

CONTRATACION DIRECTA - Registraduría Nacional del Estado Civil / REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL - Proyecto de modernización tecnológica / CONTRATACION DIRECTA - Adquisición de bienes necesarios para la defensa y la seguridad nacional / PROCESO DE CONTRATACION - Norma jurídica aplicable. Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios

La Sala encuentra demostrado que el trámite de contratación adelantado para el Proyecto de Modernización Tecnológica de la Registraduría Nacional del Estado Civil correspondió a un proceso administrativo de contratación directa, que se rigió por la ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios -concretamente el 855 de 1994-, porque se trataba de la adquisición de “bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional”, que en términos del art. 24, literal i) de la ley 80 de 1993 constituía una forma de contratación directa.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 24 / DECRETO REGLAMENTARIO 855 DE 1994

CONTRATACION DIRECTA - Registraduría Nacional del Estado Civil / REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL - Proyecto de Modernización Tecnológica / CONTRATACION DIRECTA - Adquisición de bienes necesarios para la defensa y la seguridad nacional / PROCESO DE CONTRATACION - Contratación directa. Ley 1150 de 2007

Esta causal, dicho sea de paso, se conservó en la ley 1.150 de 2007 con modificaciones sustanciales, porque se dividió en dos, puesto que una parte de esos bienes se pueden adquirir, ahora, a través del proceso de contratación directa, si se trata de “d) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición”; pero se debe adelantar un proceso de selección abreviada si se trata de “i) La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.” La diferencia entre uno y otro proceso es compleja. Sin embargo, en lo esencial la contratación sigue siendo directa si los bienes y servicios requieren reserva para su adquisición, en caso contrario la modalidad de selección será la abreviada. Claro está que la indeterminación de este criterio es alta, pero los decretos reglamentarios de la ley contribuyen a determinar qué bienes y servicios encajan en uno y otro grupo de contrataciones – arts. 53 y 79 del decreto 2474 de 2008-.

FUENTE FORMAL: LEY 1150 DE 2007 / DECRETO 2474 DE 2008 - ARTICULO 53 / DECRETO 2474 DE 2008 - ARTICULO 79

CONTRATACION DIRECTA - Registraduría Nacional del Estado Civil / REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL - Proyecto de Modernización Tecnológica / CONTRATACION DIRECTA - Adquisición de bienes necesarios para la defensa y la seguridad nacional / BIENES PARA LA DEFENSA Y SEGURIDAD NACIONAL - Noción. Definición. Concepto / BIENES PARA LA DEFENSA Y SEGURIDAD NACIONAL - Alcance / ADQUISICION DE BIENES PARA LA DEFENSA Y SEGURIDAD NACIONAL - Control judicial

En vigencia de la ley 80 original –que rigió el proceso de selección sub iudice- la noción de bienes para la defensa y seguridad nacional fue un concepto jurídico indeterminado, cuyo alcance, como acontece normalmente con estas nociones vagas y amplias, suele quedar en manos del operador jurídico del caso, que tiene

el deber de precisar su contenido para aplicarlo al asunto concreto. Claro está que luego procede el control judicial sobre los actos que definen el tema, y será el juez quien determinará la corrección o incorrección que la administración hace de su alcance. No obstante, en este caso también aconteció que el art. 3 del decreto 855 de 1994 -y otros decretos que lo adicionaron- contribuyeron a precisar el concepto. En particular, el numeral 18 de esta norma definió cuáles bienes podía adquirir la Registraduría Nacional del Estado Civil a través de este proceso de contratación: (...) En estos términos, fue indiscutible la posibilidad que tuvo la Registraduría de adelantar el proceso de contratación para la modernización tecnológica, a través de un proceso de contratación directa, es decir, que pudo pedir una sola oferta o negociar de manera inmediata con algún proveedor de esos bienes y servicios, y pasar a celebrar el contrato respectivo, si surgía un acuerdo de voluntades.

PROCESO DE CONTRATACION - Registraduría Nacional del Estado Civil / REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL - Proyecto de modernización tecnológica / PROCESO DE CONTRATACION - Adquisición de bienes necesarios para la defensa y la seguridad nacional / PROCESO DE CONTRATACION - Varias ofertas para escoger al contratista. Número plural de proponentes

No obstante, está demostrado en el proceso que la entidad pública optó por invitar a varios proponentes –tres en total-, renunciando a la discrecionalidad que tenía para escoger expeditamente al contratista, así como a la libre negociación que le era consustancial, para introducirse en un procedimiento más complejo, en relación con su administración –derivado, lógicamente, de la existencia de múltiples participantes-. La pregunta que debe formularse, y que se ha planteado a lo largo de este proceso, es si la Registraduría podía actuar de esta manera. Para la Sala no queda la menor duda que sí, sencillamente porque se escogió un proceso con más garantías que el soslayado, pues otorgando la normativa la posibilidad de contratar con quien la entidad quisiera, bien podía ésta pedir varias ofertas para escoger al contratista. Esta actitud se acomoda perfectamente a los principios de transparencia, selección objetiva y moralidad, porque en lugar de ponerlos en riesgo, con esta actitud, los potencia y garantiza en demasía. Lo que ocurrió en esta situación es que la entidad abandonó un procedimiento simple y sencillo, e ingresó voluntariamente a uno complejo, para el que no existe procedimiento preciso y detallado, de allí que por razones obvias surgen problemas adicionales, entre ellos: ¿puede la administración construir unas etapas para garantizar la selección objetiva de los invitados?, ¿se debe elaborar un pliego de condiciones que dirija el proceso de contratación?, ¿se debe tratar con igualdad a los participantes?, ¿se deben evaluar las ofertas presentadas?, ¿se debe permitir la presentación de observaciones al informe de evaluación?, ¿se debe adjudicar el contrato? Para la Sala, tal como lo entendió la Registraduría, las etapas mencionadas eran necesarias, no porque lo estableciera la ley o un reglamento –recuérdese que no lo hubo-, sino porque sería contrario al derecho contractual administrativo que una entidad pública reciba varias ofertas y no contemple la manera de presentarlas, recibirlas, evaluarlas y de adjudicar el contrato. De esta forma, contrario a lo que considera el Ministerio Público en esta instancia, la Sala afirma que era necesario, entre otras etapas, permitir que el informe de evaluación de las ofertas fuera puesto a disposición de los oferentes, para que presentaran observaciones contra él porque el art. 24.2 de la ley 80 establece que (...) Esta disposición tiene que regir en todo proceso de contratación donde existan informes de evaluación de propuestas, bien porque los exija la ley o el reglamento, o porque, en casos como el sub iudice, la entidad estatal decidió pedir más de una oferta, con la consiguiente obligación de determinar objetivamente cuál escoge y con fundamento en qué razones –que

deben describirse en los pliegos de condiciones que necesariamente se deben expedir para que sea objetivo el proceso. (...) De modo que la alternativa que escogió la entidad –solicitar varias ofertas en un proceso que pudo ser de contratación directa-, le imponía el deber de adecuarse a un procedimiento que garantizara los principios de la función administrativa, porque sería inadmisibles que por el hecho de venir de una causal de selección directa pudiera atropellar los valores jurídicos que en cualquier caso debe proteger la administración

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 24.2

NOTA DE RELATORIA: Sobre la posibilidad de establecer un procedimiento de contratación selectiva abreviada, consultar auto de 1 de abril de 2009, expediente número 36746

PROCESO DE CONTRATACION - Registraduría Nacional del Estado Civil / REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL - Proyecto de Modernización Tecnológica / PROCESO DE CONTRATACION - Adquisición de bienes necesarios para la defensa y la seguridad nacional / PROCESO DE CONTRATACION - Varias ofertas para escoger al contratista / PROCESO DE CONTRATACION - Declaratoria de desierto. Terminación del proceso

También era necesario concluir el proceso de selección adelantado –que dejó de ser directo- con un acto administrativo que contemplara alguna de estas decisiones posibles: adjudicar el proceso complejo en que se convirtió la contratación o declarar que no fue posible hacerlo. La segunda posibilidad, además, se puede expresar en un acto de distinta nominación: Puede llamarse declaración de desierto, terminación del proceso o cualquier otro nombre que indique claramente que no fue posible adjudicar el contrato a ningún participante en el proceso, por razones objetivas y motivadas. Entre otras cosas, sería inaceptable que la Registraduría no terminara el procedimiento, aduciendo que la ley no contempla esa posibilidad en un trámite administrativo como el que se adelantó. Una posición así obstaculiza el proceso de contratación, cuando no se presentan propuestas o ninguna se ajusta al pliego de condiciones. Por tanto, era indispensable concluirlo, de manera que si alguna oferta se ajustaba al pliego de condiciones debía adjudicarse, en caso contrario debía culminar con su rechazo. De esta manera, resulta inocua la discusión que plantea el apelante, en relación con la “terminación del proceso” de contratación directa, pues es válido cualquier acto que diera cuenta del mismo.

PROCESO DE CONTRATACION - Registraduría Nacional del Estado Civil / REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL - Proyecto de Modernización Tecnológica / PROCESO DE CONTRATACION - Adquisición de bienes necesarios para la defensa y la seguridad nacional / PROCESO DE CONTRATACION - Terminación del proceso / TERMINACION DEL PROCESO DE CONTRATACION - Por razones de seguridad nacional

La Sala recuerda que la culminación frustrada de un proceso de selección de contratistas sólo procede, según el art. 25.18 de la ley 80 de 1993, “... por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.” Ahora bien, una de las razones manifestadas por la Registraduría para terminar el proceso de contratación directa –expresada, concretamente, en la Resolución No. 6121 de 1996-, y cuestionada por el apelante, fue: (...). Contra esta decisión -y las razones que la apoyaron- Unisys de Colombia SA. interpuso recurso de reposición, que resolvió la Registraduría

mediante la Resolución No. 6578 de 1996 (...) Al contestar la demanda, la Registraduría fue mucho más explícita en relatar los hechos de “seguridad nacional” que condujeron a terminar el proceso de contratación directa. Manifestó que en varios medios de comunicación, entre el 10 y el 20 de noviembre de 1996, se informó sobre la detención de dos ciudadanos alemanes, de apellido Mauss, que intervenían en la liberación de una ciudadana alemana secuestrada por el ELN. Al capturarlos la policía les halló una carta dirigida a ellos por el señor Eduardo Mestre, donde les pedía dinero en préstamo por la colaboración que les había prestado con ocasión del proceso de contratación directa que adelantaba la Registraduría, según se deduce de su lectura. (...) la apelación genérica a razones de “seguridad nacional” no es causa suficiente ni eficiente para terminar o declarar desierto un proceso de selección, cualquiera que sea. La ley 80, que rige el tema, sólo autoriza esta decisión “... por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión” -art. 25.18 de la ley 80 de 1993-. De esta manera, la razón no puede ser la “seguridad nacional” en abstracto, sino la incidencia que el motivo concreto de seguridad nacional tenga sobre un proceso de contratación determinado, en términos de impedir la selección objetiva. Se precisa esto porque la Registraduría pareciera creer que la seguridad nacional es una causal autónoma de terminación o declaración de desierto de los procesos de contratación, cuando no lo es. Claro está que sí es una causal de contratación directa, pero se trata de dos usos diferentes.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 25.18

CONCEPTO JURIDICO INDETERMINADO - Noción. Definición doctrinal

En particular, la doctrina identifica la noción empleada por la Registraduría como un “concepto jurídico indeterminado”, porque a diferencia de los “conceptos jurídicos determinados”, su contenido es ambiguo, general y amplio, pero en todo caso se trata de una expresión jurídica, protegida por el ordenamiento, de ninguna manera de una anomalía suya. En relación con los conceptos jurídicos indeterminados, la doctrina administrativista nacional indica que se “reconoce como la presencia combinada de facultades discrecionales y de atribuciones derivadas de conceptos jurídicos indeterminados, esto es, de amplitud para adoptar una solución o decisión entre muchas posibles, pero también la de materialización de contenidos no definidos para llegar a una misma solución en la definición de las bases sobre la cual se adoptara una decisión dentro de un procedimiento administrativo”. Así mismo, se sostiene en la doctrina nacional que la “potestad es reglada en los casos del cumplimiento estricto de las exigencias normativas completas, determinadas agotadoramente por las normas superiores. La norma determina al extremo, agotando el contenido y supuestos de su operancia, constituyendo un supuesto normativo completo y una potestad aplicable, absolutamente definible en términos y consecuencias. En tratándose de las autorizaciones producto de este ejercicio del poder administrativo, la administración reduce significativamente su capacidad de apreciación subjetiva, limitándose a la mera constatación o verificación del cumplimiento de las exigencias, definidas agotadoramente y con carácter imperativo en la norma. Tendientes a liberar el ejercicio de una actividad o derecho en las condiciones vinculantes y obligatorias de la norma correspondiente, por el particular-administrado. La doctrina expone como caso tipo de las licencias sujetas a potestades regladas, las de carácter urbanístico en especial las de construcción, que están sujetas a la legalidad estricta, contenida en las normas superiores territoriales, urbanísticas y en especial en los planes de ordenamiento territorial, en

donde la actividad de la administración se agota exclusivamente en la confrontación de la mismas, con el proyecto a ser desarrollado por el interesado, con el propósito de verificar y controlar el respeto y acatamiento de las condiciones requeridas en dichas normas”.

TEORIA DE LOS CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS - Aplicación

Ahora bien, a “través de las facultades discrecionales el legislador radica en cabeza de las autoridades administrativas una facultad de estimación conformadora para adoptar las soluciones de configuración y contenido de la decisión, que consideren mejores y más apropiadas para atender los intereses públicos, dentro de los marcos y contenidos de la norma habilitante, decisiones que necesariamente para deslindarlas radicalmente de cualquier aproximación a la arbitrariedad, deben en primer lugar sujetarse al ordenamiento jurídico, en especial al que le sirve de causa, guardando con este el debido grado de adecuación de conformidad con lo en ella dispuesto, así mismo, corresponder a decisiones proporcionales a los hechos que le sirven de causa. El desconocimiento de este requerimiento conlleva inevitablemente a la descalificación jurídica de la decisión en cuanto se adentra en cometidos arbitrarios y no los propios del ordenamiento jurídico lesionando indebidamente los derechos subjetivos o colectivos según el caso”. Lo anterior “debe quedar reflejado en la motivación de estas decisiones. Al respecto se deberán expresar las razones jurídicas de adecuación y proporcionalidad, esto es los fundamentos jurídicos y sus relaciones con el orden fáctico intervenido con la decisión discrecional, demostrando la proporcionalidad guardada en la misma, indicando las variables y consideraciones que hacen que esa decisión realmente no va más allá de lo ordenado en la norma habilitante y en relación con los hechos sobre los cuales se materializó”. Aspecto este, “que algunos sectores de la doctrina resuelven (sobre todo quienes se apartan de la discrecionalidad como concepto único) destacando, que mientras el poder discrecional de la administración aparece vinculado a la gama de posibilidades de las consecuencias jurídicas de una norma, el concepto jurídico indeterminado se localiza al lado del tipo de regulación legal, en donde le corresponde a la administración, mediante técnicas de apreciación y valoración, materializar, para el caso concreto, el contenido específico esperado por la norma y deducir una única conclusión o decisión respecto del caso”. La “teoría de los conceptos jurídicos indeterminados comporta una sutil técnica de redacción y consecuente aplicación de las normas jurídicas frente a hipótesis específicas. Por regla general, las normas jurídicas se caracterizan por delimitar y definir de manera precisa, a través de los conceptos y términos utilizados, el ámbito de la realidad dentro de la cual están llamadas a operar, en lo que se conoce como el contenido inequívoco de la norma”.

CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS - Excepción

En los “conceptos jurídicos indeterminados, opera una clara excepción frente a esta caracterización general de la estructuración normativa, en donde precisamente lo característico es el contenido indeterminado de los elementos descriptivos (conceptos, términos utilizados) de la norma, en cuanto conceptos de contornos difíciles de delimitar (no vagos, imprecisos o contradictorios), ante la ausencia en ellos, de contenidos materiales definitivos, concretos e inequívocos, haciendo de la esfera de realidad propuesta un ámbito fructífero de lo indefinido y abstracto (buena fe, premeditación, fuerza irresistible, incapacidad para el ejercicio de funciones, buen padre de familia, justo precio, interés público, bien común, fundamento importante, confiabilidad, necesidad, etc.)”. De hecho, todos los sistemas jurídicos apelan a estos conceptos, en todas las áreas que lo conforman

–además con demasiada frecuencia–, por la imposibilidad que existe de tratar todos los temas con precisión absoluta. Claro está que si una norma puede emplear nociones precisas, entonces apelará a conceptos jurídicos determinados, gracias a la facilidad que la materia ofrece. (...) los conceptos jurídicos indeterminados son necesarios e inevitables en todas las áreas del derecho –civil, penal, laboral, comercial, constitucional o administrativo– por la imposibilidad jurídica, política, social y económica –entre otras muchas razones– que existe de acotar un contenido absolutamente preciso en su lenguaje, y por tanto dominado por conceptos de sentido único o por lo menos poco ambivalente. (...) El problema que surge a continuación es el control judicial sobre la manera como la administración aplica o concreta esos conceptos, porque pudo darles un alcance equivocado: demasiado extenso, demasiado restringido, errar en la apreciación del caso aplicable; y todas estas alternativas inciden en la legalidad de la actuación, dependiendo de la aproximación que haya hecho el operador jurídico. La utilización de “razones de seguridad nacional”, como criterio para terminar un proceso de contratación estatal, no escapa a la lógica que se acaba de analizar. De hecho, la Registraduría acudió a este concepto indeterminado para justificar la decisión, ignorando que por sí mismo no es una causal para hacerlo. A lo sumo, en un caso concreto, las razones de seguridad nacional pueden tornar imposible la garantía de la selección objetiva, caso en el cual la causal de terminación del proceso de contratación será la imposibilidad de garantizarla, pero no la simple remisión e invocación a la seguridad nacional.

NOTA DE RELATORIA: Sobre concepto jurídicamente indeterminado, consultar sentencia del 30 de noviembre de 2006; expediente número 18059

PROCESO DE CONTRATACION - Registraduría Nacional del Estado Civil / REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL - Proyecto de modernización tecnológica / PROCESO DE CONTRATACION - Adquisición de bienes necesarios para la defensa y la seguridad nacional / PROCESO DE CONTRATACION - Terminación del proceso / PROCESO DE ADJUDICACION - No es una facultad discrecional. Facultad reglada / ACTOS ADMINISTRATIVOS - Insuficiencia de las razones de seguridad nacional invocadas / TERMINACION DEL PROCESO - No quedaron demostradas las razones de seguridad nacional invocadas

Entre otras cosas, tampoco puede olvidarse que la adjudicación de un proceso de selección tampoco es una facultad discrecional, que autorice a la administración a escoger cualquier oferta según un margen de apreciación amplio. Por el contrario, se trata de una potestad reglada, que exige el respeto de los pliegos de condiciones, y especialmente los criterios de evaluación y de sus fórmulas de ponderación. Inclusive, tampoco puede encubrirse tras un concepto jurídico indeterminado una potestad discrecional –que en el caso concreto ni siquiera existe, según se viene sosteniendo– porque una cosa es la alternativa de elección que tiene la administración, para adoptar una decisión entre varias posibles, y otra la dificultad que tienen algunas normas de concretar su contenido, en virtud de la presencia de conceptos jurídicos indeterminados. (...) la administración tiene la carga de justificar, en forma expresa y detallada –en la vía administrativa– si la razón de seguridad nacional encaja en el art. 25.18 de la ley 80, porque de no hacerlo carecerá de justificación una medida de esas. En el caso concreto, el apelante cuestiona la validez de las razones expresadas por la administración como soporte para terminar el proceso de contratación. Y la Sala encuentra que los actos administrativos demandados no dieron cuenta suficiente de las razones de seguridad nacional invocadas, sólo informó de unos datos noticiosos y de unas referencias a gestiones de policía que tampoco quedaron acreditadas en la vía

administrativa. Y no queda duda que era necesario hacerlo (...) se echa de menos que los motivos fácticos en que se apoyaron los actos administrativos estuvieran amparados en soportes probatorios de su dicho. En efecto, se desconoció para ese momento cuáles de tantos medios periodísticos fueron los que convencieron a la Registraduría de la verdad de los hechos que tanto le preocuparon. Incluso, ni siquiera se tuvo apoyo en informaciones oficiales de la policía o de otro organismo de seguridad que avalara las razones que condujeron a tomar la decisión. (...) las razones que presentó la Registraduría para justificar que existían serios motivos de seguridad nacional para terminar el proceso de selección no quedaron demostrados en los actos administrativos demandados, y el esfuerzo que se hace para suplir ese defecto es posterior a la expedición de ellos, concretamente en esta instancia judicial, esfuerzo que por sí mismo es ilegítimo, a la luz de la obligación que existe de motivar adecuadamente los actos administrativos, además que de fondo tampoco se logra ese objetivo, motivo por el cual las razones de seguridad nacional resultan insuficientes para adoptar la decisión demandada.

**PROCESO DE CONTRATACION - Capacidad de contratación del oferente (K).
Unisys de Colombia SA / RUP - Registro Unico de Proponentes. Inscripción /
PROCESO DE CONTRATACION - Inscripción en el RUP**

Se desvirtúa aquella objeción que hizo el actor, y que el a quo resolvió en este mismo sentido, en cuanto consideró que no se necesitaba la inscripción en el RUP, porque se trataba de una contratación directa. De otro lado, en relación con la configuración misma del requisito, se sabe que los pliegos de condiciones tienen la potestad discrecional -ejercida de manera razonable y proporcional- de concretar las condiciones de esta exigencia legal, señalando, por ejemplo: la actividad, la especialidad y el grupo, donde debe inscribirse el oferente, así como el monto del K de contratación que debe tener. Para concretar esta labor, es lógico que si el objeto del contrato es de construcción se debe pedir la inscripción de los interesados en el registro de constructores, pero si es de consultoría deberá estar inscrito como consultor. La alteración de estos grupos violaría la ley 80 de 1993. No obstante, muchos objetos contractuales complejos combinan algunas actividades, como la construcción y la consultoría -es el caso de la contratación que incluye el diseño y la ejecución de una obra-, evento en el que la entidad debe exigir la inscripción del oferente en ambos grupos del registro único de proponentes. Otros objetos, por su parte, no combinan de una manera tan clara estos trabajos, como cuando la prestación consiste en construir un puente y por tanto la baranda metálica del mismo la debe proveer el contratista según su diseño. En este caso, no cabe duda que el oferente sólo tiene que estar inscrito como constructor, pero no es claro que también deba estarlo como consultor - para el diseño de la baranda-. Aplicadas estas ideas al caso concreto la Sala encuentra -a falta de un dictamen pericial que ofrezca un criterio técnico que pueda valorarse- que la descripción del objeto y el alcance del proyecto alude a la provisión de un sistema para la tecnificación y automatización de las funciones del registro civil, la identificación ciudadana y la producción de documentos, y la ejecución de las actividades complementarias relacionadas con la infraestructura de cómputo y comunicaciones (...). No queda la menor duda que la exigencia de la entidad fue clara: los oferentes debían estar inscritos en el registro de "Proveedores", del registro único de proponentes, y para la Sala se trata de un requisito razonable, a juzgar por el alcance del objeto del contrato. En otros términos, es evidente que la inclusión en el grupo de "consultores" o de "constructores" no la hizo el pliego de condiciones, y en esa medida no se puede pretender modificarlos para favorecer ahora las exigencias sugeridas por el actor. Incluso, la Sala echa de menos que Unisys de Colombia SA. no hubiera planteado

esta cuestión durante el proceso de selección, antes de presentar su oferta – según se deduce de la totalidad del cdno. No. 5 del expediente, que contiene las observaciones presentadas al pliego de condiciones, y las respuestas a las mismas, entre las cuales no se encontró alguna que objetara este aspecto-. En su lugar, el actor discutió el tema durante la fase de evaluación de las propuestas, y ahora ante el juez, lo que trasluce una falta de consideración a los principios de la buena fe y de la confianza legítima, además de atentar contra el principio que prohíbe ir contra los actos propios, en este caso, los que admitieron como razonable esta exigencia.

PRINCIPIO QUE PROHIBE VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM - Principio que prohíbe ir contra los actos propios / PRINCIPIO QUE PROHIBE IR CONTRA LOS ACTOS PROPIOS - Violación / TEORIA DE LOS ACTOS PROPIOS - Límites

Esta conducta no se compadece con la rectitud de intención con que debe obrar un oferente –y eventual contratista-, porque teniendo la oportunidad de expresar las observaciones o inquietudes relacionadas con el pliego de condiciones que se le puso de presente para elaborar la oferta, ajustándose a ellos, sorprende más adelante con su actitud al ver errores en las condiciones que con su comportamiento admitió. Esta forma de actuar atenta contra su propia conducta – violando el principio que prohíbe venire contra factum proprium-, y por eso la justicia ve con desconfianza que plantee problemas en la evaluación de las ofertas sólo cuando conoció su resultado, y no le fue favorable. (...) Claro está que esta teoría tiene límites. Por ejemplo, entre otros, no debe aplicarse cuando el acto consentido es ilegal, porque supondría que hasta el dolo propio se puede perdonar o convalidar, sencillamente porque el interesado en alegarlo participó en la producción del acto enjuiciado. De admitirse esto, es decir, de conservar la validez del acto por el prurito de hacer prevalecer el principio que prohíbe ir contra los actos propios, se integrarían al ordenamiento jurídico una buena cantidad de actos irregulares, en desmedro del interés general y del principio de legalidad. En realidad, esta teoría tiene asidero de manera principal tratándose de la expedición de actos lícitos, pero después de hacerlo, la parte afectada por él se interesa en discutir su alcance o vinculatoriedad, para desconocerlo en un caso concreto. Sin embargo, en este escenario, la teoría aplica para obligar a acatar el acto a quien con su comportamiento tolera, admite, consiente o de alguna manera conviene cierta regla, pacto o consecuencia lícita, prohibiéndole que la discuta luego, con fines de desatenderla.

NOTA DE RELATORIA: Sobre teoría de los actos propios, consultar sentencia de octubre 4 de 2007, expediente número 16368, reiterada en sentencia de febrero 20 de 2008, expediente número 14650, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero

PROCESO DE CONTRATACION - K de contratación / K DE CONTRATACION - Evaluación. Oportunidad

La Sala aprecia que la regla de evaluación del K de contratación era clara y expresa, además de lícita, y preexistente a la entrega de las ofertas, y desde luego a su evaluación. Además, se sabe que el actor no la discutió, de allí que no puede, luego, inobservarla, o sugerir que no se le aplique tal como quedó consagrada para todos los participantes, porque entraña un desconocimiento de la legalidad de la misma y de la conducta previa que no encontró objeción a ella. (...) la Sala encuentra que la capacidad máxima de contratación (K) que tenía UNISYS como “Proveedor” no era suficiente para cumplir con la exigencia del pliego, y por eso

pretende ahora que se sume la capacidad que tenía como “Consultor” y como “Constructor”, lo que no es posible. El sólo hecho de no objetar esta exigencia del pliego, que claramente exigió la inscripción como “Proveedor”, no le permite ahora discutir el asunto, porque su actitud es una muestra clara de que comprendió la exigencia y su alcance, y tratar de controvertirla posteriormente es lo que atenta contra sus propios actos. (...) La consecuencia lógica de esta consideración es que la Registraduría actuó ajustada a derecho, cuando evaluó sólo el K de contratación que tenía el oferente como “proveedor”, excluyendo las demás actividades en las que también estaba inscrito, pues con este procedimiento se ajustó al pliego de condiciones, que es la ley del proceso de selección y también del contrato. Otro comportamiento habría violado el derecho a la igualdad de los demás oferentes, a quienes se les evaluó con el criterio que ahora discute el apelante.

PROCESO DE CONTRATACION - K de contratación / K DE CONTRATACION - Subcontratistas / VALORACION DEL K DE CONTRATACION DE LOS SUBCONTRATISTAS - Condiciones

La Sala entiende, a partir de lo expresado, que la “firma integradora” –Unisys de Colombia SA.- podía presentarse sola, o con subcontratistas del Grupo Invitado. Por tanto, se infiere que no podía incluir como subcontratistas a firmas diferentes a las invitadas por la entidad en el respectivo Grupo; en caso de hacerlo la oferta debió rechazarse. Por esta razón, ni siquiera era posible evaluar la capacidad económica de las firmas subcontratistas no invitadas, pues no podían presentar oferta junto con la firma integradora. Aplicadas estas ideas al caso concreto, se advierte que Unisys de Colombia SA. se presentó de manera individual, pero ofreció como subcontratistas a empresas que no fueron invitadas por la Registraduría -dentro del denominado Grupo Invitado-, de allí que esa sola circunstancia genera el rechazo de la oferta. Con sobradas razones resulta inadmisibles la pretensión del apelante, que busca que se sume a su capacidad de contratación la de los subcontratistas que ofreció -para satisfacer la exigencia del pliego de condiciones-. No sólo es claro que esto únicamente era posible cuando el subcontratista hubiera sido invitado, sino que no lo era si se trataba de la invitación a otros, por lo analizado hasta este momento. Este argumento es suficiente para rechazar la oferta del actor, de manera que resultaría innecesario analizar otras razones de inconformidad, pues cualquiera que sea el resultado, lo expresado conduce, inexorablemente, al rechazo de la propuesta. Así es que la inconformidad del apelante con la decisión que dispuso que su oferta no cumplía con el requisito de la automatización del proceso –fl. 392- y la discusión sobre las razones de seguridad nacional que también dieron lugar a la terminación del proceso de contratación –por infiltración de grupos subversivos en la licitación-, en principio son innecesarias.

PROCESO DE CONTRATACION - Evaluación de las ofertas. Prueba / PROCESO AUTOMATIZADO DE PRODUCCION DE DOCUMENTOS - Aplicación de una prueba técnica

La Sala también advierte que el apelante manifestó que la prueba pericial que echó de menos el a quo para estudiar de fondo parte de sus pretensiones no era necesaria en este proceso, porque cree que lo alegado corresponde a aspectos de puro derecho, de manera que era posible estudiar sus argumentos sin este medio de prueba. La Sala, al igual que lo hizo el a quo, así mismo considera que era indispensable en este proceso la prueba acerca de la forma como se debieron evaluar las ofertas, concretamente para corregir o confirmar la evaluación que hizo la entidad, porque contrario a lo que sugiere el apelante, en este proceso no sólo

se discuten aspectos de puro derecho, sino también algunos de innegable alcance técnico. Tal es el caso del cumplimiento o incumplimiento de las exigencias técnicas mínimas del pliego de condiciones –en particular el “proceso automatizado” de producción de documentos- cuyo análisis requería, indiscutiblemente, de una prueba técnica que auxiliara al juez en la ponderación de la oferta del actor. De allí que su ausencia tampoco contribuyó a desvirtuar la presunción de legalidad que reside en los actos administrativos demandados, que declararon que la propuesta del apelante no cumplía ese requisito, declaración que necesitaba ser desvirtuada, mediante la prueba idónea de los hechos contrarios. Al no acontecer esto, los actos deben mantener su legalidad inicial.

PROCESO DE CONTRATACION - Registraduría Nacional del Estado Civil / REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL - Proyecto de modernización tecnológica / PROCESO DE CONTRATACION - Adquisición de bienes necesarios para la defensa y la seguridad nacional / PROCESO DE CONTRATACION - Actos administrativos / ACTOS ADMINISTRATIVOS - Validez condicionada / ACTOS ADMINISTRATIVOS - Modulación de la decisión.

La Sala apelará -una vez más- la figura de la validez condicionada o sentencia modulativa de legalidad, que se ha aplicado en algunas ocasiones en esta jurisdicción, para señalar ahora que los actos administrativos de la Registraduría Nacional del Estado Civil son válidos, pero bajo el entendimiento de que la causa o motivo que alude a las razones de seguridad nacional no se ajusta al ordenamiento jurídico; pero las expresadas acerca de que las ofertas no se ajustan a las exigencias del pliego de condiciones sí soportan suficientemente la decisión administrativa. Por esta razón, y bajo este entendimiento se declarará la validez de los actos administrativos.

NOTA DE RELATORIA: Sobre validez condicionada o sentencia modulativa de legalidad, consultar sentencia de 2 de mayo de 2007, expediente número 16257, reiterada en sentencia de Sala Plena del 16 de junio de 2009, expediente número 11001-03-15-000-2009-00305-00, Consejero Ponente doctor Enrique Gil Botero

CONDENA EN COSTAS - Procedencia

La Sala confirmará la decisión del a quo, porque el art. 171 del CCA. establece que en los juicios que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la condena en costas procederá “... teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes...”, es decir, que corresponde al juez administrativo valorar el comportamiento de la parte del proceso, quedando en sus manos la ponderación de este aspecto. Al final, puede resultar que la parte vencida deba pagar todas las costas, no por perder el proceso, sino porque su actitud procesal justifica que asuma sus costos; aunque también puede acontecer que la razonabilidad del derecho que disputa, no obstante ser condenada, permita absolverla de este pago. No acontece lo mismo en el estatuto procesal civil, donde no existe discrecionalidad o arbitrio judicial para definir sobre las costas. Sencillamente, el art. 392 establece que la parte vencida en el proceso las pagará, salvo que la condena sea parcial, en cuyo evento “... el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.” En estos términos, la Sala encuentra que el comportamiento de la parte actora, al disputar el derecho a la adjudicación de un contrato, cuando existían reglas claras sobre la manera de evaluar las ofertas, y que las razones que adujo en el proceso no fueron suficientes para desvirtuar la presunción de legalidad -entre otras cosas- porque era evidente que no cumplía con los

requisitos del pliego de condiciones, conduce a mantener la condena de la primera instancia, al igual que las de esta, por las razones expuestas.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 101

CONDENA EN COSTAS - Monto / MONTO DE LA CONDENA EN COSTAS - Acreditación. Oportunidad

Ahora, no es necesario acreditar el monto de estos gastos al momento de dictarse la sentencia de primera o de segunda instancia –como lo sostiene el apelante-, porque la ley procesal civil señala que su liquidación se hará cuando quede ejecutoriada la providencia, de manera que, en términos del numeral 9 del art. 392 del CPC, lo importante es que "... aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación..." Y no queda la menor duda de que algunos gastos se causaron: basta observar en el expediente la actuación del apoderado de la entidad –entre otros conceptos e ítems que hacen parte de las costas-, con independencia de si fue externo o empleado de ella, pues en uno y en otro caso se incurre en erogaciones que no debió hacer el demandado, y por eso se le debe compensar el esfuerzo que hizo tras incurrir en ellos, por el sólo hecho de ser llevado a un proceso judicial que no debió iniciarse en su contra. En estos términos, la Secretaría de la Sección hará la liquidación conforme lo establece el art. 393 del CPC.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 392 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 393

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D. C., julio veintiséis (26) de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03809-01(17661)

Actor: SOCIEDAD UNISYS DE COLOMBIA LTDA.

Demandado: REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

Referencia: APELACION SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por Unisys de Colombia Ltda., contra la sentencia proferida el 26 de agosto de 1999, por el Tribunal

Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera -fls. 257 a 353, cdno. ppal.-, en la que se resolvió:

“PRIMERO: Deniéganse las pretensiones de la demanda.

“SEGUNDO: Condénase a la parte demandada al pago de las costas procesales. Liquídense por Secretaría.”

Advierte la Sala que esta decisión será confirmada.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Fue presentada por Unisys de Colombia SA. en contra de la Registraduría Nacional del Estado Civil –en adelante la Registraduría o la RNEC- para que se hicieran, entre otras, las siguientes declaraciones –fls. 2 a 3, cdno. 14-:

1.1. Pretensiones:

“2.1. Que se declare la nulidad de la resolución número 6121 de 29 de noviembre de 1996, de la Registraduría Nacional del Estado Civil, para lo cual se dio por terminado el proceso de contratación directa para la modernización tecnológica de la de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

“2.2. Que igualmente se declare la nulidad de la Resolución número 6578 de 17 de diciembre de 1996, de la Registraduría Nacional del Estado Civil, por la cual se confirmó en todas sus partes la resolución número 6121 de 29 de noviembre de 1996, de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

“Ambas nulidades se declararán por lo menos en cuanto a) se descalificó la propuesta de Unisys de Colombia SA. y no se le adjudicó el contrato y b) se declaró terminado el proceso de contratación.

“2.3. Que a título de restablecimiento del derecho:

“2.3.1. Se declare que Unisys de Colombia SA. tenía derecho a que le fuera adjudicado el contrato para la modernización tecnológica de la Registraduría Nacional del Estado Civil, cuya contratación directa inició la Registraduría Nacional del Estado Civil mediante comunicaciones de 24 de junio y 2 de julio de 1996, porque presentó la mejor y única oferta calificable para la adjudicación del referido contrato.

“2.3.2. Se condene a la Nación- Registraduría Nacional del Estado Civil a pagar a Unisys de Colombia SA. la ganancia, provecho y beneficio dejados de percibir por la no adjudicación del contrato para la modernización tecnológica de la de la Registraduría Nacional del Estado Civil cuya contratación directa inició la Registraduría Nacional del Estado Civil mediante comunicaciones de 24 de junio y 2 de julio de 1996, por las cuantías que resulten probadas en el proceso, las cuales se estiman no menores a veintiséis mil millones de pesos.”
(...)

1.2. Los hechos. Como fundamento de las súplicas de la demanda narró los siguientes supuestos fácticos –fls. 3 a 31, cdno. 14-:

La Registraduría Nacional del Estado Civil, mediante las comunicaciones del 24 de junio y 2 de julio de 1996, invitó a participar en el proceso de contratación directa a Unisys de Colombia SA., quien a la postre presentó propuesta para ejecutar el Proyecto de Modernización Tecnológica de la entidad –en adelante PMT-.

Este Proyecto fue declarado de “Seguridad Nacional”, y se tramitó como un proceso de contratación directa, que contempló la invitación a presentar ofertas a tres “grupos empresariales” encabezados por una “firma integradora”, una de ellas fue la sociedad actora en este proceso –Unisys de Colombia SA.-, la otra fue Siemens AG. y finalmente Sofremi.

Al momento de evaluar las ofertas, se presentaron dos informes de evaluación: i) uno del asesor mexicano de este proyecto, según el cual la empresa Siemens AG. ocupaba el primer lugar, Sofremi el segundo y Unisys el tercero; ii) otro de la Registraduría, donde Siemens ocupaba el primer lugar y Unisys el segundo. Sofremi no aparecía allí.

Los participantes presentaron observaciones en contra del informe de evaluación elaborado por la entidad, y al resolverlas rechazó todas las ofertas, porque ninguna se ajustaba a las exigencias del pliego de condiciones, pero también declaró que el proceso se daba por “terminado” por razones de “seguridad nacional”, derivadas de informaciones de prensa que dieron a conocer que los grupos subversivos del país se habían tomado ese proceso de selección. Contra esta decisión se interpuso el recurso de reposición, pero el acto administrativo fue confirmado.

En particular, el actor consideró que se violaron los siguientes derechos y disposiciones:

1.2.1. El debido proceso y otras normas legales. Afirma que se vulneraron los arts. 83 y 29 de la CP., y los arts. 22.1; 25 num. 2, 7 y 18; 26, num. 1 y 4; 28 y 30 de la ley 80, porque la declaración de desierto de la contratación se sustentó en el riesgo que había contra la moralidad y la transparencia, con ocasión de los comentarios que surgieron relacionados con la infiltración de la guerrilla.

En cuanto a la posible violación al art. 25.2 de la ley 80, expresó que la ésta prohíbe adelantar trámites distintos o adicionales a los que consagra, de modo que la Registraduría no podía dar por “terminado” el proceso de contratación directa, porque era necesario poner fin al trámite contractual que no se pudo adjudicar.

En relación con las razones de seguridad nacional que expuso la entidad para terminar el proceso de selección, manifestó que Unisys de Colombiano no violó ni puso en peligro este bien, ni la moralidad pública. Ni siquiera existen averiguaciones penales en su contra o de sus funcionarios.

Además, alegó la violación a los arts. 28, 29 y 30 de la ley 80, porque se terminó el proceso de contratación con desviación de las atribuciones legales, ya que la ley no autorizaba esta decisión en un proceso de contratación directa. Por la misma razón, no es cierto que la falta de adjudicación haya violado el proceso de selección que se adelantó.

1.2.2. Cargos relacionados con la motivación de los actos administrativos. El actor consideró que los actos administrativos demandados adolecen de suficiente motivación, de falsa motivación y de motivación errónea, concretamente en relación con la argumentación expresada sobre la necesidad de defender la seguridad nacional, que sirvió a la Registraduría como argumento para abstenerse de adjudicar el contrato.

1.2.3. Cargos por violación a los términos de referencia. Afirma el actor que también se desconocieron los numerales 4.5.12, 4.5.13, 4.5.14, 5.5.14, 2.1.2.2.2, 2.1.2.3.2, 2.1.2.4.2, 2.1.2.2.3, 2.1.2.4.3 y el punto 9 del numeral 3.3.2.1 de los

pliegos de condiciones, que aluden, los primeros, a la capacidad de contratación – K- en su expresión de la especialidad, el grupo y el cálculo del mismo.

Consideró que el K de contratación no sólo se debía tomar de su registro como “proveedor”, sino también de otras especialidades –como la “construcción” o la “consultoría”- porque el proyecto también involucraba estas actividades.

Igualmente defendió que se debió sumar el K de contratación de Unisys de Colombia SA. con el de los subcontratistas que presentó con su propuesta, lo que no hizo la entidad, porque tuvo en cuenta sólo el suyo.

En relación con los numerales 2.1.2.2.2 y 2.1.2.4.3 de los pliegos de condiciones, consideró que las exigencias técnicas previstas en el numeral 9 del numeral 3.3.2.1 fueron satisfechas, porque el “sistema semiautomático de terminado” que ofreció cumplía las condiciones del pliego.

1.2.4. Desviación de poder. Lo entendió configurado porque la Registraduría inició un nuevo proceso de contratación, con otros términos de referencia.

1.2.5. Desconocimiento del derecho de audiencia. Alegó que las observaciones contra la Resolución No. 6121, que descalificó las ofertas, no se puso en conocimiento de los proponentes, por lo menos en lo que respecta al análisis definitivo.

1.2.6. Existencia de un negocio jurídico. Unisys SA. Considera que surgió un negocio jurídico entre la Registraduría y él, por el hecho de aceptar la minuta del contrato.

2. Trámite en la primera instancia

2.1. Contestación de la demanda.

La Registraduría contestó la demanda -fls. 60 a 145, cdno. 14-, oponiéndose a las pretensiones de la parte actora, y señaló que la entidad sí adelantó el proceso de contratación directa, pero que las razones que expuso para terminarlo son verdaderas, porque la información de prensa de la época sí dio cuenta de una

infiltración de la subversión sobre el proceso de contratación, poniendo en riesgo la seguridad nacional, sin señalar con esto que el actor fuera el responsable de ello, además de que tampoco cumplieron las ofertas con las condiciones que establecía el pliego, específicamente con la capacidad de contratación y la entrega de un proceso de clasificación automatizado –que era un requisito considerado “indispensable”-.

Por esta razón defendió la imposibilidad de sumar al K de contratación del actor el de sus subcontratistas, sobre todo porque no habían hecho parte del Grupo invitado a ofertar, de la misma manera que no era posible sumar el K de contratación que tenía Unisys de Colombia SA. como Constructor y como Consultor, ya que el pedido era el de “Proveedor”.

De otro lado, defendió la posibilidad que tenía la entidad de dar por terminado el proceso de contratación, porque si ninguna oferta se podía adjudicar entonces la medida era justificada. En todo caso, la Sala hará un recuento más detallado de la posición de la Registraduría a medida que aborde cada uno de los cargos del recurso de apelación.

2.2. Alegatos de conclusión

2.2.1. Las partes demandante y demandada ratificaron, en lo esencial, lo expuesto en la demanda y la contestación –fls. 170 a 202, y 241 a 255, respectivamente, del cdno. 14-.

2.2.2. El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa.

3. La sentencia del Tribunal Administrativo

El *a quo* profirió sentencia el 26 de agosto de 1999 –fls. 257 a 353, cdno. ppal.-, y negó las pretensiones de la demanda.

Precisó que las pretensiones tenían por objeto la declaración de nulidad de las resoluciones por medio de las cuales se terminó el proceso de contratación directa que adelantó la Registraduría Nacional del Estado Civil, cuyo objeto era la modernización tecnológica de la institución. A título de restablecimiento del derecho pide la indemnización de perjuicios.

Hizo un recuento de los medios de prueba, con especial énfasis en los pliegos de condiciones, y destacó las exigencias técnicas del proyecto, así como los requisitos de participación que debían cumplir de los proponentes. Concluyó que el Proyecto de Modernización Tecnológica –en adelante PMT- que adelantó la Registraduría Nacional del Estado Civil fue declarado de Seguridad Nacional, y se tramitó como un proceso de contratación directa, que contempló la invitación a presentar ofertas a tres “grupos empresariales” encabezados por una “firma integradora”, una de ellas fue la sociedad actora en este proceso –Unisys de Colombia SA.-, la otra fue Siemens AG. y finalmente Sofremi.

Destacó que Sofremi presentó propuesta y acompañó como subcontratistas a una firma no invitada –Polaroid Caribbean Corporation-, y Unisys de Colombia SA. también presentó algunos subcontratistas que tampoco fueron invitados por la Registraduría.

La evaluación de las ofertas realizada por la entidad estatal –al margen de la evaluación premilitar que hizo un asesor mexicano al servicio de la Registraduría- dio como resultado que la oferta de Sofremi se debía descalificar técnicamente, porque no cumplía las exigencias del pliego. Las propuestas de Siemens y de Unisys fueron admitidas y evaluadas, ocupando aquella el primer lugar.

Los participantes presentaron observaciones al informe de evaluación, y como resultado del mismo la entidad resolvió: ratificar la descalificación de Sofremi; rechazar la oferta de Unisys, porque no cumplía con el K como proveedor, pues no ascendía al valor del presupuesto oficial de la contratación y en cuanto a los aspectos técnicos no satisfacía la exigencia de la clasificación automática de producción de los documentos; y la propuesta de Siemens AG. también se rechazó, toda vez que excedía el presupuesto oficial, porque no incluía una actividad que debía tener en cuenta en la ejecución del contrato, y su valor no se había estimado.

Por la misma fecha en que la administración produjo esta decisión, en varios medios de comunicación se informó sobre la posible relación de personas vinculadas al proceso de contratación con organizaciones subversivas de nuestro país, concretamente con el denominado ELN.

A continuación, el Registrador Nacional terminó el proceso de contratación, aduciendo razones de seguridad nacional y el incumplimiento de las condiciones técnicas y económicas previstas en el pliego de condiciones. Contra esta decisión se interpuso el recurso de reposición, pero la decisión fue confirmada.

En forma específica, el Tribunal se refirió a los cargos de la demanda, de la siguiente manera:

3.1. *La presunta violación al derecho al debido proceso y a las normas legales.* En cuanto al cargo por violación a los arts. 83 y 29 de la CP.; 22.1; 25 nums. 2, 7 y 18; 26, nums. 1 y 4; 28 y 30, manifestó que la declaración de desierta de la contratación se sustentó en el riesgo que corrían los principios de moralidad y transparencia, con ocasión de los comentarios que surgieron sobre la infiltración de la guerrilla en esta contratación. Añadió que el hecho de que la entidad hubiera considerado que personas extranjeras pudieron afectar la seguridad del proceso de licitación no significó una imputación de mala fe a Unisys de Colombia SA., como quiera que la motivación del acto administrativo no tiene ese alcance –fls. 75 a 76, cdno. ppal.-.

Sobre la presunta vulneración al art. 29 de la CP., por violación de las disposiciones de la ley 80 de 1993 que regulan los procesos de selección de contratistas, expresó que si bien el incumplimiento técnico de la oferta del actor fue aducido como criterio secundario para terminar el proceso de selección, eso no le restaba validez a los motivos manifestados. No obstante, también es cierto que esta y otras razones expuestas por la administración pudieron impugnarlas los participantes, sin que se advierta por este hecho un detrimento al debido proceso.

Sobre la exigencia de los pliegos de condiciones, en el sentido de que los proponentes estuvieran inscritos en el Registro Único de Proponentes –RUP- cuando la ley establecía que tratándose de contrataciones directas no era necesario, el *a quo* señaló que el objeto del contrato sí requería su inscripción, requisito que por cierto Unisys de Colombia SA. tampoco objetó durante el proceso de selección.

En cuanto a la posible violación al art. 25.2 de la ley 80, que prohíbe adelantar trámites distintos o adicionales a los que consagra la ley, consideró que el hecho de que la Registraduría hubiera dado por terminado el proceso de contratación

directa no viola esta disposición, porque era necesario poner fin al trámite contractual que no se pudo adjudicar –fl. 334, cdno. ppal.-.

En relación con el análisis del art. 25.7 de la ley 80, mencionado por el actor a propósito de la terminación del proceso de contratación, aduciendo razones de seguridad nacional, expuso que no es razón para pretender la nulidad de los actos administrativos demandados, porque la entidad sí analizó este aspecto –fl. 335-.

Unisys de Colombia SA. también alegó la violación a los arts. 28, 29 y 30 de la ley 80, toda vez que el proceso de contratación se terminó con desviación de las atribuciones legales, porque la ley no autorizaba esta decisión en un proceso de contratación directa, lo cual no compartió el Tribunal. Además, éste consideró que tampoco se violó el derecho a la igualdad, puesto que en los contratos conmutativos primero debe existir el negocio para que a continuación pueda hablarse del rompimiento del equilibrio financiero del contrato.

En cuanto al deber de selección objetiva, tampoco lo halló afectado, porque era claro que las ofertas presentadas no se ajustaron al pliego de condiciones, de allí que si todos los participantes incurrieron en casuales de rechazo, entonces la actuación de la administración está conforme a derecho porque terminó el proceso de selección. Por la misma razón, no es cierto que la falta de adjudicación violara el proceso de selección que se debía seguir.

Con respecto al art. 26 de la ley 80 -principio de la responsabilidad-, tampoco lo encontró violado, y el hecho de terminar el proceso, en lugar de declararlo desierto, es una simple formalidad porque ambas decisiones equivalen a lo mismo –fl. 337-.

3.2. Cargos relacionados con la motivación de los actos administrativos. El actor consideró que los actos administrativos demandados adolecen de suficiente de motivación, de falsa motivación y de motivación errónea.

Para el *a quo*, en cambio, no es cierto que carezcan de motivación, porque las resoluciones dieron cuenta de las causas que amenazaban la seguridad nacional, así como de la justificación técnica del rechazo de las propuestas, por incumplimiento de los pliegos de condiciones. Ahora, si bien no constan en el cuerpo de los actos administrativos, sí remiten a las comunicaciones donde se

analizó el resultado de la evaluación, y el hecho de que esas comunicaciones estén separadas no implica la ausencia de motivación. Así mismo no encontró que la motivación fuera falsa o errónea, porque las razones para terminar el proceso de contratación fueron ciertas –fl. 342-.

3.3. Cargos por violación a los términos de referencia. Afirma el actor que también se desconocieron los numerales 4.5.12, 4.5.13, 4.5.14, 5.5.14, 2.1.2.2.2, 2.1.2.3.2, 2.1.2.4.2, 2.1.2.2.3, 2.1.2.4.3 y el punto 9 del numeral 3.3.2.1 de los pliegos de condiciones, que aluden, los primeros, a la capacidad de contratación – K- en su expresión de la especialidad, el grupo y el cálculo del mismo.

El *a quo* considera que el K de contratación se debía tomar del registro de proveedores, y que no era posible hacerlo de otras especialidades –como la construcción o la consultoría- porque se habría violado el derecho a la igualdad de los demás proponentes.

De igual manera concluyó que no se podía sumar el K de contratación de Unisys de Colombia SA. con el de sus subcontratistas, porque esto sólo era posible si éstos hubieran hecho parte del “Grupo Invitado” por la Registraduría, lo cual no ocurrió, pues los subcontratistas que presentó eran diferentes -fl. 347, cdno. ppal.-.

En relación con los numerales 2.1.2.2.2 y 2.1.2.4.3 de los pliegos de condiciones, consideró que las exigencias técnicas previstas en el numeral 9 del numeral 3.3.2.1 eran obligatorias no facultativas –se refiere a que el sistema de producción fuera automatizado-, así que la propuesta de un “sistema semiautomático de terminado” no se ajustaba a las exigencias de la entidad –fls. 348 y 349-.

3.4. Desviación de poder. En relación con la imputación por desviación de poder, por el hecho de que la Registraduría inició un nuevo proceso de contratación con otros términos de referencia, el tribunal indicó que esa sola circunstancia no significa que la terminación del primer proceso adoleciera de vicios –fl. 350-.

3.5. Desconocimiento del derecho de audiencia. Para el actor, la resolución No. 6121 -que descalificó las ofertas- no se puso en conocimiento de los proponentes, por lo menos en lo que respecta al análisis definitivo. La Sala, en cambio, advierte que este cargo es el mismo estudiado atrás, sólo que bajo otras

denominaciones: falsa motivación, derecho de defensa, selección objetiva, entre otros, de manera que remite al análisis efectuado allí.

3.6. *Existencia de un negocio jurídico.* Ante el argumento de Unisys de Colombia SA., que considera que surgió un negocio jurídico entre la Registraduría y él, porque aceptó la minuta del contrato que acompañaba el pliego de condiciones, el Tribunal desestimó esta posibilidad, porque supondría admitir que con todos los oferentes nació el mismo negocio, lo que es inadmisibles, además de que la minuta anexa es sólo un borrador o proyecto del contrato –fl. 351 a 352-.

4. El trámite en esta instancia.

4.1. El recurso de apelación

Lo interpuso la parte actora.

a) Se mostró inconforme con el hecho de que el K de contratación exigido en el pliego de condiciones se limitara al registro que tenía como “Proveedor” - como si el objeto del contrato sólo incluyera la compra de equipos- y no se tuviera en cuenta la capacidad como “consultor” y como “constructor”, ya que el Proyecto de Modernización Tecnológica de la Registraduría contemplaba una solución integral, que incluía labores de diseño e instalación, y otras actividades propias de la consultoría y la construcción.

b) Considera además que el tribunal se equivocó al no sumar a su K de contratación el de los subcontratistas presentados con la oferta, teniendo en cuenta que el pliego de condiciones lo permitía. Al no obrar de esta manera, la Registraduría desestimó la oferta –porque no tenía los SMLMV exigidos, que equivalían al valor del presupuesto oficial-, criterio que equivocadamente compartió el Tribunal, y que se debe corregir en esta instancia.

En estos términos, cree que el pliego de condiciones dispuso que “formarán parte del grupo invitado” los subcontratistas”, y que por eso el K de contratación de éstos debió sumarse para satisfacer el requisito.

c) Igualmente se mostró inconforme con la decisión que declaró que su oferta no cumplía el requisito de la “automatización del proceso”. Señala, en

defensa de su propuesta, que incluyó un proceso “semiautomático”, que lo que ofreció es entre las etapas del proceso –fl. 392-.

d) Sobre la razones de seguridad nacional que justificaron la terminación del proceso de contratación –por presunta infiltración de grupos subversivos en la contratación-, indicó que no se demostró que las razones manifestadas por la administración fueran ciertas.

Culminó declarando que la prueba pericial -que echó de menos el *a quo*- no era necesaria en este proceso, porque lo alegado corresponde a aspectos de puro derecho; y sobre la condena en costas que se le impuso manifestó que no existe prueba de su pago, a cargo de la parte demandada –fl. 393-.

4.2. Concepto del Ministerio Público –fls. 421 a 451, cdno. ppal-.

La Procuradora Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado solicitó que se confirme la sentencia. Considera que la Registraduría no vulneró el principio de la buena fe, porque no se culpó a Unisys de Colombia SA. de obrar deslealmente ni de ser responsable de algún acto que atentara contra la seguridad nacional -según informaron los medios de prensa-, cuya inexistencia de prueba en este sentido, por cierto, tampoco afecta el motivo de inconveniencia para contratar –fls. 435 a 436-.

Sobre la posible vulneración al art. 29 de la CP. –justificado en el trámite que se adelantó para escoger al contratista, pese a que la causal de selección era la directa, y que por eso no fue correcto- estima que no era necesario aplicar a esta contratación la lógica del proceso de licitación, con todas sus etapas y requisitos, porque se trata de dos procedimientos diferentes. Concretamente, opina que no era necesario establecer un período de puesta a disposición de los oferentes del informe de evaluación, porque no existe norma que lo exija. De hecho, a la administración le bastaba obtener dos ofertas. Del mismo modo, era posible modificar la evaluación, como consecuencia de las observaciones presentadas por los demás oferentes.

En relación con la violación a los arts. 22, 25 y 30 de la ley 80, indicó que era posible “terminar” el proceso de contratación directa, como lo hicieron los actos demandados -pese a que la ley no dispone esto-, porque la Registraduría gozaba

de libertad para hacerlo, ya que no fue posible realizar una selección objetiva –fl. 442-.

Sobre la violación al art. 24.7 de la ley 80, manifestó que la terminación del proceso de contratación directa estuvo motivado en dos razones: la inconveniencia de adjudicar el contrato y el incumplimiento de los requisitos previstos en el pliego de condiciones, razones puestas en conocimiento de los participantes –fl. 444-. Además, desestimó que fuera falsa la motivación de los actos administrativos, y que no le corresponde a la administración demostrar la validez de sus actos, como lo sugiere el apelante.

En cuanto a la violación a los términos de referencia, tampoco admitió los argumentos de Unisys de Colombia SA., porque el pliego establecía que el K de contratación se tomaría del “grupo invitado” por la Registraduría, y resulta que algunos subcontratistas del oferente no fueron invitados, por eso no podía sumarse su capacidad de contratación. Además, la capacidad máxima sí debía corresponder a la que posee el oferente en el Grupo de “Proveedores”, y no en los demás grupos que se registran en el RUP –constructores y consultores-.

Los demás requisitos del pliego de condiciones tampoco los encontró vulnerados por la administración, de manera que el incumplimiento de la capacidad de contratación era suficiente para rechazar la oferta del apelante.

CONSIDERACIONES

El recurso de apelación se contrae a cuestionar varios aspectos de la decisión del Tribunal Administrativo: i) la permisión de que la Registraduría evaluara la capacidad de contratación de la empresa Unisys de Colombia SA. tomando sólo la capacidad que tenía como “Proveedor” en el Registro Único de Proponentes; ii) la imposibilidad de sumar a la capacidad de contratación de Unisys de Colombia SA. la capacidad de contratación de los subcontratistas que presentó con su oferta; iii) el cumplimiento del requisito técnico de la oferta, por cuya virtud se debía ofertar un “proceso automatizado” y iv) la inexistencia de razones de seguridad nacional que justificaran la terminación del proceso de contratación.

Para resolver estos cuestionamientos la Sala analizará, primero, lo que se encuentra demostrado en el proceso, y luego el caso concreto.

1. Lo demostrado en el proceso, y lo decidido por el Tribunal Administrativo.

Obran en el expediente las siguientes pruebas, que sustentan la decisión que adoptará la Sala:

1.1. La Registraduría Nacional del Estado Civil adelantó un proceso de contratación directa, cuyo objeto fue “dotar a la entidad de tecnologías, sistemas y controles que le permitan desarrollar eficientemente las tres funciones básicas”, esto es, realizar: la identificación ciudadana, el registro civil y dar soporte a la organización y realización de los diferentes eventos electorales –fls. 4 y 5 del pliego de condiciones, Cdo. No. 13-.

Este objeto incluía un número indefinido de actividades técnicas, que se resumen en la adquisición de un sistema de hardware y software para la automatización y tecnificación de las funciones de la Registraduría.

1.2. El objeto de este proceso de contratación se denominó como “Proyecto de Modernización Tecnológica” -en adelante PMT- y fue declarado de seguridad nacional por el decreto 1.275 de 1995, ya que algunos de sus alcances eran de reserva del Estado.

1.3. La Registraduría invitó a tres “*firmas integradoras*” a presentar oferta, cada una de ellas responsable de un denominado “Grupo Invitado”: i) Siemens Nixdorf AG.; ii) SOFREMI y iii) Unisys de Colombia SA. Finalmente, los tres presentaron propuesta, con las siguientes firmas:

a) Unión temporal Siemens Nixdorf AG., Siemens SA. y Bundesdruckerei.

b) La sociedad francesa SOFREMI presentó como subcontratistas a: Sagem SA., IBM de Colombia y Polaroid Caribbean Corporation.

c) Unisys de Colombia SA., presentó como subcontratistas a: Cogent Sistem inc., De la Rue; UK. Oracle Colombia Ltda., Empresa Colombiana de telecomunicaciones, Americatel Colombia SA., Syscom SA., y Sun Microsystem de Colombia SA. –el cdno. 24 contiene la propuesta técnica, el cdno. 26 la propuesta económica y el cdno. 25 la propuesta alternativa-.

1.4. Diversas informaciones de prensa divulgaron la noticia que este proceso de contratación estaba afectado de falta de transparencia y objetividad, y que amenazaba la moralidad y la claridad de las actuaciones administrativas. Estos hechos impusieron que se diera traslado a la Fiscalía General de la Nación, a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, para que los investigaran.

1.5. La evaluación de las ofertas se encuentra de folios 602 a 755 del cdno. 29.

1.6. Los tres proponentes presentaron observaciones contra el informe de evaluación, tanto en los aspectos técnicos, como jurídicos y financieros –cdno. 9, fls. 1599 a 1673-.

1.7. La Registraduría, mediante oficio del 29 de noviembre de 1996, dio respuesta a la gran cantidad de observaciones, destacando de las que interesa para este proceso que: Según la objeción presentada por Siemens SA. contra la oferta de Unisys de Colombia SA., éste no cumplió con el K de contratación exigido en el numeral 4.5.14 de los pliegos de condiciones –modificado por el adendo del 22 de agosto de 1996-, equivalente al presupuesto oficial de la contratación, esto es, \$92.179'984.895. Agregó que su capacidad era de 587.175 SMLMV, que equivalen a \$83.452'246.875.

De esta manera, la entidad le concedió la razón al objetante, porque la capacidad exigida era la que tenía el proponente como “Proveedor”, que resultó inferior a la prevista en el pliego de condiciones.

Además, según otra observación presentada por la sociedad Sofremi en contra de la oferta de Unisys SA., en relación con el incumplimiento de “exigencias técnicas imprescindibles”, advirtió la Registraduría que “evidentemente se constató que la firma UNISYS no incluye dentro de su propuesta en el sub-sistema de producción de documentos ningún mecanismo de clasificación automática de documentos. Por lo anterior se acepta la observación hecha por la firma SOFREMI.” –fl. 1699, cdno. 12-. En estas condiciones, UNISYS quedó descalificada.

1.8. La Registraduría, mediante la Resolución No. 6121 de noviembre 29 de 1996, terminó el proceso de contratación directa, aduciendo dos razones: i) motivos de seguridad nacional, soportados en la información de prensa conocida en los días en que se adelantó el proceso de contratación directa, lo que afectaba la moralidad y la transparencia del proceso; y ii) porque ninguna oferta se ajustó a las exigencias técnicas y jurídicas del pliego de condiciones –fls. 3 a 10, cdno. 6-.

1.9. Contra la anterior decisión se interpuso el recurso de reposición. En particular, el de Unisys de Colombia SA. se encuentra de fls. 768 a 776 del cdno. 15, y cuestionó la decisión que rechazó la oferta, porque: i) sí cumplió con la exigencia de ofrecer un subsistema de clasificación automática de documentos, ii) porque no es cierto que su oferta atente contra la seguridad nacional, iii) porque no es posible devolverle las ofertas a los participantes, iv) porque no se podía terminar el proceso de contratación, sino que se debió declarar desierto –lo que de paso se haría con falta de competencia y también violaba el derecho al debido proceso, porque esa decisión no la contempla la ley-.

1.10. La Registraduría resolvió los recursos mediante la Resolución No. 6578 de diciembre 17 de 1996. Indicó que la decisión recurrida no cuestionó la moral de Unisys de Colombia SA. ni su buena conducta y que, definitivamente, estaba amenazada la seguridad nacional, porque el archivo decadactilar de los ciudadanos quedaba expuesto a las organizaciones criminales. También consideró que la decisión no constituía una sanción para este oferente.

Igualmente negó que este proceso de contratación pudiera terminar con un acto que lo *declarara desierto*, porque la razón que condujo a *terminarlo* es la protección de la seguridad nacional, y la protección de este bien público le confiere al funcionario competente la posibilidad de valorar las razones de cuidado y diligencia necesarias para no exponer el país al peligro. Agregó que este concepto jurídico indeterminado debía precisarlo el funcionario, es decir, la Registraduría.

Finalmente, manifestó que el recurrente no desestimó ni desvirtuó las razones técnicas y financieras aducidas en el acto recurrido, que también condujeron a terminar el proceso de contratación directa, de manera que confirmó la decisión inicial –fl. 22 a 23, cdno. 6-.

Con fundamento en los hechos demostrados en el expediente, la Sala analizará el caso concreto, guiado por las razones de inconformidad expresadas en el recurso de apelación.

2. El proceso de contratación directa adelantado por la Registraduría Nacional del Estado Civil para realizar el Proyecto de Modernización Tecnológica –PMT- de la entidad: la adquisición de los bienes necesarios para la defensa y la seguridad nacional.

Entre las razones de inconformidad que presentó el apelante, se hizo evidente su queja constante porque el proceso de contratación adelantado por la Registraduría no podía “darse por terminado” sino que debió “declararse desierto”, ya que la ley no contempla la posibilidad de adoptar aquella decisión al interior de un proceso de contratación directa.

Previo a resolver el asunto, la Sala encuentra demostrado que el trámite de contratación adelantado para el Proyecto de Modernización Tecnológica de la Registraduría Nacional del Estado Civil correspondió a un proceso administrativo de contratación directa, que se rigió por la ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios -concretamente el 855 de 1994-, porque se trataba de la adquisición de “bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional”, que en términos del art. 24, literal i) de la ley 80 de 1993 constituía una forma de contratación directa.

Esta causal, dicho sea de paso, se conservó en la ley 1.150 de 2007 con modificaciones sustanciales, porque se dividió en dos, puesto que una parte de esos bienes se pueden adquirir, ahora, a través del proceso de *contratación directa*, si se trata de “d) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición”; pero se debe adelantar un proceso de *selección abreviada* si se trata de “i) La contratación de bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional.”

La diferencia entre uno y otro proceso es compleja. Sin embargo, en lo esencial la contratación sigue siendo directa si los bienes y servicios requieren *reserva para su adquisición*, en caso contrario la modalidad de selección será la abreviada. Claro está que la indeterminación de este criterio es alta, pero los decretos

reglamentarios de la ley contribuyen a determinar qué bienes y servicios encajan en uno y otro grupo de contrataciones –arts. 53¹ y 79² del decreto 2474 de 2008-.

¹ "Artículo 53. *Bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional.* Para los efectos previstos en el literal i) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, son bienes y servicios que se requieren para la defensa y seguridad nacional, los adquiridos para ese propósito por la Presidencia de la República, las entidades del sector defensa, el DAS, la Fiscalía General de la Nación, el INPEC, el Ministerio del Interior y de Justicia, la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Superior de la Judicatura, en las siguientes categorías:

- "1. Material blindado o adquisición de vehículos para blindar.
- "2. Materiales explosivos y pirotécnicos, materias primas para su fabricación y accesorios para su empleo.
- "3. Paracaídas y equipos de salto para unidades aerotransportadas, incluidos los necesarios para su mantenimiento.
- "4. Los equipos de buceo y de voladuras submarinas, sus repuestos y accesorios.
- "5. Los elementos necesarios para mantener el orden y la seguridad en los establecimientos de reclusión nacional del sistema penitenciario y carcelario colombiano, tales como sistemas de seguridad, armas y equipos incluyendo máquinas de Rayos X, arcos detectores de metales, detectores manuales de metales, visores nocturnos y demás.
- "6. Los bienes y servicios requeridos por la Organización Electoral - Registraduría Nacional del Estado Civil para la realización del proceso de modernización de la cedula, identificación ciudadana y aquellos que requieran las entidades del Estado para acceder a los sistemas de información de la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como para la realización de las elecciones.
- "7. La alimentación del personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que comprende las raciones de campaña, el abastecimiento de las unidades en operaciones, en áreas de instrucción y entrenamiento, cuarteles, guarniciones militares, escuelas de formación militar y policial y cualquier tipo de instalación militar o policial; incluyendo su adquisición, suministro, transporte, almacenamiento, manipulación y transformación, por cualquier medio económico, técnico y/o jurídico.
- "8. Elementos necesarios para la dotación de vestuario o equipo individual o colectivo de la Fuerza Pública.
- "9. Medicamentos e insumos médicos-quirúrgicos de estrecho margen terapéutico, para enfermedades de alto costo.
- "10. La prestación de servicios médicos asistenciales y prioritarios para enfermedades de alto costo.
- "11. Equipos de hospitales militares y establecimientos de sanidad del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, equipos de sanidad de campaña y equipos militares de campaña destinados a la defensa nacional y al uso privativo de las fuerzas militares.
- "12. El diseño, adquisición, construcción, adecuación, instalación y mantenimiento de sistemas de tratamiento y suministro de agua potable, plantas de agua residual y de desechos sólidos que requieran las Fuerzas Militares y la Policía Nacional para el desarrollo de la misión y funciones que les han sido asignadas por la Constitución y la ley.
- "13. Los bienes y servicios que sean adquiridos con cargo a las partidas fijas o asimiladas de las unidades militares y a las partidas presupuestales asignadas en los rubros de apoyo de operaciones militares y policiales y comicios electorales.
- "14. Adquisición, adecuación de las instalaciones de la Rama Judicial, del Ministerio Público y excepcionalmente del Ministerio del Interior y de Justicia, que se requieran por motivos de seguridad, en razón de riesgos previamente calificados por el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, o por la Policía Nacional.
- "15. Adquisición de vehículos para blindar, repuestos para automotores, equipos de seguridad, motocicletas, sistemas de comunicaciones, equipos de rayos X de detección de armas, de explosivos plásticos, de gases y de correspondencia, para la seguridad y protección de los servidores y ex servidores de la Rama Judicial del Ministerio Público y excepcionalmente del Ministerio del Interior y de Justicia, que se requieran por motivos de seguridad, en razón de riesgos previamente calificados por el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, o por la Policía Nacional.
- "16. El mantenimiento de los bienes y servicios señalados en el presente artículo, así como las consultorías que para la adquisición o mantenimiento de los mismos se requieran, incluyendo las interventorías necesarias para la ejecución de los respectivos contratos.

"17. Bienes y servicios requeridos directamente para la implementación y ejecución del Sistema Integrado de Emergencia y Seguridad –SIES– y sus Subsistemas.

"18. Los contratos a que se refiere el artículo 79 del presente decreto, cuando sean celebrados por la Fiscalía General de la Nación o el Consejo Superior de la Judicatura.

"19. Adicionado por el Decreto Nacional 127 de 2009

"Parágrafo 1°. Adicionado por el Decreto Nacional 127 de 2009. Los contratos que se suscriban para la adquisición de los bienes y servicios a que hace referencia el presente artículo se someterán en su celebración al procedimiento establecido para la menor cuantía de conformidad con lo señalado en los artículos 44 a 45 del presente decreto.

"Cuando se trate de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, podrán adquirirse mediante los procedimientos descritos en la Sección I del Capítulo II del presente decreto. En este caso se entenderá que son bienes o servicios de características técnicas uniformes y de común utilización aquellos que cuenten con Norma Técnica Militar o Especificaciones Técnicas que reflejen las máximas condiciones técnicas que requiera la Entidad, prescindiendo de cualquier otra consideración.

"Parágrafo 2°. La adquisición de los bienes y servicios relacionados en este artículo se podrá llevar a cabo directamente por parte de cualquiera de las entidades a las que hace referencia el presente artículo cuando por razones de seguridad nacional esta debe ser reservada, lo que deberá estar debidamente justificado por la entidad.

"Parágrafo 3°. El procedimiento señalado en el presente artículo podrá ser aplicado por entidades públicas distintas a las señaladas en el inciso 1° del presente artículo, cuando requieran adquirir los bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional arriba descritos y los señalados en el artículo 79 del presente decreto, previo concepto favorable de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, con base en la solicitud motivada presentada previamente por la entidad interesada.

"Parágrafo 4°. El Instituto Nacional de Vías podrá contratar bajo esta modalidad la adquisición de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional que se requieran para el desarrollo del Programa de Seguridad en Carreteras, siempre y cuando esta adquisición se efectúe con los recursos que administra con destinación específica para el sector defensa."

² "Artículo 79. Contratación reservada del Sector Defensa y el DAS. Para los efectos previstos en el numeral 4 literal d) del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, entiéndase por bienes y servicios en el sector defensa que necesitan reserva para su adquisición los siguientes:

"1. Armas y sistemas de 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. Elementos, equipos y accesorios contra motines.

"3. Herramientas y equipos para pruebas y mantenimiento del material de guerra, defensa y seguridad nacional.

"4. Equipos optrónicos y de visión nocturna, sus accesorios, repuestos e implementos necesarios para su funcionamiento.

"5. Equipos y demás implementos de comunicaciones, sus accesorios, repuestos e implementos necesarios para su funcionamiento.

"6. Equipos de transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo con sus accesorios, repuestos, combustibles, lubricantes y grasas, necesarios para el transporte de personal y material del sector defensa y del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS.

"7. Todo tipo de naves, artefactos navales y fluviales, así como aeronaves destinadas al servicio del ramo de defensa nacional, con sus accesorios, repuestos y demás elementos necesarios para su operabilidad y funcionamiento.

"8. Municiones, torpedos y minas de todos los tipos, clases y calibres para los sistemas de armas y armamento mayor o menor.

"9. Equipos de detección aérea, de superficie y submarinas, sus repuestos y accesorios, equipos de sintonía y calibración para el sector defensa.

"10. Equipos de inteligencia que requieran el sector defensa y el Departamento Administrativo de Seguridad.

No obstante, en vigencia de la ley 80 original –que rigió el proceso de selección *sub iudice*- la noción de bienes para la defensa y seguridad nacional fue un concepto jurídico indeterminado, cuyo alcance, como acontece normalmente con estas nociones vagas y amplias, suele quedar en manos del operador jurídico del caso, que tiene el deber de precisar su contenido para aplicarlo al asunto concreto. Claro está que luego procede el control judicial sobre los actos que definen el tema, y será el juez quien determinará la corrección o incorrección que la administración hace de su alcance.

No obstante, en este caso también aconteció que el art. 3 del decreto 855 de 1994 -y otros decretos que lo adicionaron- contribuyeron a precisar el concepto. En particular, el numeral 18 de esta norma definió cuáles bienes podía adquirir la Registraduría Nacional del Estado Civil a través de este proceso de contratación:

“Art. 4. Para los efectos del numeral 1 literal i) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, entiéndese por bienes y servicios que se requieren para la defensa y seguridad nacional, los siguientes:

1. Sistemas de armas de 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.

“11. Las obras públicas cuyas características especiales tengan relación directa con la defensa y seguridad nacionales, así como las consultorías relacionadas con las mismas, de acuerdo con lo señalado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

“12. La prestación de servicios relacionados con la capacitación, instrucción y entrenamiento militar y policial del personal de la Fuerza Pública, así como para el diseño de estrategias relacionadas con la Defensa y/o Seguridad Nacional.

“13. Los convenios de cooperación industrial y social (offset) que se celebren con los contratistas de los bienes y servicios a que se refieren el artículo 53 y el presente artículo, los cuales tendrán como propósito incentivar la transferencia de tecnología tanto al sector público como al sector real, así como favorecer el desarrollo industrial y social del país. El convenio será autónomo en relación con el contrato o contratos que les sirven de origen en todos sus aspectos, y en él se acordarán los objetivos de cooperación, las prestaciones mutuas que se darán las partes para la obtención del objetivo buscado, así como las condiciones que se acuerden entre las partes, incluyendo garantías en el evento en que se estimen necesarias. En ningún caso los convenios supondrán compromisos presupuestales de la entidad contratante, sin perjuicio de la realización de inversiones que resulten necesarias para materializar el objeto de la cooperación. Se entienden incluidos dentro de la presente causal los acuerdos derivados del convenio, tanto con la entidad transferente de tecnología, como con los beneficiarios.

“14. El mantenimiento de los bienes y servicios señalados en el presente artículo, así como las consultorías que para la adquisición o mantenimiento de los mismos se requieran, incluyendo las interventorías necesarias para la ejecución de los respectivos contratos.

“Parágrafo. Los contratos que se suscriban para la adquisición de los bienes o servicios a que hace referencia el presente artículo no requerirán de la obtención previa de varias ofertas y tendrán como única consideración la adquisición en condiciones de mercado. Las condiciones técnicas de los contratos a que se refiere este artículo no pueden ser reveladas y en consecuencia se exceptúan de publicación.”

2. Todo tipo de naves, artefactos navales y aeronaves destinados 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 armamento mayor y menor.
4. Material blindado.
5. Equipos de transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo con sus accesorios, repuestos, combustibles, lubricantes y grasas, necesarios para el transporte de personal y material del sector defensa, del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, y de la Fiscalía General de la Nación.
6. Materiales explosivos y pirotécnicos, 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 buceo 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 para el sector defensa.
12. Herramientas y equipos para pruebas y mantenimiento del material de guerra, defensa y seguridad nacional.
13. Equipos y demás implementos de comunicaciones para uso del sector defensa, el Departamento Administrativo de Seguridad, el Departamento administrativo de la Presidencia de la República, la Fiscalía General de la Nación y las demás entidades que tengan asignadas funciones de conservación y manejo del orden público.
14. <Numeral modificado por el artículo 2 del Decreto 219 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Equipos de hospitales militares y establecimientos de sanidad del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, equipos de sanidad de campaña y equipos militares de campaña destinados a la defensa nacional y al uso privativo de la fuerza pública.
15. Elementos necesarios para la dotación de vestuario o equipo individual o colectivo de la fuerza pública.
16. Equipos de inteligencia que requieran el sector defensa, el Departamento Administrativo de Seguridad o la Fiscalía General de la Nación.
17. <Numeral adicionado por el Decreto 329 de 1995, artículo 1o., el nuevo texto es el siguiente:> Sistemas de seguridad y equipos tales como máquinas de Rayos X, arcos detectores de metales, detectores manuales de metales, visores nocturnos y demás elementos necesarios para mantener el orden y la seguridad en los establecimientos de reclusión nacional del sistema penitenciario y cancelario colombiano.
- 18. <Numeral adicionado por el Decreto 1275 de 1995, artículo 1o> Los bienes y servicios requeridos por la Organización Electoral - Registraduría Nacional del Estado Civil para la realización del proceso de modernización de la cedula, identificación ciudadana y aquellos que requieran las entidades**

del Estado para acceder a los sistemas de información de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

19. <Numeral adicionado por el Decreto 2964 de 1997, artículo 1o. El nuevo texto es el siguiente:> Adquisición, adecuación de las instalaciones de la Rama Judicial del Ministerio Público y, excepcionalmente del Ministerio de Justicia y del Derecho, que se requieran por motivos de seguridad, en razón de riesgos previamente calificados por el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, o por la Policía Nacional.

19. <Numeral adicionado por el artículo 1o. del Decreto 2334 de 1999. El texto es el siguiente:> La construcción de obras públicas cuyas características especiales tengan relación directa con la defensa y seguridad nacionales, previo concepto favorable del Ministro de Defensa Nacional.

20. <Numeral adicionado por el Decreto 2964 de 1997, artículo 1o. El nuevo texto es el siguiente:> Adquisición de: vehículos para blindar, repuestos para automotores, equipos de seguridad, motocicletas, sistema de comunicaciones; equipos de rayos X de detección de armas, de explosivos plásticos, de gases y de correspondencia, para la seguridad y protección de los servidores y ex servidores de la Rama Judicial, del Ministerio Público y, excepcionalmente del Ministerio de Justicia y del Derecho, que se requieran por motivos de seguridad, en razón de riesgos previamente calificados por el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, o por la Policía Nacional.

Los contratos que se suscriban para la adquisición de los bienes a que hace referencia este artículo se someterán en su celebración al procedimiento de contratación directa establecido en el presente decreto. No obstante no se requerirá la publicación a que se refiere el inciso quinto del artículo 3o de este decreto.

En el texto de los contratos de que trata este artículo sólo se señalará la clase de bienes que se adquieren pero no será necesario establecer las características de los mismos que por su naturaleza no deben revelarse; estas se indicarán en un anexo, el cual no se publicará.

<21>. <Aparte tachado NULO> <Numeral adicionado por el artículo 1 del Decreto 3740 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> Los bienes y servicios, ~~incluso contratos fiduciarios~~ que demanden los programas de protección de derechos humanos y de desmovilización y reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley para la atención de las personas desmovilizadas y reinsertadas, así como las de sus respectivos grupos familiares, en los términos del Decreto 128 de 2003 o de la norma que lo sustituya, modifique o adicione.

22. <Numeral adicionado por el artículo 1 del Decreto 219 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> La alimentación del personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que comprende las raciones de campaña, el abastecimiento de las unidades en operaciones, en áreas de instrucción y entrenamiento, cuarteles, guarniciones militares, escuelas de formación militar y policial y cualquier tipo de instalación militar o policial; incluyendo su adquisición, suministro, transporte, almacenamiento, manipulación y transformación, por cualquier medio económico, técnico y/o jurídico.

23. <Numeral adicionado por el artículo 1 del Decreto 219 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> El diseño, adquisición, construcción,

adecuación, instalación y mantenimiento de sistemas de tratamiento y suministro de agua potable, plantas de agua residual y de desechos sólidos, que requieran las Fuerzas Militares y la Policía Nacional para el desarrollo de la misión y funciones que les han sido asignadas por la constitución y la ley.

24. <Numeral adicionado por el artículo 1 del Decreto 219 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los bienes y servicios que sea necesario adquirir con cargo a las partidas fijas o asimiladas de las unidades militares y a las partidas presupuestales asignadas en los rubros de apoyo de operaciones militares y policiales y comicios electorales.

25. <Numeral adicionado por el artículo 1 del Decreto 499 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> La prestación de servicios relacionados con la capacitación, instrucción y entrenamiento del personal de la Fuerza Pública, así como para el diseño de estrategias relacionadas con la Defensa y/o Seguridad Nacional.”
(Resaltos fuera de texto)

En estos términos, fue indiscutible la posibilidad que tuvo la Registraduría de adelantar el proceso de contratación para la modernización tecnológica, a través de un proceso de contratación directa, es decir, que pudo pedir una sola oferta o negociar de manera inmediata con algún proveedor de esos bienes y servicios, y pasar a celebrar el contrato respectivo, si surgía un acuerdo de voluntades.

No obstante, está demostrado en el proceso que la entidad pública optó por invitar a varios proponentes –tres en total-, renunciando a la discrecionalidad que tenía para escoger expeditamente al contratista, así como a la libre negociación que le era consustancial, para introducirse en un procedimiento más complejo, en relación con su administración –derivado, lógicamente, de la existencia de múltiples participantes-. La pregunta que debe formularse, y que se ha planteado a lo largo de este proceso, es si la Registraduría podía actuar de esta manera.

Para la Sala no queda la menor duda que sí, sencillamente porque se escogió un proceso con más garantías que el soslayado, pues otorgando la normativa la posibilidad de contratar con quien la entidad quisiera, bien podía ésta pedir varias ofertas para escoger al contratista. Esta actitud se acomoda perfectamente a los principios de transparencia, selección objetiva y moralidad, porque en lugar de ponerlos en riesgo, con esta actitud, los potencia y garantiza en demasía.

Lo que ocurrió en esta situación es que la entidad abandonó un procedimiento simple y sencillo, e ingresó voluntariamente a uno complejo, para el que no existe procedimiento preciso y detallado, de allí que por razones obvias surgen problemas adicionales, entre ellos: ¿puede la administración construir unas etapas

para garantizar la selección objetiva de los invitados?, ¿se debe elaborar un pliego de condiciones que dirija el proceso de contratación?, ¿se debe tratar con igualdad a los participantes?, ¿se deben evaluar las ofertas presentadas?, ¿se debe permitir la presentación de observaciones al informe de evaluación?, ¿se debe adjudicar el contrato?

Para la Sala, tal como lo entendió la Registraduría, las etapas mencionadas eran necesarias, no porque lo estableciera la ley o un reglamento –recuérdese que no lo hubo-, sino porque sería contrario al derecho contractual administrativo que una entidad pública reciba varias ofertas y no contemple la manera de presentarlas, recibirlas, evaluarlas y de adjudicar el contrato.

De esta forma, contrario a lo que considera el Ministerio Público en esta instancia, la Sala afirma que era necesario, entre otras etapas, permitir que el informe de evaluación de las ofertas fuera puesto a disposición de los oferentes, para que presentaran observaciones contra él porque el art. 24.2 de la ley 80 establece que “2o. En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.”

Esta disposición tiene que regir en todo proceso de contratación donde existan informes de evaluación de propuestas, bien porque los exija la ley o el reglamento, o porque, en casos como el *sub iudice*, la entidad estatal decidió pedir más de una oferta, con la consiguiente obligación de determinar objetivamente cuál escoge y con fundamento en qué razones –que deben describirse en los pliegos de condiciones que necesariamente se deben expedir para que sea objetivo el proceso-.

En este sentido, son aplicables las consideraciones que hizo la Sección Tercera en el auto del primero de abril de 2009 –exp. 36.476-, donde analizó la posibilidad de establecer un procedimiento de contratación de selección abreviada –en el que se presentan múltiples ofertas- sin contemplar la oportunidad para los oferentes de presentar observaciones al informe de evaluación. Aunque se trata del estudio de legalidad de un reglamento que no regía en la fecha de los hechos objeto de este proceso, en todo caso aplica la lógica del análisis jurídico que contiene:

“En el presente caso, el cargo del demandante se concreta en una supuesta omisión del reglamento, al no establecer una etapa en el procedimiento de selección abreviada por menor cuantía para controvertir los informes de evaluación, con lo cual, en su criterio, se desconocieron frontalmente los siguientes artículos:

“El artículo 3 del Código Contencioso Administrativo, por cuya inteligencia:

“ ‘...ARTICULO 3o. PRINCIPIOS ORIENTADORES. Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera. (...).

‘En virtud del principio de contradicción, los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir esas decisiones por los medios legales...’

“El artículo 29 de la Constitución Política, que dispone:

“ ‘ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

‘Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. (...)

“Y, el numeral 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, que señala:

“ ‘2. En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones’.

“Al respecto, conviene precisar que las referidas normas invocadas como ostensiblemente violentadas involucran los principios de rango constitucional de defensa y contradicción corolarios del debido proceso (art. 29 C.P.), que no sólo se recogieron en el Código Contencioso Administrativo para las actuaciones administrativas en general (art. 3º C.C.A.), sino también en la Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, en varios de sus preceptos, como orientadores de la actuación contractual de las entidades del Estado.

“De modo que, en su condición de principios que permean el orden jurídico administrativo, encuentran perfecto desarrollo en la regla prevista en el numeral 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, expresión, a su vez, del principio de transparencia en la contratación pública, como que en los términos de esta disposición existe: (i) la obligación de poner en conocimiento los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, dentro de los cuales se encuentran los estudios de evaluación de las ofertas; (ii) el derecho

de los proponentes participantes en el respectivo proceso de selección para conocerlos y controvertirlos; y, (iii) en consecuencia, el deber de establecer etapas en los procesos de contractuales que permitan el conocimiento de dichas actuaciones, de suerte que se posibilite el ejercicio de ese derecho contradicción que les otorga la ley, a través de la presentación de observaciones.

“Para la Sala, esta norma del estatuto de contratación es imperativa y de orden público y su aplicación se refiere a todos los procesos contractuales, sin distinción de ninguna índole, con el propósito, reiterando su texto, de que los interesados tengan la oportunidad de conocer y controvertir los informes de evaluación que se emitan en relación con sus propuestas, en el evento en que consideren que presentan errores, deficiencias o equivocaciones que les perjudique e incidan en el orden de elegibilidad; es decir, garantiza su derecho de defensa y contradicción en este tipo de actuaciones administrativas, a la par que evita situaciones de secreto o clandestinidad durante el proceso de selección y sirve de instrumento de purificación en la toma de la decisión por parte de la Administración Pública, pues aquéllos, a través de la formulación de observaciones, pueden advertir circunstancias que hubiesen pasado desapercibidas, en aras de contribuir a que se respete la legalidad de la adjudicación.

“En suma, esta norma jurídica (art. 24 No. 2 Ley 80 de 1993), como concepto básico del principio de transparencia, sin ambages, confiere un derecho a los proponentes a enterarse del contenido de la evaluación realizada por la entidad pública a sus ofertas; un derecho a expresar, exponer o formular las observaciones o reparos a que haya lugar y, por supuesto, un derecho a recibir respuesta en torno a las mismas antes de la adjudicación del contrato; pero, también, correlativamente impone una obligación de regular en los procedimientos de selección etapas que hagan posible el desarrollo de esos derechos, esto es, la publicidad y contradicción de los informes, conceptos y decisiones que se adopten en los procesos por parte de la Administración, brindando así la oportunidad a los interesados de conocerlos y controvertirlos.

“Ahora, se observa que en el artículo 44 del Decreto 2474 de 2008, cuya suspensión de sus efectos se solicita por notoria infracción de las mencionadas normas superiores, se reglamentaron las diferentes etapas del proceso de selección abreviada por menor cuantía, que comprende su iniciación con la publicación de la convocatoria pública y los prepliegos, la manifestación de la intención de participar por los interesados, la eventual realización de un sorteo para conformar la lista de posibles oferentes, la presentación de las ofertas y la posibilidad de que se haga por conformación dinámica mediante subasta inversa, su evaluación y, una vez efectuada ésta, la adjudicación motivada del proceso y la publicación de la respectiva decisión en el SECOP (Sistema Electrónico para la Contratación Pública); no obstante, en verdad, en él no se vislumbra la existencia de una etapa y su término previo a la adjudicación del contrato para presentar por parte de los oferentes observaciones o reparos a los informes de evaluación, como tampoco para su respuesta por parte de la Administración.

“Así las cosas, de la sola confrontación de las normas citadas, salta a la vista para la Sala que el artículo 44 del Decreto 2474 de 2008 ciertamente vulnera de manera flagrante el numeral 2 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, por cuanto el Gobierno Nacional en el reglamento no estableció, como lo ordena esta norma de la ley de contratación pública, una etapa que permita a los oferentes en el proceso de selección abreviada por menor cuantía conocer y controvertir los informes y el concepto de la evaluación de sus propuestas con antelación a la adjudicación del contrato.”

De modo que la alternativa que escogió la entidad –solicitar varias ofertas en un proceso que pudo ser de contratación directa-, le imponía el deber de adecuarse a un procedimiento que garantizara los principios de la función administrativa, porque sería inadmisibles que por el hecho de venir de una causal de selección directa pudiera atropellar los valores jurídicos que en cualquier caso debe proteger la administración.

Por esta razón, también era necesario concluir el proceso de selección adelantado –que dejó de ser directo- con un acto administrativo que contemplara alguna de estas decisiones posibles: adjudicar el proceso complejo en que se convirtió la contratación o declarar que no fue posible hacerlo.

La segunda posibilidad, además, se puede expresar en un acto de distinta nominación: Puede llamarse *declaración de desierto*, *terminación del proceso* o cualquier otro nombre que indique claramente que no fue posible adjudicar el contrato a ningún participante en el proceso, por razones objetivas y motivadas. Entre otras cosas, sería inaceptable que la Registraduría no terminara el procedimiento, aduciendo que la ley no contempla esa posibilidad en un trámite administrativo como el que se adelantó. Una posición así obstaculiza el proceso de contratación, cuando no se presentan propuestas o ninguna se ajusta al pliego de condiciones. Por tanto, era indispensable concluirlo, de manera que si alguna oferta se ajustaba al pliego de condiciones debía adjudicarse, en caso contrario debía culminar con su rechazo.

De esta manera, resulta inocua la discusión que plantea el apelante, en relación con la “terminación del proceso” de contratación directa, pues es válido cualquier acto que diera cuenta del mismo.

3. El caso concreto.

Sumado a las ideas expresadas, la Sala resolverá los demás aspectos del recurso de apelación, advirtiendo, desde ahora, que no será necesario evaluarlos todos, por las razones que pasan a explicarse.

3.1. La invocación de razones de “seguridad nacional”, como concepto jurídico indeterminado y criterio para terminar un proceso de contratación.

Una de las razones más enérgicas de inconformidad del apelante con la decisión que terminó el proceso de contratación directa se enfocó a cuestionar la invocación de “razones de seguridad nacional” para terminar el proceso de contratación, alegando que informaciones de prensa daban cuenta de la infiltración de grupos armados en este proceso de contratación.

La Sala recuerda que la culminación frustrada de un proceso de selección de contratistas sólo procede, según el art. 25.18 de la ley 80 de 1993, “... por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.”

Ahora bien, una de las razones manifestadas por la Registraduría para terminar el proceso de contratación directa –expresada, concretamente, en la Resolución No. 6121 de 1996-, y cuestionada por el apelante, fue:

“Que ante las revelaciones que los organismos de inteligencia del Estado han dado a conocer al país, considera que el mencionado proceso contractual pudo verse afectado en su credibilidad, transparencia y objetividad ante la opinión pública, y teniendo en cuenta que su objeto constituye materia de seguridad nacional, de trascendental importancia para garantizar la confidencialidad y seguridad del archivo decadactilar, relacionado con la investigación judicial en aspectos de orden público y seguridad ciudadana, existe una amenaza grave para la defensa nacional y la soberanía de la república.
(...)

“Que con base en las informaciones y cuestionamientos que han difundido los diversos medios de comunicación, tanto escritos como electrónicos, el Registrador Nacional del Estado Civil solicitó a la Fiscalía General de la Nación, a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, que se

investiguen exhaustivamente los hechos relacionados con el proceso de contratación directa...

(...)

“Que los hechos denunciados ante la opinión pública por todos los medios de comunicación, amenazan seria y gravemente los aspectos de seguridad nacional intrínsecamente ligados con el proceso de contratación directa... hechos estos que constituyen circunstancias sobrevivientes totalmente anormales, excepcionales e imprevisibles y que en tal virtud fueron considerados por el Registrador Nacional del Estado Civil para efectos de tomar la decisión contenida en este acto administrativo.” –fls. 5 a 9, cdno. 6-

Contra esta decisión -y las razones que la apoyaron- Unisys de Colombia SA. interpuso recurso de reposición, que resolvió la Registraduría mediante la Resolución No. 6578 de 1996, de la siguiente manera:

“Los motivos que inspiraron y fundamentan la resolución se hallan plenamente justificados dadas las gravísimas revelaciones que dieron, y continúan dando los medios de comunicación...

(...)

“... el principal fundamento del acto recurrido, es proteger el bien jurídico de la seguridad nacional, intrínsecamente relacionado con el objeto del proceso de contratación directa... amenazada por las circunstancias de dieron a conocer los medios de comunicación...

(...)

“... Como se recuerda, en el caso que dio lugar a la expedición del acto recurrido, tal como fue profusamente informado por todos los medios de comunicación y los organismos de inteligencia del Estado, sucedieron hechos gravísimos en los que se vieron envueltos ciudadanos extranjeros, por lo que se vería afectada la seguridad nacional, relacionada con el proceso de contratación directa... máxime si las informaciones dan cuenta de presuntas relaciones entre los personajes extranjeros involucrados y la guerrilla del ELN... Se trata de HECHOS AJENOS, SOBREVINIENTES, EXCEPCIONALES E IMPREVISTOS, los que constituyen la causa de la decisión recurrida.”
–fl. 16 a 19, cdno. 6-

Al contestar la demanda, la Registraduría fue mucho más explícita en relatar los hechos de “seguridad nacional” que condujeron a terminar el proceso de contratación directa. Manifestó que en varios medios de comunicación, entre el 10 y el 20 de noviembre de 1996, se informó sobre la detención de dos ciudadanos alemanes, de apellido Mauss, que intervenían en la liberación de una ciudadana alemana secuestrada por el ELN. Al capturarlos la policía les halló una carta dirigida a ellos por el señor Eduardo Mestre, donde les pedía dinero en préstamo por la colaboración que les había prestado con ocasión del proceso de

contratación directa que adelantaba la Registraduría, según se deduce de su lectura.

Continuó diciendo la apoderada de la entidad que en esa comunicación, incluso, se hizo alusión al funcionario que dirigía el proceso de contratación en nombre de la Registraduría. Concluyó que estos hechos fueron tan graves que a partir de allí se cuestionó la transparencia y la moralidad del proceso de contratación y por eso también se dio por terminado, porque se puso en grave riesgo la seguridad nacional –fls. 108 y 121 a 122, cdno. 14-.

La Sala advierte frente a esta argumentación algunas vaguedades que requieren precisarse.

De un lado, que la apelación genérica a razones de “seguridad nacional” no es causa suficiente ni eficiente para terminar o declarar desierto un proceso de selección, cualquiera que sea. La ley 80, que rige el tema, sólo autoriza esta decisión “... por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión” -art. 25.18 de la ley 80 de 1993-.

De esta manera, la razón no puede ser la “seguridad nacional” en abstracto, sino la incidencia que el motivo concreto de seguridad nacional tenga sobre un proceso de contratación determinado, en términos de impedir la selección objetiva. Se precisa esto porque la Registraduría pareciera creer que la seguridad nacional es una causal autónoma de terminación o declaración de desierto de los procesos de contratación, cuando no lo es. Claro está que sí es una causal de contratación directa, pero se trata de dos usos diferentes.

En particular, la doctrina identifica la noción empleada por la Registraduría como un “concepto jurídico indeterminado”, porque a diferencia de los “conceptos jurídicos determinados”, su contenido es ambiguo, general y amplio, pero en todo caso se trata de una expresión jurídica, protegida por el ordenamiento, de ninguna manera de una anomalía suya.

En relación con los conceptos jurídicos indeterminados, la doctrina administrativista nacional indica que se “reconoce como la presencia combinada

de facultades discrecionales y de atribuciones derivadas de conceptos jurídicos indeterminados, esto es, de amplitud para adoptar una solución o decisión entre muchas posibles, pero también la de materialización de contenidos no definidos para llegar a una misma solución en la definición de las bases sobre la cual se adoptara una decisión dentro de un procedimiento administrativo”³. A lo que se agrega,

“El fenómeno discrecional se ubica, en el contexto de la cláusula del Estado social y democrático de derecho, en el ámbito del bloque de constitucionalidad, entendiéndola siempre como la presencia de un habilitación normativa a la administración para la concreción del derecho y no tanto un fenómeno de libertad de selección, más bien un asunto ligado de manera estrecha con las metodologías constitucionales de la proporcionalidad y ponderación⁴ ponderación, en procura de la obtención de decisiones administrativas de profundo contenido material verdaderamente razonadas, justificadas, motivadas en todos sus aspectos y sustentadas en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en cuanto a la discrecionalidad propiamente se refiere, la misma la hemos referido en el concepto propuesto en relación con la potestad decisoria para la cual está habilitada legalmente la administración en el marco jurídico estatal tendiente a la definición de la estructura y contenido de sus decisiones, en contraposición a las estrictamente regladas”⁵.

Así mismo, se sostiene en la doctrina nacional que la “potestad es reglada en los casos del cumplimiento estricto de las exigencias normativas completas, determinadas agotadoramente por las normas superiores. La norma determina al extremo, agotando el contenido y supuestos de su operancia, constituyendo un supuesto normativo completo y una potestad aplicable, absolutamente definible en términos y consecuencias. En tratándose de las autorizaciones producto de este ejercicio del poder administrativo, la administración reduce significativamente su capacidad de apreciación subjetiva, limitándose a la mera constatación o verificación del cumplimiento de las exigencias, definidas agotadoramente y con carácter imperativo en la norma. Tendientes a liberar el ejercicio de una actividad o derecho en las condiciones vinculantes y obligatorias de la norma correspondiente, por el particular-administrado. La doctrina expone como caso tipo

³ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, cit., p.80, citado SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Procedimientos administrativos y tecnología*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp.78 y ss (en imprenta).

⁴ ARROYO JIMÉNEZ. “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, en ORTEGA y DE LA SIERRA. *Ponderación y derecho administrativo*, cit., p. 48, citado SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Procedimientos administrativos y tecnología*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp.78 y ss (en imprenta).

⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Procedimientos administrativos y tecnología*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp.78 y ss (en imprenta).

de las licencias sujetas a potestades regladas, las de carácter urbanístico en especial las de construcción, que están sujetas a la legalidad estricta, contenida en las normas superiores territoriales, urbanísticas y en especial en los planes de ordenamiento territorial, en donde la actividad de la administración se agota exclusivamente en la confrontación de la mismas, con el proyecto a ser desarrollado por el interesado, con el propósito de verificar y controlar el respeto y acatamiento de las condiciones requeridas en dichas normas”⁶.

Ahora bien, a “través de las facultades discrecionales el legislador radica en cabeza de las autoridades administrativas una facultad de estimación conformadora para adoptar las soluciones de configuración y contenido de la decisión, que consideren mejores y más apropiadas para atender los intereses públicos, dentro de los marcos y contenidos de la norma habilitante, decisiones que necesariamente para deslindarlas radicalmente de cualquier aproximación a la arbitrariedad, deben en primer lugar sujetarse al ordenamiento jurídico, en especial al que le sirve de causa, guardando con este el debido grado de adecuación de conformidad con lo en ella dispuesto, así mismo, corresponder a decisiones proporcionales a los hechos que le sirven de causa. El desconocimiento de este requerimiento conlleva inevitablemente a la descalificación jurídica de la decisión en cuanto se adentra en cometidos arbitrarios y no los propios del ordenamiento jurídico lesionando indebidamente los derechos subjetivos o colectivos según el caso”⁷.

Lo anterior “debe quedar reflejado en la motivación de estas decisiones. Al respecto se deberán expresar las razones jurídicas de adecuación y proporcionalidad, esto es los fundamentos jurídicos y sus relaciones con el orden fáctico intervenido con la decisión discrecional, demostrando la proporcionalidad guardada en la misma, indicando las variables y consideraciones que hacen que esa decisión realmente no va más allá de lo ordenado en la norma habilitante y en relación con los hechos sobre los cuales se materializó”⁸

⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Procedimientos administrativos y tecnología. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp.78 y ss (en imprenta).

⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Procedimientos administrativos y tecnología. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp.78 y ss (en imprenta).

⁸ TOMAS RAMÓN FERNÁNDEZ. *De la arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 82 a 89. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO. *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, cit., pp. 31 y ss. Puede consultarse del mismo autor: “Ponderación y actividad planificadora de la administración”, en ORTEGA y DE LA SIERRA. *Ponderación y derecho administrativo*, cit., p. 118. Lo anterior es natural en todo proceso administración que implique planificación. De manera clara sostiene el profesor RODRÍGUEZ DE SANTIAGO que “[...] El punto

Aspecto este, “que algunos sectores de la doctrina resuelven (sobre todo quienes se apartan de la discrecionalidad como concepto único) destacando, que mientras el poder discrecional de la administración aparece vinculado a la gama de posibilidades de las consecuencias jurídicas de una norma, el concepto jurídico indeterminado se localiza al lado del tipo de regulación legal, en donde le corresponde a la administración, mediante técnicas de apreciación y valoración, materializar, para el caso concreto, el contenido específico esperado por la norma y deducir una única conclusión o decisión respecto del caso”⁹.

La “teoría de los conceptos jurídicos indeterminados comporta una sutil técnica de redacción y consecuente aplicación de las normas jurídicas frente a hipótesis específicas. Por regla general, las normas jurídicas se caracterizan por delimitar y definir de manera precisa, a través de los conceptos y términos utilizados, el ámbito de la realidad dentro de la cual están llamadas a operar, en lo que se conoce como el contenido inequívoco de la norma”¹⁰.

En los “conceptos jurídicos indeterminados, opera una clara excepción frente a esta caracterización general de la estructuración normativa, en donde precisamente lo característico es el contenido indeterminado de los elementos descriptivos (conceptos, términos utilizados) de la norma, en cuanto conceptos de contornos difíciles de delimitar (no vagos, imprecisos o contradictorios), ante la ausencia en ellos, de contenidos materiales definitivos, concretos e inequívocos, haciendo de la esfera de realidad propuesta un ámbito fructífero de lo indefinido y abstracto (buena fe, premeditación, fuerza irresistible, incapacidad para el ejercicio

de partida es, por una parte, que no es concebible la planificación (en la ordenación del territorio, el urbanismo, las carreteras, o las aguas continentales, etc.) sin que se otorgue a quien ha de decidir sobre ella un amplio margen de libertad conformadora. Por otra parte, sin embargo, es evidente que libertad conformadora y sujeción a la ley se encuentran en una tensión de principio [...]”. El sometimiento a la ley de la administración conformadora, es decir, la administración poseedora de habilitación para actuar a través de la discrecionalidad, se hace no a partir de una base normativa reglada, sino mediante normas que simplemente orientan el ejercicio de esa competencia en procura de los fines esperados, normas orientadoras –principios– que generalmente se encuentran en tensión unas con otras. Citado en SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Procedimientos administrativos y tecnología. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp.78 y ss (en imprenta).

⁹ MAURER. *Elementos de direito administrativo alemão*, cit., pp. 54 y ss, citado en SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Procedimientos administrativos y tecnología. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp.78 y ss (en imprenta).

¹⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Procedimientos administrativos y tecnología. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp.78 y ss (en imprenta).

de funciones, buen padre de familia, justo precio, interés público, bien común, fundamento importante, confiabilidad, necesidad, etc.)”¹¹.

De hecho, todos los sistemas jurídicos apelan a estos conceptos, en todas las áreas que lo conforman –además con demasiada frecuencia–, por la imposibilidad que existe de tratar todos los temas con precisión absoluta. Claro está que si una norma puede emplear nociones precisas, entonces apelará a conceptos jurídicos determinados, gracias a la facilidad que la materia ofrece.

Ejemplo del primer supuesto son las siguientes expresiones: interés general, bien común, igualdad, buena fe, solidaridad, Estado Social de Derecho, calamidad pública, orden público, entre otros. Tienen en común que su contenido es muy vasto y carece de significado único. Por el contrario, cada expresión designa, a la vez, muchas cosas posibles, todas incorporadas en la misma expresión.

Los otros conceptos, por el contrario, tienen un contenido específico, cuyo alcance no admite mayores discusiones entre los operadores jurídicos, en relación con su significado, tal es el caso de: servidor público, matrimonio, mayor de edad, Constitución, Ley, Ministerio, establecimiento público, entre muchos otros. Lo

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 30 de noviembre de 2006; radicación número: 11001-03-26-000-2000-0020-01; expediente número: 18059. Se entiende para la corporación como concepto jurídico indeterminado, “[...] Como la composición del sintagma conceptos jurídicos indeterminados lo sugiere, esta categoría indirectamente supone el contraste con la de los conceptos jurídicos determinados, en los que el ámbito de realidad al que se refieren está delimitado –cuando menos en principio– de una manera precisa e inequívoca (verbigracia, conceptos como los de mayoría de edad, la edad de jubilación o el plazo para interponer un recurso, en fin, los numéricos o que expresan cantidades, que serían los únicos exentos de adolecer de algún grado de indeterminación). Por el contrario, los conceptos indeterminados aluden a una realidad cuyos límites no es posible precisar completamente a través de su solo enunciado (caso de nociones como la de buena fe, buen padre de familia, confianza legítima, entre otras), aunque sí puede afirmarse que intentan delimitar un supuesto o serie de supuestos concretos, que sólo en sede aplicativa serán puntualmente precisados [...] En este punto es necesario referir cuál es la estructura de los conceptos jurídicos indeterminados, toda vez que ello permitirá comprender los alcances de las posturas doctrinales que o bien los diferencian, ora los aproximan a la discrecionalidad administrativa. La doctrina parte de la base de acuerdo con la cual en los conceptos jurídicos indeterminados existe siempre, junto a una o dos zonas de certeza, una zona o un halo de incertidumbre o de vaguedad en el que el concepto no permite discernir si es o no aplicable a los objetos comprendidos en ella. De manera que si se intenta verificar a qué supuestos fácticos puede aplicarse un concepto jurídico indeterminado en particular, se encontrará que algunos casos indiscutiblemente estarán cubiertos por él (caerán en su zona de certeza positiva), otros indubitablemente no lo estarán (quedarán comprendidos en la zona de certeza negativa) y en medio de ellos, se ubicará un terreno en el que se mueven los supuestos dudosos (el denominado halo del concepto) [...] Esta explicación de la noción es muy similar a la efectuada por Sainz Moreno respecto a la indeterminación de los conceptos. El autor recurre a la figura de los dos círculos concéntricos, representando el interior la zona de certeza positiva, el exterior la de certeza negativa y la zona ubicada entre los dos círculos, la de indeterminación aunque, claro, «las líneas de ambos círculos son también borrosas».

común en ellos es que son concretos y precisos, de manera que designan contenidos mucho más puntuales y menos ambivalentes, y por eso la discrepancia sobre su alcance se reduce sustancialmente, aunque no tiene por qué desaparecer, ya que es propio de toda norma su vocación de ser interpretada, con variables lógicas posibles.

De lo manifestado se deduce que los conceptos jurídicos indeterminados son necesarios e inevitables en todas las áreas del derecho –civil, penal, laboral, comercial, constitucional o administrativo- por la imposibilidad jurídica, política, social y económica –entre otras muchas razones- que existe de acotar un contenido absolutamente preciso en su lenguaje, y por tanto dominado por conceptos de sentido único o por lo menos poco ambivalente.

Reconocida esta realidad, el desafío que sigue para los operadores jurídicos –entre ellos la administración y el juez- pasa a ser la capacidad de concretar los conceptos imprecisos y generales, es decir, la necesidad de identificar los múltiples significados del concepto, distinguiendo unos escenarios de otros, o unos casos de otros. Este proceso de formación de contenidos del lenguaje jurídico no es otra cosa que la creación de significados en el derecho.

Al final de esta actividad, resultará que con el trascurso del tiempo, de los análisis y de los casos, cada concepto indeterminado alcanza niveles altos de concreción, que se va perfeccionando con el paso de las experiencias y las interpretaciones. La doctrina y la jurisprudencia son especialmente útiles en esta labor, porque proponen entendimientos para las nociones, gracias a las acepciones que sugieren, según los casos a los que se aplican.

Como proyección de la anterior idea, resulta apenas lógico que los conceptos jurídicos indeterminados no están condenados a permanecer en esa situación de ambigüedad en que nacen, porque su aplicación reiterada en el tiempo hace que adquiera significados cada vez más precisos, para ciertos sectores, temas, áreas o problemas.

Por esta misma razón, existen conceptos jurídicos indeterminados que se encuentran, en cierto momento histórico, muy decantados y evaluados en relación con sus múltiples alcances; aunque otros no estarán tan evolucionados, y mantienen un halo de incertidumbre alto sobre sus significados posibles. Los

primeros siguen siendo conceptos indeterminados, pero con variables cada vez más decantadas, los segundos también lo son, pero con alternativas no exploradas suficientemente.

Parte de la función de un sistema jurídico –especialmente a cargo del juez– consiste en concretar, para cada caso, el concepto jurídico indeterminado que le aplica, desarrollando para esa situación -o ese conjunto de situaciones comunes– una hermenéutica de contenidos, que dota al concepto de sentido preciso, y esto se hace al momento de aplicarlo, una y otra vez, en un proceso tan inagotable en el tiempo como sea la vigencia de la norma que lo contiene.

El problema que surge a continuación es el control judicial sobre la manera como la administración aplica o concreta esos conceptos, porque pudo darles un alcance equivocado: demasiado extenso, demasiado restringido, errar en la apreciación del caso aplicable; y todas estas alternativas inciden en la legalidad de la actuación, dependiendo de la aproximación que haya hecho el operador jurídico.

La utilización de “razones de seguridad nacional”, como criterio para terminar un proceso de contratación estatal, no escapa a la lógica que se acaba de analizar. De hecho, la Registraduría acudió a este concepto indeterminado para justificar la decisión, ignorando que por sí mismo no es una causal para hacerlo. A lo sumo, en un caso concreto, las razones de seguridad nacional pueden tornar imposible la garantía de la selección objetiva, caso en el cual la causal de terminación del proceso de contratación será la imposibilidad de garantizarla, pero no la simple remisión e invocación a la seguridad nacional.

Entre otras cosas, tampoco puede olvidarse que la adjudicación de un proceso de selección tampoco es una facultad discrecional, que autorice a la administración a escoger cualquier oferta según un margen de apreciación amplio. Por el contrario, se trata de una potestad reglada, que exige el respeto de los pliegos de condiciones, y especialmente los criterios de evaluación y de sus fórmulas de ponderación.

Inclusive, tampoco puede encubrirse tras un concepto jurídico indeterminado una potestad discrecional –que en el caso concreto ni siquiera existe, según se viene sosteniendo– porque una cosa es la alternativa de elección que tiene la

administración, para adoptar una decisión entre varias posibles, y otra la dificultad que tienen algunas normas de concretar su contenido, en virtud de la presencia de conceptos jurídicos indeterminados. La diferencia la advirtió claramente Eduardo García de Enterría, en “La Lucha contra las inmunidades del poder” al señalar que “Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto (...) Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta. Aquí está lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, pues lo que caracteriza a estas es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio (...) Aquí cualquiera de estas soluciones, alternativamente, es igualmente justa, y precisamente porque lo es existe libertad de decisión (la discrecionalidad consiste esencialmente en una libertad de elección), procediendo esta en virtud de otros criterios materiales distintos de los jurídicos, que por ello no pueden jurídicamente ser fiscalizados. En la aplicación de un concepto jurídico indeterminado (...) lo característico es que ese valor propio del concepto o esa experiencia a que el concepto remite deben ser objeto de una estimación jurídica según el sentido de la ley que ha creado el concepto jurídico indeterminado en cuestión, ley que ha configurado este con la intención expresa de acotar un supuesto concreto, aunque su apreciación esté indeterminada; de este modo la aplicación de estos conceptos será justamente un caso de aplicación de la ley. Por ello el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, son un proceso de juicio o estimación (...). Justamente por eso, el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado (...), porque no admite más que una solución justa, es un proceso de aplicación e interpretación de la ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado, no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es, en definitiva, lo propio de las facultades discrecionales.”¹²

De esta manera, la administración tiene la carga de justificar, en forma expresa y detallada –en la vía administrativa–, si la razón de seguridad nacional encaja en el art. 25.18 de la ley 80, porque de no hacerlo carecerá de justificación una medida de esas.

¹² Ed. Civitas. Tercera edición. Madrid. Pág. 35.

En el caso concreto, el apelante cuestiona la validez de las razones expresadas por la administración como soporte para terminar el proceso de contratación. Y la Sala encuentra que los actos administrativos demandados no dieron cuenta suficiente de las razones de seguridad nacional invocadas, sólo informó de unos datos noticiosos y de unas referencias a gestiones de policía que tampoco quedaron acreditadas en la vía administrativa. Y no queda duda que era necesario hacerlo, porque, en palabras de Tomás Requena López, "... la motivación, es necesaria siempre que se adopta una decisión con un margen de discrecionalidad..., que, por tanto, no se extiende nunca a ese elemento, y sólo exigible (sic) en algunos casos cuando la administración no goza de aquella..."¹³

En estos términos, se echa de menos que los motivos fácticos en que se apoyaron los actos administrativos estuvieran amparados en soportes probatorios de su dicho. En efecto, se desconoció para ese momento cuáles de tantos medios periodísticos fueron los que convencieron a la Registraduría de la verdad de los hechos que tanto le preocuparon. Incluso, ni siquiera se tuvo apoyo en informaciones oficiales de la policía o de otro organismo de seguridad que avalara las razones que condujeron a tomar la decisión.

Fue tan sólo al interior de este proceso judicial donde la Registraduría pretende exhibir mejores razones y pruebas de los fundamentos fácticos que expuso en su momento, cuando está claro que no es posible motivar los actos administrativos con posterioridad a su expedición, ni exhibir pruebas distintas, y concretamente cuando el juez ha entrado a ejercer el control sobre la decisión administrativa. Una actitud así sorprende al ciudadano, que para bien suyo -y de sus garantías- tiene el derecho a que las razones y pruebas aducidas por la administración en un proceso judicial adelantado contra el acto administrativo no se varíen, amplíen, modifiquen o mejoren.

La Sala cree que lo anterior acontece en este caso, porque sólo ahora se manifiesta que existe una carta que le incautaron a los señores Mauss –de nacionalidad alemana- donde se involucra negativamente a una persona vinculada con la Registraduría, responsable del proceso de contratación. Sin embargo, la Sala, en un esfuerzo por admitir el debate de este asunto, encuentra que la comunicación anunciada la aportó la entidad pública en dos versiones distintas,

¹³ Discrecionalidad administrativa y control judicial. Ed. Civitas. Madrid. 1996. pág. 90.

aunque dicen exactamente lo mismo, pero una de ellas se encuentra sin firma y la otra la tiene, pero ilegible –fls. 1911 y 1912, cdno. 8-, de manera que se desconoce cuál es la comunicación original, y sobre todo, cuál fue la incautada a los señores Mauss –bajo el supuesto de que haya sido así-.

De otro lado, tampoco existe certeza acerca de que la carta aportada sea la confiscada, porque ni siquiera fue remitida al proceso por algún organismo de seguridad del país –o custodiada por lo menos por éstos-. En estos términos, se trata de un documento sin mayores seguridades sobre su procedencia, en el que la administración apoya y deduce importantísimas consecuencias jurídicas al interior de este proceso, cuando no está claro que el contenido corresponda con la carta que se dice fue encontrada en poder de los señores Mauss.

De otro lado, la Registraduría también justifica las razones de hecho de su decisión en los informes de prensa que enumera en el acápite de la contestación de la demanda, contenido cuya valoración se debe atener a lo que al respecto de los informes de prensa ha establecido esta Sección:

“- Copias auténticas del periódico El Espectador, de la ciudad de Bogotá D.C., de fechas 1 al 4 de agosto de 1996, en las cuales se informa sobre el ataque armado a la Base Militar Las Delicias por el grupo subversivo FARC (fls. 156 a 224 C. 1); sin embargo, como bien lo ha advertido esta Sección en anteriores oportunidades¹⁴, las informaciones publicadas en diarios o periódicos no pueden ser consideradas pruebas testimoniales porque carecen de los requisitos esenciales que identifican este medio probatorio (artículo 228 del C. de P. C.), por lo cual, en principio, deben ser apreciadas como prueba documental de la existencia de la información y no de la veracidad de su contenido, en consecuencia, los ejemplares acompañados al expediente sólo prueban que allí apareció una noticia, más no la veracidad de su contenido.” (Sección Tercera, sentencia de 28 de abril de 2010. exp. 17.995)

También se ha manifestado que:

“En relación con la valoración de los recortes de prensa o periódicos que son allegados como prueba, es necesario reiterar que las noticias difundidas en medios escritos, verbales, o televisivos, en términos probatorios, en principio no dan fe de la ocurrencia de los hechos en ellos contenidos, sino simplemente, de la existencia de la

¹⁴ Al respecto consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 25 de enero de 2001, expediente No. 11.413 y del 1° de marzo del 2006, expediente No. 13.764, ambas con ponencia del Consejero Dr. Alier E. Hernández Henríquez, entre muchas otras.

noticia o de la información; por consiguiente, no es posible dar fuerza de convicción a dichos documentos, en cuanto se relacionan con la configuración del daño antijurídico y su imputación a la organización pública, en tanto que a partir de los mismos no se puede derivar certeza sobre el acaecimiento y las condiciones de tiempo, modo y lugar de los sucesos allí reseñados¹⁵. (Sección Tercera, sentencia de 9 de junio de 2010. exp. 19.283)

En estos términos, la Sala encuentra que las razones que presentó la Registraduría para justificar que existían serios motivos de seguridad nacional para terminar el proceso de selección no quedaron demostrados en los actos administrativos demandados, y el esfuerzo que se hace para suplir ese defecto es posterior a la expedición de ellos, concretamente en esta instancia judicial, esfuerzo que por sí mismo es ilegítimo, a la luz de la obligación que existe de motivar adecuadamente los actos administrativos, además que de fondo tampoco se logra ese objetivo, motivo por el cual las razones de seguridad nacional resultan insuficientes para adoptar la decisión demandada.

Esta posición de la Sala no menosprecia las razones de seguridad nacional por sí mismas, como causa para declarar desierto un proceso de contratación, sino que cuestiona que se use como criterio autónomo y suficiente, cuando no necesariamente lo es, así como que se utilice sin hacerse el esfuerzo por dejar debidamente acreditadas las circunstancias que presuntamente la configuran. En estos términos, la motivación de un acto administrativo que termine cualquier proceso de selección debe ser muy exigente y completa, aunque precisa, como tiene que ser la motivación de cualquier decisión administrativa, y por eso no se puede tolerar la tendencia a manifestar razones excesivamente generales e indeterminadas, en un momento donde la concreción ya no sólo es posible sino necesaria.

Claro está que esta conclusión no es suficiente para anular los actos administrativos demandados, pues existen otras razones o motivos que apoyaron la decisión administrativa –por ejemplo, que ninguna oferta se ajustó al pliego de condiciones- y por eso la Sala debe analizarlas a continuación.

3.2. La capacidad de contratación (K) de Unisys de Colombia SA.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera sentencia proferida el 17 de junio de 2004, expediente 15.450 y sentencia del 4 de diciembre de 2007, expediente 15.498.

Considera el apelante que la evaluación de su capacidad de contratación, por parte del a Registraduría Nacional del Estado Civil, se limitó a examinar la capacidad de contratación (K) que tenía como "Proveedor", a sabiendas de que el objeto del contrato no sólo incluía la compra de equipos, sino también actividades de consultoría y de construcción, de modo que debió tener en cuenta la capacidad (K) como "consultor" y como "constructor", porque el Proyecto de Modernización Tecnológica contemplaba una solución integral, que incluía labores de diseño e instalación, y otras actividades propias de la consultoría y la obra. Concluye que si se suman estos tres aspectos, Unisys de Colombia SA. superaba la exigencia de la entidad, por eso el acto administrativo es nulo, porque desconoció la ley y el pliego de condiciones.

Para resolver este cuestionamiento, la Sala debe considerar las exigencias que hizo la entidad -en el pliego de condiciones- en relación con el K de contratación, y confrontarlo con la oferta para definir si la evaluación fue correcta. Antes conviene tener en cuenta que el inciso primero del art. 22 de la ley 80 –vigente en la época de los hechos- establecía que "Todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales, contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles, se inscribirán en la Cámara de Comercio de su jurisdicción y deberán estar clasificadas y calificadas de conformidad con lo previsto en este artículo."

El inciso segundo de la misma disposición establecía que "No se requerirá de este registro, ni de calificación ni clasificación, en los casos de contratación de urgencia a que se refiere el artículo 42 de esta ley; contratación de menor cuantía a que se refiere el artículo 24 de esta ley; contratación para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas; contratos de prestación de servicios y contratos de concesión de cualquier índole y cuando se trate de adquisición de bienes cuyo precio se encuentre regulado por el Gobierno Nacional", enumeración que no incluyó la adquisición de los bienes que correspondían al objeto de la contratación de la Registraduría, motivo por el que, indiscutiblemente, era exigible este requisito en el caso concreto.

De esta manera también se desvirtúa aquella objeción que hizo el actor, y que el *a quo* resolvió en este mismo sentido, en cuanto consideró que no se necesitaba la inscripción en el RUP, porque se trataba de una contratación directa, criterio equivocado, según se acaba de explicar.

De otro lado, en relación con la configuración misma del requisito, se sabe que los pliegos de condiciones tienen la potestad discrecional -ejercida de manera razonable y proporcional- de concretar las condiciones de esta exigencia legal, señalando, por ejemplo: la actividad, la especialidad y el grupo, donde debe inscribirse el oferente, así como el monto del K de contratación que debe tener.

Para concretar esta labor, es lógico que si el objeto del contrato es de construcción se debe pedir la inscripción de los interesados en el registro de constructores, pero si es de consultoría deberá estar inscrito como consultor. La alteración de estos grupos violaría la ley 80 de 1993.

No obstante, muchos objetos contractuales complejos combinan algunas actividades, como la construcción y la consultoría –es el caso de la contratación que incluye el diseño y la ejecución de una obra-, evento en el que la entidad debe exigir la inscripción del oferente en ambos grupos del registro único de proponentes. Otros objetos, por su parte, no combinan de una manera tan clara estos trabajos, como cuando la prestación consiste en construir un puente y por tanto la baranda metálica del mismo la debe proveer el contratista según su diseño. En este caso, no cabe duda que el oferente sólo tiene que estar inscrito como constructor, pero no es claro que también deba estarlo como consultor – para el diseño de la baranda-.

Aplicadas estas ideas al acaso concreto la Sala encuentra –a falta de un dictamen pericial que ofrezca un criterio técnico que pueda valorarse- que la descripción del objeto y el alcance del proyecto alude a la provisión de un sistema para la tecnificación y automatización de las funciones del registro civil, la identificación ciudadana y la producción de documentos, y la ejecución de las actividades complementarias relacionadas con la infraestructura de cómputo y comunicaciones –fls. 93 a 105, cdno. 13-. En estos términos, fue razonable que la entidad exigiera a los oferentes su inscripción en el Grupo de “Proveedores”, como lo estableció el pliego, en el numeral 4.5.13:

“4.5.13. Inscripción en el registro único de proponentes.

“Los proponentes deben estar inscritos en el registro único de proponentes de la Cámara de Comercio de Bogotá **para proveedores** en la especialidad 16 ‘máquinas y aparatos, material eléctrico y sus partes, aparatos para la grabación o producción de

sonido, aparatos para la grabación o reproducción de imágenes y sonido en televisión, y las partes y accesorios de estos aparatos'; en el grupo 84 de esta especialidad 'reactores nucleares, calderas, máquinas, aparatos y artefactos mecánicos; partes de estas máquinas o aparatos (corresponde al numeral 84.71 del Código armonizado del arancel de aduanas 'máquinas automáticas para el tratamiento de la información y sus unidades; lectores magnéticos u ópticos, máquinas para registro de datos sobre soportes en forma codificada y máquinas para procesamiento de estos datos, no expresados ni comprendidos en otras partidas')
(...) (Resalto fuera de texto)

El adendo No. 1 a los pliegos de condiciones reiteró el tema, en el numeral 4.5.14, que se modificó para disponer sobre la "Capacidad económica de contratación" que:

"... En este último caso empleará la metodología que utiliza la Cámara de Comercio para la inscripción en el registro único de proponentes, utilizando la información contenida en la Cartilla de Instrucciones para el diligenciamiento del Formulario del registro único de proponentes y el contenido del formulario de inscripción procedimiento del Cálculo de la capacidad máxima de contratación (K) **para proveedores**.
(...)"

No queda la menor duda que la exigencia de la entidad fue clara: los oferentes debían estar inscritos en el registro de "Proveedores", del registro único de proponentes, y para la Sala se trata de un requisito razonable, a juzgar por el alcance del objeto del contrato. En otros términos, es evidente que la inclusión en el grupo de "consultores" o de "constructores" no la hizo el pliego de condiciones, y en esa medida no se puede pretender modificarlos para favorecer ahora las exigencias sugeridas por el actor.

Incluso, la Sala echa de menos que Unisys de Colombia SA. no hubiera planteado esta cuestión durante el proceso de selección, antes de presentar su oferta – según se deduce de la totalidad del cdno. No. 5 del expediente, que contiene las observaciones presentadas al pliego de condiciones, y las respuestas a las mismas, entre las cuales no se encontró alguna que objetara este aspecto-. En su lugar, el actor discutió el tema durante la fase de evaluación de las propuestas, y ahora ante el juez, lo que trasluce una falta de consideración a los principios de la buena fe y de la confianza legítima, además de atentar contra el principio que prohíbe ir contra los actos propios, en este caso, los que admitieron como razonable esta exigencia.

Esta conducta no se compadece con la rectitud de intención con que debe obrar un oferente –y eventual contratista-, porque teniendo la oportunidad de expresar las observaciones o inquietudes relacionadas con el pliego de condiciones que se le puso de presente para elaborar la oferta, ajustándose a ellos, sorprende más adelante con su actitud al ver errores en las condiciones que con su comportamiento admitió. Esta forma de actuar atenta contra su propia conducta – violando el principio que prohíbe *venire contra factum proprium* –, y por eso la justicia ve con desconfianza que plantee problemas en la evaluación de las ofertas sólo cuando conoció su resultado, y no le fue favorable.

En palabras de Luis Díez Picazo “Es indiscutible, a la luz de la experiencia cotidiana, que la regla según la cual nadie puede venir contra sus actos, tiene valor normativo. Para demostrarlo basta tener en cuenta que es de hecho aplicada, como tal norma jurídica, por los tribunales de justicia y que es criterio decisivo para resolver innumerables litigios que ante ellos se plantean. Admitamos, pues que ‘de facto’, tiene valor normativo...”¹⁶

Claro está que esta teoría tiene límites. Por ejemplo, entre otros, no debe aplicarse cuando el acto consentido es ilegal, porque supondría que hasta el dolo propio se puede perdonar o convalidar, sencillamente porque el interesado en alegarlo participó en la producción del acto enjuiciado. De admitirse esto, es decir, de conservar la validez del acto por el prurito de hacer prevalecer el principio que prohíbe ir contra los actos propios, se integrarían al ordenamiento jurídico una buena cantidad de actos irregulares, en desmedro del interés general y del principio de legalidad.

En realidad, esta teoría tiene asidero de manera principal tratándose de la expedición de actos lícitos, pero después de hacerlo, la parte afectada por él se interesa en discutir su alcance o vinculatoriedad, para desconocerlo en un caso concreto. Sin embargo, en este escenario, la teoría aplica para obligar a acatar el acto a quien con su comportamiento tolera, admite, consciente o de alguna manera conviene cierta regla, pacto o consecuencia lícita, prohibiéndole que la discuta luego, con fines de desatenderla.

¹⁶ La doctrina de los actos propios. Ed. Bosch. Barcelona. 1963. pp. 128

En el caso *sub examine*, la Sala aprecia que la regla de evaluación del K de contratación era clara y expresa, además de lícita, y preexistente a la entrega de las ofertas, y desde luego a su evaluación. Además, se sabe que el actor no la discutió, de allí que no puede, luego, inobservarla, o sugerir que no se le aplique tal como quedó consagrada para todos los participantes, porque entraña un desconocimiento de la legalidad de la misma y de la conducta previa que no encontró objeción a ella.

Al respecto de esta actitud, asumida por los participantes en un proceso de selección de contratistas, ha sostenido esta Sección –sentencia de octubre 4 de 2007, exp. 16.368. CP. Enrique Gil Botero- que:

“Si bien con las anteriores reflexiones el caso concreto queda resuelto, la Sala no quiere dejar pasar por alto la oportunidad de comentar la conducta del actor en el trámite del proceso licitatorio y la posterior acción judicial, que ahora se resuelve, la cual resulta reprochable, desde todo punto de vista.

“Debe tenerse en cuenta que el actor fue uno de los proponentes en el proceso licitatorio, y es por eso que entre sus pretensiones formula la indemnizatoria, con la expectativa de obtener el pago, a cargo del hospital, de los perjuicios materiales que dice haber sufrido.

“Para la Sala resulta extraño y reprochable este comportamiento, si se tiene en cuenta que el actor es el proponente denominado “Droguería Vida”, la misma droguería que dice estar ubicada a menos de 150 metros lineales de la farmacia que se adjudicó para que funcionara al interior del hospital, pero que al haberse adjudicado a otro participante ahora alega que el contrato adolece de la causal de nulidad absoluta aquí estudiada.

“De otro lado, si bien pudiera llegarse a hacer el esfuerzo de comprender que su participación en el proceso se pudo hacer para defender sus propios intereses –los de la droguería que está muy cerca de la que la entidad pública licitó-, es incomprensible que el actor, además de pedir la nulidad del contrato, por las razones ya analizadas, y que no puso de presente cuando participó en la licitación, solicite una indemnización a su favor, como si la nulidad del negocio, en caso de que existiera, sólo recayera sobre su rival en la licitación, y no sobre él mismo. Pareciera más bien que asume la actitud, reprochable e injustificada, de tratar de vencer al contratista y a la entidad, aún a costa de la falta de coherencia en estas pretensiones.

“En efecto, si en gracia de discusión se hubiera configurado la causal de nulidad que alega el actor, esta también hubiera recaído sobre el negocio que él hubiera celebrado con el hospital, de haber sido el adjudicatario, luego, es injustificado solicitar, a la vez, la nulidad del

contrato suscrito por el contrincante en la licitación, porque su oferta era la mejor, y a continuación pedir una indemnización, cuando el vicio de validez que alega no se saneaba por esa circunstancia¹⁷.
(...)

“Para la Sala, guardadas las diferencias que existen entre el caso que se cita y el presente, también se advierte una conducta injustificadamente contradictoria entre la actuación del ahora demandante durante la licitación que tenía por objeto la entrega de la droguería -presentando su oferta con la expectativa de ser adjudicatario, como la tenían los demás concursantes-, pero al haber perdido el proceso pasó a cuestionar la validez del mismo. Pero incluso, ahora le pide a la jurisdicción de lo contencioso administrativo que, pese a la nulidad de que adolecía el contrato, se le indemnicen los daños materiales porque él debió ser el adjudicatario.

“Este tipo de comportamientos atentan contra la buena fé contractual y desdice de la seriedad con la que se debe actuar en el comercio, así como en los procesos de contratación que adelanta el Estado, así como justifican, por sí mismo, que se condene en costas a la parte recurrente, por las razones expuestas.”¹⁸

¹⁷ Ha dicho esta Sala respecto a este tipo de comportamientos, en los procesos de contratación estatal, que “(...) Restaría agregar que estando definidas las fuentes de materiales en los pliegos de condiciones tampoco le es lícito al demandante venir contra sus propios actos *“venire contra factum proprium non valet”* principio de la dogmática jurídica que es de aplicación en el caso en comento. Sobre el particular Jesús González Pérez enseña:

“ ‘Que la norma conforme a la cual a ‘nadie es lícito venir contra sus propios actos’ tiene su fundamento y raíz en el principio general del Derecho que ordena proceder de buena fe en la vida jurídica, parece incuestionable, como hace años puso de manifiesto Díaz - Picazo y ha venido corroborando la doctrina posterior. La buena fe implica un deber de comportamiento, que consiste en observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían preveer. Como dice una sentencia de 22 de abril 1967 ‘la buena fe que debe presidir el tráfico jurídico en general y la seriedad del procedimiento administrativo, imponen que la doctrina de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente hablando, ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable, manifestado explícitamente, tal como se desprende del texto literal de la declaración, por lo cual no es dable al actor desconocer, ahora, el efecto jurídico que se desprende de aquel acto; y que, conforme con la doctrina sentada en sentencias de esta Jurisdicción, como las del Tribunal Supremo de 5 de julio, 14 de noviembre y 27 de diciembre de 1963, no puede prosperar el recurso, cuando el recurrente se produce contra sus propios actos (...)’ Sentencia de 21 de abril de 1967. El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Editorial Civitas, pág. 117, 118 y 135.” (Sección Tercera, Sentencia de 17 de julio de 1986. Exp. 4.154.)

¹⁸ Esta tesis se ha reiterado en muchas ocasiones, entre ellas en la sentencia de febrero 20 de 2008 -exp. 14.650. CP. Enrique Gil Botero-: “Entre otras cosas, la Sala reprocha la actitud del actor, quien en la demanda y en los alegatos señaló que la entrega de la obra se produjo el 11 de enero de 1992, y de hecho rubricó el acta donde afirma que la fecha de entrega había sido esa; pero al perder el proceso en primera instancia cambió sustancialmente el argumento, para empezar a contradecir sus propias afirmaciones y expresar que la entrega se hizo muchos meses después.

“La Sala ha dicho a este respecto que tal comportamiento, que contradice el obrar propio, atenta contra el principio de la buena fe y de la confianza legítima, pues de un momento a otro una persona que ha suscrito un documento, que contiene ciertos datos, cambia su versión de los hechos para tratar de favorecerse así misma con sus propias contradicciones.

“Esta actitud es reprochable en la vida cotidiana, y más aún en los estrados judiciales, donde se espera que las partes actúen con lealtad y digan la verdad al juez, para que pueda administrar

De esta manera, la doctrina de los actos propios "... se basa en la inadmisibilidad de que un litigante fundamente su postura invocando hechos que contraríen sus propias afirmaciones o asuma una actitud que lo coloque en oposición con su conducta anterior (...)" "... es entonces una limitación al ejercicio de un derecho, que reconoce como fundamento una razón de política jurídica: la protección de la confianza suscitada por el comportamiento antecedente, que luego se pretende desconocer."¹⁹

En conclusión, la Sala encuentra que la capacidad máxima de contratación (K) que tenía UNISYS como "Proveedor" no era suficiente para cumplir con la exigencia del pliego, y por eso pretende ahora que se sume la capacidad que

justicia. De esta manera, es censurable que las partes, que tienen el derecho a redactar unilateralmente la demanda o la contestación de la misma, traten de cambiar los hechos a lo largo del proceso, con el fin de sacar adelante unas pretensiones que fueron edificadas sobre unos argumentos escritos con la libertad que el derecho de acción ofrece.

"La Sala, en anteriores oportunidades, ha reprochado conductas como la del caso concreto, donde los particulares, en sus actuaciones, han dejado a un lado los postulados de la buena fe -art. 83 C.N.- y la prohibición de ir contra los actos propios. Dándole aplicación jurisprudencial a estas reglas, ha manifestado que:

" 'Llama la atención este cambio de actitud del demandante respecto a la forma en que debía aplicarse el criterio sobre el orden de presentación de las propuestas, cuando reclamó en el proceso de selección pública ante la Administración respetar el orden exigido para los documentos, lo que tuvo como consecuencia la recalificación de las propuestas, y ahora en su demanda dice que no existía un orden estricto y que la regla le era confusa, censurando a la Administración por la aplicación de una regla de la cual se valió para cambiar lícitamente en su momento el orden de elegibilidad y el curso del proceso de selección pública. (...)

" 'Y es que vale la pena subrayar que nadie puede venir validamente contra sus propios actos, regla cimentada en el aforismo "*adversus factum suum quis venire non potest*", que se concreta sencillamente en que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, o sea, "*venire contra factum proprium non valet*". Es decir va contra los propios actos quien ejercita un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta precedente, lo que significa que la pretensión que se funda en tal proceder contradictorio, es inadmisibles y no puede en juicio prosperar.'

"Así las cosas, resulta inadmisibles lo que ahora pretende el actor, como es tratar de mostrar -pero sólo en esta instancia-, que la obra no se recibió el 11 de enero, cuando es inhesitable que suscribió un 'Acta de Recibo Final' que indica claramente esto.

"Además, en los distintos actos procesales de la primera instancia el demandante tampoco negó – pues desde luego no tenía idea de la decisión que tomaría el *a quo*-, que esa fecha era la de la entrega de las obras.
(...)

"Para la Sala, una vez más, resulta incorrecto el modo de obrar del actor, pues teniendo conciencia de que el negocio no se liquidó, tal como lo sostuvo a lo largo de la primera instancia de este proceso, no de la segunda, pues no le convenía para su propósito, asevera que el contrato quedó liquidado en esa fecha, y por tal razón pide que se cuente la caducidad de la acción a partir de allí."

¹⁹ Marcelo López Mesa y Carlos Rogel Vide. La doctrina de los actos propios. Ed. Reus. Buenos Aires. 2005. págs. 89 a 91.

tenía como “Consultor” y como “Constructor”, lo que no es posible. El sólo hecho de no objetar esta exigencia del pliego, que claramente exigió la inscripción como “Proveedor”, no le permite ahora discutir el asunto, porque su actitud es una muestra clara de que comprendió la exigencia y su alcance, y tratar de controvertirla posteriormente es lo que atenta contra sus propios actos.

La consecuencia lógica de esta consideración es que la Registraduría actuó ajustada a derecho, cuando evaluó sólo el K de contratación que tenía el oferente como “proveedor”, excluyendo las demás actividades en las que también estaba inscrito, pues con este procedimiento se ajustó al pliego de condiciones, que es la ley del proceso de selección y también del contrato. Otro comportamiento habría violado el derecho a la igualdad de los demás oferentes, a quienes se les evaluó con el criterio que ahora discute el apelante.

3.3. Condiciones para valorar la capacidad de contratación (K) de de los subcontratistas del oferente.

Considera el apelante que el *a quo* se equivocó al no sumar a su K de contratación el de los subcontratistas que presentó con la oferta, teniendo en cuenta que el pliego de condiciones lo permitía. Por no actuar de esta manera, la Registraduría desestimó la oferta –porque no tenía los SMLMV exigidos, que equivalían al valor del presupuesto oficial-, criterio que equivocadamente compartió el Tribunal, pero que se debe corregir en esta instancia.

Para comprender este planteamiento se tendrá en cuenta, una vez más, lo que al respecto reguló el pliego de condiciones, concretamente el numeral 4.5.14:

“4.5.14. Capacidad económica de contratación.

“La capacidad económica de contratación del proponente deberá ser por lo menos igual a la del presupuesto oficial contenido en estos términos de referencia. Esta capacidad se tomará del certificado del Registro Único de Proponentes o el documento que haga sus veces para los proponentes extranjeros sin sucursal en Colombia.”

El presupuesto oficial al que alude este numeral ascendía a \$92.179'984.895 – según lo dispuso el numeral 4.29 del pliego de condiciones, visible a fl. 226, cdno. 13-, exigencia que de no cumplirse producía el rechazo de la oferta –según lo estableció el numeral 4.6 del mismo pliego, visible a fl. 219, cdno. 13-.

El numeral 4.5.14 fue modificado por el adendo No. 1, quedando así:

“4.5.14. Capacidad económica de contratación.

“La capacidad económica del proponente deberá ser por lo menos igual a la del presupuesto oficial contenido en estos términos de referencia. Esta capacidad se tomará de la capacidad de contratación del certificado del Registro Único de Proponentes o el documento que haga sus veces para los proponentes extranjeros sin sucursal en Colombia que no requieran inscribirse en la Cámara de Comercio.

“Para efectos de la capacidad económica se sumará el K de contratación de las sociedades que se presenten bajo consorcio o unión temporal y, cuando sea un solo proponente con la modalidad de subcontratista, se sumará el K de contratación del proponente con los de sus subcontratistas.

“Cuando se presenten ofertas individuales con subcontratistas, el proponente debe demostrar su capacidad económica de conformidad con lo señalado en este numeral y la de sus subcontratistas, que formarán parte integrante del grupo invitado. Se tendrá en cuenta la capacidad resultante del K de contratación de la auto calificación que debe hacer el subcontratista de su capacidad de contratación. En este último caso empleará la metodología que utiliza la Cámara de Comercio para la inscripción en el registro Único de Proponentes, utilizando la información contenida en la Cartilla de Instrucciones para el diligenciamiento del Formulario del Registro Único de Proponentes y el contenido del formulario de inscripción procedimiento del Cálculo de la capacidad máxima de Contratación (K) para proveedores.

“Cuando al información tomada para la auto calificación esté expresada en moneda extranjera, se debe presentar en pesos, para lo cual se tomará la tasa representativa del mercado vigente a la fecha de los balances, o la declaración de renta o documento que haga sus veces de donde se tome la información.” –fl. 537, cdno. 4-

Para comprender esta condición hay que recordar que el numeral 4.5.1. del pliego de condiciones dispuso que para tener derecho a presentar oferta era necesario haber sido invitado a participar en la contratación directa, condición complementada por el numeral 4.32 del adendo No. 1, que dispuso:

“4.32. Quiénes pueden presentar propuestas.

“Pueden presentar propuestas las personas jurídicas invitadas a participar, bien como personas jurídicas individuales o a través de Consorcios o Unión Temporal.

“Los proponentes también podrán presentar propuestas individuales y ejecutar el contrato bajo su exclusiva responsabilidad, con el compromiso en este caso de obtener la colaboración de uno o más de los integrantes de grupo invitado si ello fuere necesario para ejecutar el contrato en los términos y condiciones contenidos en los términos de referencia bajo la modalidad de subcontratos.

“Cuando un proponente individual requiera la participación de uno o más de los integrantes del grupo invitado a participar podrá evaluarse la experiencia del subcontratista, la genérica del proyecto, la capacidad financiera y demás factores de calificación del subcontratista invitado, establecidos en el numeral 3.3. Metodología y criterios de Evaluación de los Términos de Referencia, siempre que así lo indique expresamente el proponente en a propuesta y se adjunte la carta de compromiso de participación en el desarrollo del contrato en términos sustancialmente iguales a los contenidos en el anexo J de este documento.” (resaltos fuera de texto) –fl. 536, cdno. 4-

Esta modificación tuvo como precedente una aclaración del 30 de julio de 1996, expedida por el Registrador Nacional del Estado Civil a la empresa Unisys de Colombia SA. –fl. 20, cdno. 28-, donde le recordó que la escogencia que hizo la entidad de las firmas que serían invitadas a participar en la contratación fue producto de un análisis suyo sobre la capacidad para desarrollar el proyecto, y que era deseable que los Grupos conformados directamente por la Registraduría participaran bajo al forma de consorcio o unión temporal, pero que “... también se aceptan ofertas individuales, presentada por una de las empresas que conforman el grupo, que será la directa responsable de la ejecución del contrato, y en las cuales las otra firmas invitadas podrían participar como subcontratistas del oferente.” Después de esto se produjo el adendo citado antes.

Atendiendo a esta disposición, la condición inicial del pliego fue más clara en limitar la posibilidad de participación en el proceso de selección al hecho de ser invitado por la Registraduría a presentar oferta, de manera que por ese sólo aspecto se deducía que una firma distinta no podía hacerlo, requisito que, por cierto, la Sala no cuestiona en su validez, porque no puede perderse de vista que el proceso para la adquisición de los bienes y servicios objeto de este proceso era una contratación directa, y fue la entidad quien pudiendo invitar a una sola empresa decidió obtener varias ofertas, de allí que la invitación legitimaba la participación en este proceso de selección; lo que no ocurre en un proceso de contratación donde la ley permite participar a cualquier interesado, como acontece en la licitación pública.

En estos términos, queda por precisar e identificar a quiénes invitó la Registraduría a presentar oferta.

Con la carta que obra a folio 821 del cdno. 19, se demuestra que la Registraduría llamó a participar -luego de una búsqueda que involucró la solicitud de información de las embajadas de varios países- a tres “*firmas integradoras*”: i) Siemens Nixdorf AG.; ii) SOFREMI y iii) Unisys de Colombia SA. Además, la entidad pública predefinió para cada una de estas empresas un número adicional de firmas, a las que denominó *Grupo Invitado*, y a las tres empresas líderes de cada grupo mencionado las denominó “firmas integradoras”.

En particular, la invitación a Unisys de Colombia SA. se ratificó con la comunicación de junio 24 de 1996 –fl. 822, cdno. 19 y fl. 751, cdno. 10-, por medio de la cual la Registraduría le pidió que procediera a retirar los pliegos de condiciones de la contratación directa, además le indico que había sido considerada como una “firma integradora”.

La noción de firma integradora -que no procede de la ley u otra norma imperativa de la contratación estatal, sino que pertenece a este particular proceso de contratación directa-, se refiere a la sociedad principal de un Grupo Invitado, que podía presentar oferta con las otras empresas también escogidas por la Registraduría Nacional del Estado Civil para pertenecer a ese Grupo.

De lo dicho se desprende que era posible que el Grupo Invitado presentara propuesta, en la forma como lo integró la Registraduría, es decir, con todos los invitados, para lo cual debían constituirse como consorcio o unión temporal. Sin embargo, la entidad también admitió la “oferta individual”, “... presentadas por una de las empresas que conforman el grupo, que será la directa responsable de la ejecución del contrato, y en las cuales otras firmas invitadas podrían participar como subcontratista del oferente.” –fl. 20, cdno. 28-

En este horizonte, queda más claro ahora que el numeral 4.32 del pliego de condiciones -adicionado por el adendo No. 1- significa –para el caso concreto- que Unisys de Colombia SA. podía presentar oferta de manera individual, esto es, que no necesitaba acogerse al Grupo Invitado que la Registraduría le conformó e invitó para la contratación.

No obstante, el pliego también permitió participar de otra manera: incluyendo como subcontratistas a las otras firmas “invitadas” –es decir, las que pertenecían al mismo Grupo-. Si se acogía esta posibilidad la Registraduría permitía, a continuación, que algunos criterios de evaluación de la oferta fueran tomados tanto del oferente principal –denominado firma integradora- como de las firmas subcontratistas -que en todo caso debieron ser invitadas e incluidas como parte del Grupo Invitado-.

La Sala entiende, a partir de lo expresado, que la “firma integradora” –Unisys de Colombia SA.- podía presentarse sola, o con subcontratistas del Grupo Invitado. Por tanto, se infiere que no podía incluir como subcontratistas a firmas diferentes a las invitadas por la entidad en el respectivo Grupo; en caso de hacerlo la oferta debió rechazarse. Por esta razón, ni siquiera era posible evaluar la capacidad económica de las firmas subcontratistas no invitadas, pues no podían presentar oferta junto con la firma integradora.

Aplicadas estas ideas al caso concreto, se advierte que Unisys de Colombia SA. se presentó de manera individual, pero ofreció como subcontratistas a empresas que no fueron invitadas por la Registraduría -dentro del denominado Grupo Invitado-, de allí que esa sola circunstancia genera el rechazo de la oferta. Con sobradas razones resulta inadmisibles la pretensión del apelante, que busca que se sume a su capacidad de contratación la de los subcontratistas que ofreció -para satisfacer la exigencia del pliego de condiciones-. No sólo es claro que esto únicamente era posible cuando el subcontratista hubiera sido invitado, sino que no lo era si se trataba de la invitación a otros, por lo analizado hasta este momento.

Este argumento es suficiente para rechazar la oferta del actor, de manera que resultaría innecesario analizar otras razones de inconformidad, pues cualquiera que sea el resultado, lo expresado conduce, inexorablemente, al rechazo de la propuesta. Así es que la inconformidad del apelante con la decisión que dispuso que su oferta no cumplía con el requisito de la automatización del proceso –fl. 392- y la discusión sobre las razones de seguridad nacional que también dieron lugar a la terminación del proceso de contratación –por infiltración de grupos subversivos en la licitación-, en principio son innecesarias.

3.4. La prueba del cumplimiento de la exigencia técnica de “proceso automatizado”.

No obstante lo anterior, y sólo para reconfirmar la decisión de esta instancia, la Sala también advierte que el apelante manifestó que la prueba pericial que echó de menos el *a quo* para estudiar de fondo parte de sus pretensiones no era necesaria en este proceso, porque cree que lo alegado corresponde a aspectos de puro derecho, de manera que era posible estudiar sus argumentos sin este medio de prueba.

La Sala, al igual que lo hizo el *a quo*, así mismo considera que era indispensable en este proceso la prueba acerca de la forma como se debieron evaluar las ofertas, concretamente para corregir o confirmar la evaluación que hizo la entidad, porque contrario a lo que sugiere el apelante, en este proceso no sólo se discuten aspectos de puro derecho, sino también algunos de innegable alcance técnico. Tal es el caso del cumplimiento o incumplimiento de las exigencias técnicas mínimas del pliego de condiciones –en particular el “proceso automatizado” de producción de documentos- cuyo análisis requería, indiscutiblemente, de una prueba técnica que auxiliara al juez en la ponderación de la oferta del actor.

De allí que su ausencia tampoco contribuyó a desvirtuar la presunción de legalidad que reside en los actos administrativos demandados, que declararon que la propuesta del apelante no cumplía ese requisito, declaración que necesitaba ser desvirtuada, mediante la prueba idónea de los hechos contrarios. Al no acontecer esto, los actos deben mantener su legalidad inicial.

3.5. La validez condicionada de los actos administrativos o la modulación de la decisión.

Según el análisis realizado hasta ahora, la Sala se encuentra ante la disyuntiva de que algunas razones expresadas en los actos administrativos demandados soportan adecuadamente la decisión de terminar el proceso de contratación directa; pero otra razón aducida allí mismo es inadmisibles, según el análisis realizado antes.

Para dirimir esta singularidad, la Sala apelará -una vez más- la figura de la validez condicionada o sentencia modulativa de legalidad, que se ha aplicado en algunas

ocasiones en esta jurisdicción, para señalar ahora que los actos administrativos de la Registraduría Nacional del Estado Civil son válidos, pero bajo el entendimiento de que la causa o motivo que alude a las razones de seguridad nacional no se ajusta al ordenamiento jurídico; pero las expresadas acerca de que las ofertas no se ajustan a las exigencias del pliego de condiciones sí soportan suficientemente la decisión administrativa. Por esta razón, y bajo este entendimiento se declarará la validez de los actos administrativos.

La justificación teórica y práctica de esta forma de decidir tiene apoyo en la siguiente providencia de la Sala Plena de esta Corporación -sentencia del 16 de junio de 2009, exp. 11001-03-15-000-2009-00305-00. CP. Enrique Gil Botero-, cuya inteligencia se comparte en esta ocasión:

“Por esta razón, la declaración de validez o no de esta disposición no es posible hacerla de forma pura y simple, porque ambas alternativas son insuficientes para ajustarse a la posibilidad de control que la Sala advierte para esta norma; es decir, que declarar la nulidad sería una medida extrema –por el sacrificio que inflige-, porque algunas formas de representación –vocería- la puede asumir el Agente Líder, pero existe otra que no –según se acaba de ver-, de manera que la nulidad sería desproporcionada. Sin embargo, la validez pura y simple tendría defectos similares –por la tolerancia injustificada que implica-, pues es evidente que esta norma no se ajusta perfectamente a la ley.

“Frente a esta situación la Sala considera, apoyada en los principios del efecto útil de las normas y el de conservación del derecho, en virtud de los cuales se destaca y acentúa la idea de que en la producción normativa se invierte un esfuerzo administrativo, jurídico y político que vale la pena conservar, que se deben y pueden modular las sentencias de validez, cuando se encuentre algún sentido a la norma controlada que se ajuste al derecho vigente, de modo que, por esta vía, se logran dos propósitos: i) eliminar del ordenamiento jurídico las interpretaciones y aplicaciones que vulneran el derecho –exclusión total de la ilegalidad, para mantener aséptico el ordenamiento jurídico-, y ii) se conserva exclusivamente la aplicación e interpretación ajustada a la constitución o la ley –inclusión plena de la legalidad, para mantener dinámico el ordenamiento jurídico-²⁰.

²⁰ Un antecedente de esta técnica del control, anterior a la Corte Constitucional –quien emplea profusamente, y con buen criterio, esta técnica de control de constitucionalidad-, que debe contribuir a eliminar las prevenciones al interior de nuestra jurisdicción, se encuentra en el artículo 170 CCA., el cual contempla –para nuestro caso, incluso, en una norma positiva, y además muy antigua- la posibilidad de que el juez estatuya disposiciones en reemplazo de las acusadas, o la modificación o reforma de ellas. En tal sentido, dispone la norma que:

“Art. 170. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, **los Organismos de lo Contencioso Administrativo podrán**

“Esta actitud también conserva al juez administrativo dentro de la esfera de legalidad que debe observar, en el ejercicio de sus funciones, pues lo que le ordena la Constitución y la ley es que controle la legalidad de los actos administrativos que examina, lo cual realiza con más perfección cuando modula las sentencias, toda vez que no siempre las situaciones que se presentan a sus ojos son blancas o negras, esto es, válidas o nulas –y menos en la compleja realidad jurídica que se vive-, y con esta técnica obtiene mayor provecho para ejercer el control de la administración pública moderna²¹.”

3.6. La condena en costas

Finalmente, consideró el apelante que no procedía la condena en costas que le impuso el Tribunal Administrativo, porque no existe prueba de su pago –fl. 393-.

La Sala confirmará la decisión del *a quo*, porque el art. 171 del CCA. establece que en los juicios que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso

estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas.” (Negrillas fuera de texto)

²¹ Esta ha sido expuesta por la Sección Tercera en otras ocasiones –sentencia de 2 de mayo de 2007, exp. 16.257-, para señalar que cuando una norma ofrezca una interpretación ajustada a la ley y otra que no, entonces “Esta situación impide que la decisión sea simplemente la de expulsar del ordenamiento jurídico el acto administrativo atacado cuando una interpretación del mismo se ajusta a las normas superiores, circunstancia que impone mantener en el ordenamiento jurídico el segmento normativo de la resolución acusada, pero condicionado a que sólo es válida la segunda de las interpretaciones expuestas.

“Esta técnica permite al juez contencioso a la vez garantizar la supremacía de las normativas superiores sobre el acto administrativo objeto del contencioso objetivo, al no retirar del ordenamiento una disposición administrativa que admite una lectura conforme a las normas superiores, pero simultáneamente respetando la supremacía de los preceptos constitucionales, legales o reglamentarias , sin que en modo alguno se extralimiten los poderes del juez administrativo conforme a lo prescrito por el artículo 84 del CCA.

“La determinación que se adopta en modo alguno es arbitraria, sino que –*contrario sensu*- es la consecuencia lógica del rol del juez administrativo como *guardián de la legalidad administrativa*²¹ en la medida en que -como advierte Merlk- la justicia administrativa en su génesis fue concebida como un instrumento eficaz de fiscalización a la administración²¹ e instituida para garantizar la vinculación total positiva del ejecutivo a la ley como manifestación de la voluntad general²¹. Sobre el alcance de este control judicial de la administración, la Sala ha precisado que:
(...)

“La sentencia interpretativa que se adoptará en función del contenido del acto acusado se limitará a modular sus efectos y en lugar de retirar del ordenamiento jurídico la preceptiva administrativa demandada o de mantenerla a pesar de las observaciones de legalidad señaladas, se proferirá un pronunciamiento que alterará parcialmente su contenido y supone, de paso, que se expulsa del ordenamiento cualquier otra interpretación que admita la norma acusada, incluida –por supuesto- la esgrimida por la CREG a lo largo de este proceso.

“La decisión desde el punto de vista de su contenido que adoptará la Sala es del tipo de condicionadas que suele emplearse de antaño en el control abstracto de constitucionalidad de las leyes²¹ y que recientemente comenzó a aplicarse respecto de actos administrativos en Francia²¹.”

administrativo la condena en costas procederá "... teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes...", es decir, que corresponde al juez administrativo valorar el comportamiento de la parte del proceso, quedando en sus manos la ponderación de este aspecto²². Al final, puede resultar que la parte vencida deba pagar todas las costas, no por perder el proceso, sino porque su actitud procesal justifica que asuma sus costos; aunque también puede acontecer que la razonabilidad del derecho que disputa, no obstante ser condenada, permita absolverla de este pago.

No acontece lo mismo en el estatuto procesal civil, donde no existe discrecionalidad o arbitrio judicial para definir sobre las costas. Sencillamente, el art. 392 establece que la parte vencida en el proceso las pagará, salvo que la condena sea parcial, en cuyo evento "... el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión."²³

²² "Art. 171. CONDENA EN COSTAS. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil."

²³ Esta norma dispone: "Art. 392. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:

"1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

"Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o un amparo de pobreza, sin perjuicio artículo 73.

"2. El nuevo texto es el siguiente:> La condena se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a la condena. En la misma providencia se fijará el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación.

"3. En la sentencia de segundo grado que confirme en todas sus partes la del inferior, se condenará al recurrente en las costas de la segunda instancia.

"4. Cuando la sentencia de segundo grado revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

"5. <Numeral derogado por el artículo 44 de la Ley 1395 de 2010>

"6. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

"7. Cuando fueren dos o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

"8. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

"9. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

"10. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción."

En estos términos, la Sala encuentra que el comportamiento de la parte actora, al disputar el derecho a la adjudicación de un contrato, cuando existían reglas claras sobre la manera de evaluar las ofertas, y que las razones que adujo en el proceso no fueron suficientes para desvirtuar la presunción de legalidad -entre otras cosas- porque era evidente que no cumplía con los requisitos del pliego de condiciones, conduce a mantener la condena de la primera instancia, al igual que las de esta, por las razones expuestas.

Ahora, no es necesario acreditar el monto de estos gastos al momento de dictarse la sentencia de primera o de segunda instancia -como lo sostiene el apelante-, porque la ley procesal civil señala que su liquidación se hará cuando quede ejecutoriada la providencia, de manera que, en términos del numeral 9 del art. 392 del CPC, lo importante es que "... aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación..."

Y no queda la menor duda de que algunos gastos se causaron: basta observar en el expediente la actuación del apoderado de la entidad -entre otros conceptos e *ítems* que hacen parte de las costas-, con independencia de si fue externo o empleado de ella, pues en uno y en otro caso se incurre en erogaciones que no debió hacer el demandado, y por eso se le debe compensar el esfuerzo que hizo tras incurrir en ellos, por el sólo hecho de ser llevado a un proceso judicial que no debió iniciarse en su contra. En estos términos, la Secretaría de la Sección hará la liquidación conforme lo establece el art. 393 del CPC.²⁴

²⁴ "Art. 393. LIQUIDACION. Las costas serán liquidadas en el tribunal o juzgado de la respectiva instancia o recurso, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que las imponga o la de obediencia a lo resuelto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

"1. El secretario hará la liquidación y corresponderá al magistrado ponente o al juez aprobarla u ordenar que se rehaga.

"2. La liquidación incluirá el valor de los impuestos de timbre, los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado ponente o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

"3. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá además en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

"Sólo podrá reclamarse la fijación de agencias en derecho mediante objeción a la liquidación de costas.

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

FALLA

PRIMERO: Modifícase la sentencia proferida el 26 de agosto de 1999 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, que negó las pretensiones de la demanda, la cual quedará así:

SEGUNDO: DECLARAR que las Resoluciones No. 6121 del 29 de noviembre de 1996 y 6578 del 17 de diciembre de 1996, expedidas por la Registraduría Nacional del Estado Civil, son válidas si se entiende que se fundamentan en que ninguna de las ofertas se ajustó al pliego de condiciones, pues las razones que se apoyan en la seguridad nacional, como concepto jurídico indeterminado, no se adecuan al ordenamiento jurídico.

TERCERO: Niéganse las pretensiones de la demanda.

CUARTO: Condénase a la parte actora a pagar las costas de la primera y la segunda instancia.

Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente

"4. Elaborada por el secretario la liquidación, quedará a disposición de las partes por tres días, dentro de los cuales podrán objetarla.

"5. Si la liquidación no es objetada oportunamente, será aprobada por auto que no admite recurso alguno.

"6. Formulada objeción, el escrito quedará en la secretaría por dos días en traslado a la parte contraria; surtido éste se pasará el expediente al despacho, y el juez o magistrado resolverá si reforma la Liquidación o la aprueba sin modificaciones."

OLGA VALLE DE DE LA HOZ

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO