2006, Exp. 16041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; de mayo 3 de 1999, Exp. 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández; de 13 de mayo de 1996, Exp. 9474, C.P. Juan de Dios Montes Hernández; de septiembre 26 de 1996, Exp. 9963, C.P., Jesús María Carrillo Ballesteros; de marzo 17 de 1995, Exp. 8858, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, y de enero 30 de 1995, Exp. 9724, C.P. Daniel Suárez Hernández.

³⁹ Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 13 de mayo de 1996, Exp. 9474, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

“A la luz de los lineamientos diseñados por la jurisprudencia de la Sala, correspondía a la parte actora, no solamente, probar los cargos de ilegalidad formulados contra el acto administrativo acusado, sino también, estaba en el deber de demostrar, que su propuesta se ajustaba en un todo a los requisitos establecidos en el pliego de condiciones; que era la mejor en sus aspectos técnicos y financieros y que era las más (sic) conveniente para el interés público, circunstancias que reunidas, lo harían acreedor al derecho de ser el adjudicatario de la Licitación Pública Internacional No. 001 de 1993 y por lo tanto a la indemnización.”⁴⁰

A la luz de los lineamientos diseñados por la jurisprudencia de la Sala, correspondía a la parte actora, no solamente probar los cargos de ilegalidad formulados contra el acto administrativo acusado, sino que, adicionalmente, está en el deber de demostrar que su propuesta se ajustaba en un todo a los requisitos establecidos en el pliego de condiciones y que era la mejor en los aspectos técnicos y financieros, circunstancias que lo harían acreedor al derecho de ser el adjudicatario del contrato y por tanto a la indemnización.

De acuerdo con lo estudiado, la Sala encuentra serios vicios que comprometen la legalidad del proceso de selección, pero deja consignado que no cuenta con elementos suficientes que le permitan afirmar que la oferta del demandante hubiese sido la mejor y que, por lo mismo, le correspondía ser preferida en la adjudicación, toda vez que la sociedad demandante no probó que su oferta hubiere sido la mejor, comoquiera que no aportó al expediente copia auténtica de todas las ofertas que fueron presentadas para participar en el procedimiento administrativo de selección, de forma tal que la Sala pudiera proceder a adelantar los análisis y cotejos pertinentes, pues tan solo se allegó al expediente la propuestas presentada por el demandante, lo cual impide establecer si la empresa demandante acreditaba un mejor derecho frente a todos los que concurrieron, con sus diversas propuestas, a participar en el llamado que realizó la entidad pública ahora demandada.

Según lo expuesto, la Sala declarará la nulidad de la Resolución número 14887 de diciembre 30 de 1993, emanada del Ministerio de Defensa, por las siguientes

⁴⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de enero 29 de 2009. Exp. 13.206. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

razones: **i)** la entidad pública demandada desconoció las reglas previstas en el procedimiento administrativo de selección, contempladas en la solicitud de cotización 066 de 1993 y en el oficio Nro. 1567 MD-ASEC-023 de febrero 23 de 1993; **ii)** se vulneró el principio de igualdad de los participantes en el procedimiento de selección, en tanto permitió a la sociedad adjudicataria entregar nuevas muestras y presentar una nueva propuesta, después de que no había cumplido con las especificaciones mínimas pedidas en la solicitud de cotización 066 de 1993; **iii)** se desconoció el principio de transparencia, en cuanto la entidad sometió a los proponentes Compañía de Calzado Ltda., y Must Triding Ltda., a un proceso de negociación cuyas reglas desconocían, además de estas dos sociedades, los demás participantes en el procedimiento administrativo de selección; **iv)** se vulneró el principio de selección objetiva, en tanto adjudicó la entidad el contrato sin que se hicieran expresos los motivos por los cuales se seleccionó a la firma Must Triding Ltda.

De conformidad con el análisis efectuado, la Sala revocará la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo a quo y, en su lugar, declarará la nulidad de la Resolución 14887 del 30 de diciembre de 1993, emanada del Ministerio de Defensa y negará las pretensiones indemnizatorias del actor.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

PRIMERO: ACEPTAR el impedimento manifestado por el señor Magistrado Mauricio Fajardo Gómez y, en consecuencia, separarlo del conocimiento del presente asunto.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia del siete (7) de mayo de 1998, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Tercera– y, en su lugar dispone:

- 1) Por las razones expuestas en la parte motiva, **DECLARAR** la

nulidad de la Resolución número 14887 de diciembre 30 de 1993, proferida por el Ministro de Defensa.

2) Negar las demás pretensiones.

En firme esta providencia **DEVUELVA** el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, CUMPLASE

GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ

**MAURICIO FAJARDO GOMEZ
IMPEDIDO**

HERNAN ANDRADE RINCON