



CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C primero (1) de abril del dos mil dieciséis (2016).

Radicación: 25000232600020070007201 (47.145)

Actor: ARBOFARMA S.A.

Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Proceso: ACCIÓN CONTRACTUAL

Asunto: RECURSO DE APELACIÓN

Contenido: Descriptor: se confirma sentencia que niega pretensiones al no desvirtuar la presunción de legalidad sobre los actos administrativos demandados / Restrictor: Pliego de condiciones – Registro Único de Proponentes - Subsananabilidad de la propuesta en cuanto al Registro Único de Proponentes - Informes de evaluación o calificación de las ofertas y las observaciones por parte de los proponentes – Principio de buena fe contractual - Principio de selección objetiva.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante – ARBOFARMA S.A.- contra la sentencia del 16 de mayo de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C de Descongestión¹, mediante la cual se negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

El 16 de febrero de 2007², la sociedad ARBOFARMA S.A., a través de apoderado judicial, presentó demanda contra La Nación –Ministerio de la Protección Social- y señaló como litisconsorte necesario “pasivo” a SANOFI AVENTIS DE COLOMBIA S.A., con el propósito de que se declarara la nulidad de la Resolución N°05156 del 28 de diciembre de 2006, mediante la cual se adjudicó la Licitación Pública N°MPS-25-2006,

¹ Fls.234-247 del C.Ppal.

² Fls.4-27 del C. 1.



Expediente 47.145
 Actor: Arbofarma S.A
 Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

y del contrato de compraventa No.434 de 2006 celebrado entre el Ministerio de la Protección Social y SANOFI AVENTIS DE COLOMBIA S.A. En consecuencia, solicitó que se condene al reconocimiento de los siguientes perjuicios:

“CONDENATORIAS.

1.- Se condene a la entidad demandada y al contratista al pago de los perjuicios de orden material y de pérdida de oportunidad que se llegaren a demostrar dentro del presente proceso.

DAÑO MATERIAL / LUCRO CESANTE.

Se condene a los demandados a pagar a mi cliente, el valor del 100% de la utilidad “U” esperada por el contratista y derivada de la ejecución del contrato objeto del Grupo 1 de la Licitación Pública No.MPS-25-2006, tasada en \$3.797.396.460 TRES MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS SESENTA PESOS, o en su defecto en la suma que pericialmente se acredite en el curso del proceso, suma de dinero que deberá ser actualizada al momento de la condena.

DAÑO EXTRAPATRIMONIAL / PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.

Representado en la frustración a que se vio sometido mi cliente al negársele la adjudicación del Grupo 1 de la Licitación Pública No.MPS-25-2006, a pesar de la evidente ilegalidad del acto acusado, y de que la oferta presentada por la sociedad ARBOFARMA S.A. era la mejor en su Grupo, por lo cual el aspirante a contratista (sic) vio negada su real posibilidad de ser adjudicatario de una licitación (Ítem No.1), ante la expedición de un acto abiertamente ilegal; impidiéndole no solamente obtener la utilidad ya mencionada sino su acreditación de experiencia en el R.U.P. y con ello mejorar su capacidad de contratación y fama de proveedor en el suministro y distribución de medicamentos, perjuicio que estimo en cuatro mil gramos oro (4.000 grs.) o su equivalente en salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)

1. Hechos de la demanda

Que el día 9 de noviembre de 2006, mediante la Resolución No.004195, el Ministerio de la Protección Social ordenó la apertura de la Licitación No. MPS-25-2006, cuyo objeto consistió en el suministro de medicamentos empleados en el tratamiento de leishmaniasis en Colombia.

El 1 diciembre de 2006, se cerró la licitación teniendo como únicos oferentes a las sociedades ARBOFARMA S.A. y SANOFI AVENTIS DE COLOMBIA S.A.



Expediente 47.145
Actor: Arbofarma S.A
Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

Así las cosas, de acuerdo con los informes de evaluación, la sociedad Arbofarma S.A. ocupó el primer lugar en el orden de elegibilidad de la licitación, y por tanto, ha debido ser la adjudicataria del contrato para el ítem No.1, por haber presentado la propuesta con mejor puntaje, además de cumplir con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones.

El 21 de diciembre de 2006 Arbofarma S.A., le solicitó al Ministerio de la Protección Social le entregara copia de las observaciones que presentara la sociedad SANOFI AVENTIS DE COLOMBIA S.A.

El Ministerio dio respuesta a la solicitud, mediante oficio del 26 de diciembre de 2006 en forma negativa la petición elevada, aduciendo que las observaciones serian resueltas en el acto de adjudicación.

Posteriormente, *“El viernes 22 de diciembre de 2006, (víspera de navidad), a las 8:23 p.m., es decir, por fuera de cualquier horario laboral, se recibió vía fax en las dependencias de ARBOFARMA S.A., una solicitud suscrita por la Coordinadora del Grupo de Gestión Contractual del Ministerio, en la cual indicaba que [“]teniendo en cuenta las observaciones por la firma SANOFI AVENTIS DE COLOMBIA S.A., me permito solicitarle confirma (sic) el K RESIDUAL que tenía la sociedad que usted representa a la fecha de cierre de la licitación de la referencia, es decir el 1º de diciembre de 2006[“]. (...)”*.

Adicionalmente, señaló que como *“(...) si no bastara con la extraña hora y fecha en que se recibió la solicitud, en el último párrafo de la misma se concede TERMINO PERENTORIO hasta las 9:30 a.m. del 26 de diciembre de 2006 para contestar, es decir como podrán observar los H. Magistrados, en la realidad se otorgó un plazo ridículo de **HORA Y MEDIA**, para contestar lo solicitado, pues aun cuando aparentemente el plazo sería de tres días, éstos no eran hábiles por tratarse del fin de semana previo a la Navidad, y el día de Navidad, días en los cuales no se labora en la parte administrativa de mi cliente, como es fácil suponerlo por quien tenga un interés en no obtener una respuesta oportuna que era causal de rechazo en el pliego de condiciones”*.



Expediente 47.145
Actor: Arbofarma S.A
Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

Pese a lo anterior, la solicitud elevada por el Ministerio fue resuelta por parte de Arbofarma S.A. en el tiempo señalado, indicando que la capacidad de contratación residual era idéntica a la consignada en la oferta *“pues suponiendo que la observación hecha por SANOFI AVENTIS COLOMBIA S.A., se refiriera al contrato de maquila celebrado entre las partes cuatro (4) años antes, el mismo no afectaba la capacidad residual de contratación por ser un contrato de valor indeterminado, basado en el sistema de pedidos a lo largo del tiempo, y por lo tanto resultaba imposible establecer la capacidad residual de contratación (...)”*.

Es así como, el 28 de diciembre de 2006 se expidió el acto de adjudicación de la licitación por parte del Ministerio de la Protección Social, rechazando de plano la oferta presentada por la sociedad ARBOFARMA, y adjudicando el ítem No.01 a la sociedad SANOFI AVENTIS DE COLOMBIA S.A.

Para sustentar la decisión, el contratante señaló en el párrafo segundo del numeral 2. de la hoja No.16 de la Resolución No.5156 de 2006, lo siguiente: *“[“]igualmente, consideramos que el proponente **ARBOFARMA S.A.** independientemente de su obligación de registrar los contratos en la cámara de comercio, de conformidad con el artículo 5 del Decreto 92 de 1998, tenía igualmente la obligación de informar a este MINISTERIO, los contratos que para el 1 de diciembre de 1006 (sic) estuvieran en ejecución y según la certificación expedida por el Revisor Fiscal (Price WaterHouse Coopers) de Sanofi Aventi de Colombia S.A. la sociedad **ARBOFARMA S.A.** tenía en ejecución a esa fecha un contrato de maquila por valor de \$9'421.730,00[”]*

Frente al argumento expuesto, Arbofarma S.A. consideró primero que, la norma invocada, esto es, el Decreto 92 de 1998, en ningún momento establece el deber de registrar los contratos en la Cámara de Comercio. Por el contrario, el Decreto 393 de 2002 consagra la obligación de que en el Registro Único Empresarial se relacionen todos los contratos de ejecución, *“lo cual en principio permitiría suponer que le asistiría razón al Ministerio y a la Cámara de Comercio en cuanto a que un contrato sin valor determinado, de tracto sucesivo mediante el sistema de pedidos, debería relacionarse para efectos de establecer la capacidad residual de contratación”*.



Expediente 47.145
Actor: Arbofarma S.A
Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

No obstante, la misma disposición establece que en el caso de los contratos en ejecución, se debe expresar su valor en términos de S.M.L.V. a la fecha de inscripción, es por esto, que mal podría relacionarse un contrato que no tiene valor y este no puede ser determinado, por cuanto dicha relación sería inocua para efectos de establecer la capacidad residual del contratista. Es por esto, que resultaba innecesario manifestar su existencia al contratante.

En segundo lugar, arguye que el Ministerio de la Protección Social usa como sustento de su decisión el informe expedido por el revisor fiscal de Sanofi Aventis de Colombia S.A., hecho que a todas luces es violatorio de los derechos de Arbofarma, ya que en ningún momento el revisor afirmó o certificó la existencia de un contrato de maquila por \$9'421.730.00, *“sino que tal afirmación es producto de la imaginación de los servidores públicos a cargo del proceso licitatorio (grupo evaluador), toda vez que la certificación del revisor fiscal por dicho valor indica que en virtud de un contrato de maquila de fecha 14 de septiembre de 2006 de renovación automática, suscrito entre SANOFI AVENTIS DE COLOMBIA S.A. y laboratorio ARBOFARMA S.A. “se han causado las siguientes sumas: 2. \$9.471.730 (sic) por el periodo comprendido entre el 16 de septiembre de 2006 y hasta la fecha de la presente certificación”.*”

De acuerdo a lo anterior, el apoderado de la parte actora señala que no hubo razones válidas para haber rechazado su propuesta.

Finalmente, señala que el día 28 de diciembre de 2006, se celebró el contrato de compraventa No.434 de 2006, con la sociedad SANOFI- AVENTIS DE COLOMBIA S.A., por valor de \$5.754.225.600,00, para el ítem No.01.

2. El trámite procesal

El 9 de marzo de 2007³, se admitió la demanda por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca; notificados los demandados, precedieron a contestar la demanda mediante escritos de fecha 28 de noviembre y 3 de diciembre de 2007⁴.

³ Fl.30 del Cuaderno 1.

⁴ Fls.48-100 del Cuaderno 1.



Expediente 47.145
Actor: Arbofarma S.A
Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

El Ministerio de la Protección Social, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, señalando frente a los hechos que unos son ciertos, otros lo son parcialmente y los demás no lo son.

Por su parte, Sanofi Aventis de Colombia S.A. señaló que se opone a las pretensiones, frente a los hechos manifestando que unos son ciertos, los demás son parcialmente ciertos y los demás no le constan. Propone como excepciones “caducidad de la acción”, “indebida selección de la acción para demanda”, “indebida acumulación de pretensiones”, “inexistencia de falsa de motivación en la Resolución No.005156, por medio de la cual se adjudicó la Licitación No.MPS-25-2006, y “Obligación legal de Registro de los Contratos en Ejecución”⁵.

Después de decretar y practicar pruebas⁶, se corrió traslado⁷ a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que fue aprovechada por las partes⁸.

El Ministerio Público guardó silencio.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En providencia del 16 de mayo de 2012⁹ el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección tercera, Subsección “C”, negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta los argumentos que se esbozarán a continuación:

1. Razones de la mayoría

⁵ Frente a las excepciones planteadas por el demandado –Sanofi Aventis de Colombia S.A.-, “caducidad de la acción”, “indebida selección de la acción para demanda”, “indebida acumulación de pretensiones”, e “inexistencia de falta de motivación en la Resolución No.005156, por medio de la cual se adjudica la Licitación No.MPS-25-2006”, el apoderado de la parte demandante se pronunció al respecto, mediante escrito de fecha 18 de diciembre de 2007 (Fl.105-111 del C.1)

⁶ Fls. 113-114 y 119-121 del Cuaderno 1.

⁷ Fl. 195 del Cuaderno 1.

⁸ Fls.206 a 208 – 210 a 232 C.1

⁹ Fls. 234-247 del Cuaderno Principal



Expediente 47.145
Actor: Arbofarma S.A
Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

De los argumentos expuestos por las partes, el fallador de primera instancia, previo al estudio del caso en concreto, optó por pronunciarse respecto de las excepciones propuestas por el demandado.

En ese orden, se refirió en primer término a lo relacionado con la excepción de caducidad de la acción, señalando que de acuerdo con las pretensiones de la demanda se reclama la nulidad de la Resolución No.5156 de 2006 mediante la cual el Ministerio de la Protección Social adjudicó el ítem No.01 de la licitación pública No.MPS-25-2006 al proponente SANOFI AVENTIS DE COLOMBIA S.A., y la nulidad del contrato de compraventa No.434 de 2006 celebrado entre el Ministerio de la Protección Social y la firma SANOFI AVENTIS DE COLOMBIA S.A.

De manera que, si el contrato de compraventa se celebró el 28 de diciembre de 2006, el término para presentar la acción era entre el 29 de diciembre de 2006 y el 29 de diciembre de 2008, siendo presentada la demanda el 16 de febrero de 2007, de donde se colige que el accionante se encontraba en término para hacerlo.

Seguidamente, el Tribunal analizó las pretensiones de la demanda así:

1. Frente al cargo de falsa motivación de la Resolución No.5156 del 28 de diciembre de 2006, mediante la cual el Ministerio de Protección Social adjudicó el ítem No.1 de la Licitación Pública No.MPS-25-2006 al proponente SANOFI AVENTIS DE COLOMBIA S.A., el A quo encontró que de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 92 de 1998 que reglamenta la clasificación y calificación en el registro único de proponentes, es obligación de las entidades estatales exigir a todos los proponentes su capacidad residual de contratación; por su parte, el artículo 5 consagra que la información que debe reportar en el formulario único de registro empresarial comprende todos los contratos en ejecución, si los tuviere.

De manera que, para determinar la capacidad residual es necesario tener en cuenta la totalidad de los contratos en ejecución del oferente a la presentación de la propuesta,



Expediente 47.145
Actor: Arbofarma S.A
Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

independientemente de si estos deben o no registrarse, por su naturaleza, forma de ejecución y magnitud.

Así las cosas, el Tribunal concluyó que los artículos 1 y 50 del Decreto 92 de 1998 si son aplicables al contrato de maquila celebrado entre la forma Arbofarma S.A. y Sanofi Aventis de Colombia S.A., *“por lo tanto el valor total de lo ejecutado a 1º de diciembre de 2006 dentro del mismo si podía deducirse de la capacidad de contratación de ARBOFARMA para determinar la capacidad de contratación de este oferente, como procedió el MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL dentro de la licitación pública NO.MP-25-2006 (sic)”*.

2. Frente al supuesto desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa invocados por el demandante, el Tribunal encontró que ni la Ley ni el pliego de condiciones de la licitación pública No. MPS- 25-2006 establecían un término para que lo oferentes conocieran y controvirtieran las observaciones a los informes de evaluación presentados por los demás proponentes dentro del proceso de selección del contratista previo a la adjudicación. De manera que, si bien el estatuto de contratación pública establece que las propuestas, los informes y los conceptos pueden ser conocidos por los proponentes, esta omisión no constituye violación a los derechos de contradicción y defensa del demandante.

3. En cuanto a la violación de la regla de derecho de fondo, por el desconocimiento de los artículos 6, 23, 29, 209 y 230 de la Constitución Política y los artículos 23, 24 numeral 3 y 4; artículo 26 numeral 4, y el artículo 44 numeral 4 de la Ley 80 de 1993, el Juzgador de primera instancia señaló que ninguna de estas normas consagró la obligación de surtir traslado a los proponentes de las observaciones presentadas por los demás proponentes.

Finalmente, el A quo sostuvo que la demandante no probó haber allegado la mejor propuesta a la licitación pública No. MPS- 25-2006, como quiera que no arrimó al proceso la oferta presentada por ella y la de los demás oferentes. Como consecuencia de lo anterior, no realiza ningún pronunciamiento frente a la solicitud de declaratoria de



Expediente 47.145
Actor: Arbofarma S.A
Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

nulidad del contrato de compraventa No.434 de 2006 celebrado entre el Ministerio de la Protección Social y Sanofi Aventis de Colombia.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto y estando dentro del término legal para hacerlo, la parte demandante interpuso recurso de apelación¹⁰, solicitando que se revoque totalmente la providencia recurrida, con base en los siguientes argumentos:

Primeramente, señala que el A quo no realizó un análisis de fondo del caso concreto, ya que se limitó a transcribir lo manifestado por la parte demandada, sin hacer un análisis argumentativo. Para sustentar su posición, recurrió a la jurisprudencia constitucional en materia de acción de tutela contra sentencia judicial, concluyendo que en el presente caso es dable afirmar que la sentencia objeto de impugnación adolece de defecto fáctico y defecto material o sustantivo, pues la apreciación y valoración del caso por el Juez de instancia está alejado de la realidad fáctica y no encuentra respaldo en las normas superiores y en los principios aplicables.

Con base en lo anterior, el recurrente se pronunció sobre cada uno de los tres aspectos fundamentales del fallo impugnado:

1. Capacidad residual: inicialmente relata que la propuesta de Arbofarma fue rechazada por el Ministerio de la Protección Social por presentar capacidad residual de contratación inferior al monto de la oferta, usando como base de su afirmación una certificación expedida por el revisor fiscal de Sanofi Aventis de Colombia. De esta manera, el contratante consideró incumplida la obligación del artículo 1º del Decreto 92 de 1998.

Manifestó además que, *“el Honorable Tribunal cayó en la trampa elaborada por Sanofi Aventis, consistente en centrar el debate jurídico en torno a sí, de acuerdo con el tenor literal de la norma citada, TODOS LOS CONTRATOS EN EJECUCION debían*

¹⁰ Fls. 245 a 264 del Cuaderno Principal.



Expediente 47.145
Actor: Arbofarma S.A
Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

informarse, y no en lo sustancial del mismo, consistente en si ARBOFARMA tenía o no capacidad residual de contratación suficiente ni en la manera absolutamente irregular como se llegó a la conclusión de que no la tenía”.

Así las cosas, señaló que de acuerdo con el Decreto 92 de 1998 lo sustancial para establecer la capacidad residual de contratación es el valor de los contratos en ejecución, el cual se resta de la capacidad de contratación obtenida al momento de la clasificación y calificación en el RUP. En consecuencia, si un proponente tiene contratos en ejecución pero su valor no es determinado o determinable, tal información o inscripción resulta totalmente inocua para efectos de obtener la capacidad residual de contratación.

Por lo tanto, insiste en el hecho de que la exigencia legal de que todos los contratos deben reportarse, no puede ser entendido exegéticamente, sino que debe buscarse el fin perseguido por el legislador *“cual es el de establecer cuanto de su capacidad administrativa, operativa y financiera tiene comprometida un proponente para garantizar la adecuada ejecución de un contrato, y no la de saber cuántos contratos tiene”.*

Precisado lo anterior, el recurrente pasa a hacer un análisis de la capacidad residual de Arbofarma para la época de presentación de la propuesta, de allí que señale que tenía un Kr de \$4.993.414.080 y presentó una oferta por valor de \$4.993.414.063, es decir, 17 pesos inferior al Kr, con lo cual cumplió el requisito de Ley.

Indicó que posteriormente a la presentación de la oferta, el revisor fiscal de Sanofi Aventis expidió una certificación en la que afirmó que en virtud del contrato celebrado entre Arbofarma y Sanofi, en un periodo determinado (septiembre y diciembre de 2006), se habían causado las sumas de \$9.471.730, documento que nunca pudo ser controvertido por el demandante.

Adicionalmente está el hecho, de que el revisor nunca afirmó que existiera un contrato de maquila por valor de \$9.471.730 al momento del cierre de la licitación, pese a lo cual, el Ministerio lo usó como argumento en la Resolución No.5156 de 2006 mediante



Expediente 47.145
Actor: Arbofarma S.A
Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

la cual adjudicó el contrato, careciendo de veracidad lo allí afirmado y configurándose así una falsa motivación del acto administrativo.

Insistió, que *“la discusión no es sobre la existencia de un contrato de maquila en ejecución desde el 2002, o si este ha debido reportarse al RUP y al Ministerio de la Protección Social, sino que se trata de establecer si existía legalmente la posibilidad de que este afectase la Capacidad Residual de Contratación con base en el tenor de una certificación expedida por el Revisor Fiscal de la propia adjudicataria que ni siquiera decía lo que al Ministerio le vino la gana interpretar”*.

2. Violación a los principios de transparencia, defensa y petición: señaló el recurrente que la sociedad Arbofarma solicitó al Ministerio de la Protección Social copia de las observaciones presentadas por Sanofi Aventis de Colombia, y no que se diera respuesta a las mismas como lo entendió el Tribunal de instancia, encontrando la negativa de la entidad para expedir las copias, esta circunstancia en su criterio evidencia la violación de los principios invocados.

Sumado a lo anterior, se encuentra el hecho que contrario a lo dicho por el Tribunal la Ley si fija un término para que los interesados conozcan las observaciones a los informes de evaluación presentadas por los proponentes.

Entonces, debido a la negativa de la entidad a expedir las copias solicitadas, Arbofarma no pudo conocer el contenido de las observaciones presentadas por el otro proponente, siendo sorprendido a las 8:23 pm del día 22 de diciembre de 2006 con la solicitud de que debía ratificar la capacidad residual de contratación, sin aportar lo dicho por Sanofi Aventis, y por lo cual se le otorgó hasta el 26 de diciembre de 2006 para dicho efecto.

En suma, según el apelante el demandante nunca conoció la observación presentada por Sanofi de manera previa a la adjudicación, como erradamente lo afirma el Tribunal, quebrantándose así el derecho de contratación que le asistía.



Expediente 47.145
Actor: Arbofarma S.A
Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

3. Solicitud de pruebas en segunda instancia: señaló el A quo en su sentencia que independientemente de la ausencia de vicios en la resolución demandada, las pretensiones estaban llamadas a fracasar, ya que el demandante no logró demostrar que su propuesta era la mejor.

Al respecto, el libelista consideró que en el expediente reposa el informe de evaluación realizado por el Ministerio de Protección Social, del cual se infiere que efectivamente Arbofarma era la mejor propuesta. No obstante, solicitó se decrete de oficio la práctica de unas pruebas pedidas y decretadas en primera instancia, pero que no fueron aportadas al plenario.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En concepto No. 222 del 12 de agosto 2013¹¹, el Ministerio Público solicitó se confirme la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, al considerar que los cargos de ilegalidad que se imputan contra el acto administrativo de adjudicación no se encuentran llamados a prosperar, ya que el pliego de condiciones de la licitación pública adelantada por el Ministerio de la Protección Social fue claro en señalar como requisito indispensable que los proponentes debían tener una capacidad residual de contratación igual o superior al valor de su propuesta, precisando la forma como se establecería dicha capacidad.

Adicionalmente, exigió que la propuesta debía acompañarse de varios documentos los cuales podían ser objeto de verificación por parte de la entidad licitante, dentro de los cuales se encontraba “la carta de presentación de la propuesta” que debía indicar la declaración del K residual de contratación. Igualmente, se estableció de manera clara y concreta lo eventos en los cuales procedía el rechazo de las ofertas, dentro de los

¹¹ Fls.290 a 310 del Cuaderno Principal.



Expediente 47.145
Actor: Arbofarma S.A
Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

cuales se encontraba el hecho de que la propuesta fuera superior al K residual del proponente.

Teniendo en cuenta lo anterior, la vista pública manifestó que para el caso concreto el contrato de maquila celebrado entre Arbofarma y Sanofi Aventis de Colombia, por encontrarse en ejecución al momento del cierre de la licitación adelantada por el Ministerio de la Protección Social, debió reportarse y deducir su valor de la capacidad residual de Arbofarma, para así poder determinar la verdadera capacidad de contratación. Es por esto, que consideró que la negativa del contratante de adjudicarle el contrato a la sociedad aquí demandante fue correcta.

Frente al supuesto desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa aducido por el accionante, el Ministerio consideró que carece de total sustento jurídico por cuanto la entidad demandada, s{i dio respuesta a lo solicitado por el oferente mediante comunicación del 26 de diciembre de 2006 y segundo, porque previo a expedir el acto de adjudicación Arbofarma fue requerido para que explicara y aclarara lo relacionado con el K residual, hechos que evidencian que no hubo violación alguna de sus derechos.

Mediante auto del 21 de septiembre de 2015, esta Corporación resolvió la solicitud de pruebas elevada por el recurrente en su escrito de apelación, ordenando oficiar al Ministerio de la Protección Social para que remitiera copia auténtica de los documentos solicitados¹²; el cual mediante escrito del 27 de noviembre de 2015 allegó copia del contrato No.434 de 2006, licitación 25 de 2006 carpeta No.5, licitación 25 de 2006 carpeta No.4, licitación 25 de 2006 carpeta No.3, licitación 25 de 2006 carpeta No.2 y licitación 25 de 2006 carpeta No.1¹³.

Así pues, no advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar las alzadas previas las siguientes:

V. CONSIDERACIONES

¹² Fls.312 a 314 C.Ppal.

¹³ Fl.319 C.Ppal.



Expediente 47.145
Actor: Arbofarma S.A
Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por la parte actora, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión así: **1)** Pliego de condiciones; **2)** Registro Único de Proponentes; **3)** Subsanción de la propuesta en cuanto al Registro Único de Proponentes; **4)** Informes de evaluación o calificación de las ofertas y las observaciones por parte de los proponentes; **5)** Principio de buena fe contractual; **6)** Principio de selección objetiva; y **7)** El caso concreto.

1. Pliego de condiciones¹⁴.

El pliego de condiciones se erige en uno de los conjuntos normativos que gobierna las licitaciones públicas y “*constituyen un todo lógico y sistemático conformado por reglas objetivas definidas a partir del objeto del proyecto consolidado por la administración y de las necesidades reales de la comunidad*”¹⁵, quedando por consiguiente las entidades estatales y los proponentes participantes sometidos imperativamente a él, en virtud de lo contemplado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

Así las cosas, los pliegos de condiciones ostentan una doble naturaleza jurídica, pues de una parte y previamente a la adjudicación del contrato, se constituye en un acto administrativo de carácter general que rige el proceso de selección del contratista y sus reglas son de obligatorio cumplimiento para la administración y para los oferentes o posibles interesados que acudan a éste y, de otra parte, una vez celebrado el contrato se convierte en el marco jurídico o conjunto de reglas que determina el contenido y alcance del negocio jurídico a celebrarlo¹⁶.

Sobre la doble naturaleza de los pliegos, la doctrina ha dicho lo siguiente:

¹⁴ Reiteración de la jurisprudencia Consejo de Estado del 13 de febrero de 2015, Exp: 30.161 y del 11 de mayo de 2015, Exp: 34.510 y Exp: 31915.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de abril de 2006, Exp. 16.041.



Expediente 47.145
Actor: Arbofarma S.A

Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

“(...) Los pliegos, términos de referencia o solicitudes de oferta comparten una doble naturaleza administrativa, según la perspectiva de su ámbito de aplicación. En primer lugar, constituyen verdaderos actos administrativos de carácter general, de obligatorio cumplimiento para la administración y los proponentes, dentro de los procedimientos de escogencia correspondientes. En segundo lugar, una vez escogido el contratista, y en la medida en que se consideren parte integrante del contrato a celebrarse, su contenido normativo constituirá el marco de condiciones básico para la interpretación y aplicación del contrato; de ahí que se sostenga su naturaleza de instrumento generador de regulaciones concretas y específicas respecto del contrato, su ejecución y liquidación⁶¹” (...)

Componente importante de los pliegos, términos de referencia o solicitudes de oferta es el que se relaciona con el establecimiento de factores y demás reglas pertinentes para permitir ofrecimientos coherentes dentro del respectivo procedimiento de escogencia de contratistas. Según el literal b del 24.5 de la Ley 80 de 1993, las variables que se deben utilizar para la escogencia de contratistas, que necesariamente deben ser el producto de toda la experiencia decantada en el proceso de planeación y fundamentalmente a partir del proyecto definido en este proceso, deben quedar expresas en estos documentos básicos del contrato estatal. Según la disposición enunciada, en los pliegos de condiciones o términos de referencia “Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso. (...)

A más de la garantía de objetividad de las reglas y variables incorporadas en estos documentos, el legislador exige que las mismas sean: claras, es decir, no generen dudas o discusiones profundas sobre el alcance de la misma; completas, en el sentido de que su proposición debe comprender la totalidad de los aspectos formal y esencialmente indispensables para identificar la idea o el propósito de la administración con la existencia de la regla o de la norma correspondiente; por último, debe tratarse de disposiciones justas, esto es, conformes con el ordenamiento jurídico y sin la virtualidad de atentar contra los derechos fundamentales de los participantes en el proceso de escogencia, obligándolos incluso a cumplir exigencias que atenten contra su dignidad, su patrimonio o los derechos adquiridos con justo título. (...)

En este sentido y para efectos de establecer la base legal de la participación dentro del correspondiente procedimiento de escogencia de contratistas, se deben indicar “... los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección...”, esto es, los requerimientos en realidad necesarios para que quien desee ofrecer sus bienes o servicios a la entidad estatal lo haga en condiciones de igualdad con todos y cada uno de los sujetos que en el tráfico jurídico ordinario pueden ofrecer dichos bienes o servicios. Sería reprochable, desde cualquier punto de vista, que se incorporaran en los pliegos requisitos violatorios del principio de igualdad o de interpretación subjetiva, que pudieran dar lugar a frustrar la participación dentro del proceso de escogencia de uno o varios posibles proponentes (lit. a art. 24.5 Ley 80 de 1993).”¹⁸

¹⁷ José Roberto Dromi. La licitación pública, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1997, p. 92: el pliego de condiciones “... constituye en realidad la ley de la licitación, y en consecuencia la ley del contrato, toda vez que en él se especifica el objeto de la contratación y se prescriben los derechos y obligaciones del licitante y los licitadores, y luego los del Estado y su co-contratante o adjudicatario de aquella...”.

¹⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando - Tratado de Derecho Administrativo- Tomo IV. Ed. Universidad Externado de Colombia



Expediente 47.145

Actor: Arbofarma S.A

Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

Ahora bien, teniendo en cuenta el carácter vinculante de los pliegos de condiciones dentro del proceso de selección, es evidente que para que los proponentes u oferentes se vean favorecidos con la selección de sus propuestas deben dar estricto cumplimiento a las reglas y requisitos allí previstos, so pena de que al no cumplirlos la entidad se vea obligada a rechazar o eliminar las ofertas presentadas.

El desconocimiento de sus preceptos implica la transgresión de una normatividad vinculante y por ende cualquier acto administrativo que lo viole queda maculado con el vicio de nulidad. Así lo ha referido la doctrina:

“El desconocimiento de las reglas de construcción de los pliegos o términos de referencia tiene expresa sanción en el inciso final del artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993, a través de la figura de la ineficacia de pleno derecho, que prácticamente hace inaplicables las cláusulas de los pliegos, términos de referencia, o integralmente todos ellos, cuando se violen las reglas que hemos explicado en este capítulo; se trata de una sanción que debe ser impuesta, directamente, por los responsables de la contratación, sin necesidad de intervención de autoridad jurisdiccional alguna. En caso de que la autoridad sea renuente a declarar ineficaz de pleno derecho el pliego o alguna parte del mismo, conforme a lo dispuesto en el inciso 2.º del artículo 87 del CCA, es procedente el inicio de una acción de nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa⁶⁴¹⁹ .

No obstante lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dado algunas pautas interpretativas en torno al entendimiento de las nulidades de los pliegos; al respecto ha sostenido:

Empero, ninguna de las irregularidades que revela el expediente sobre el mero trámite de esa licitación alcanza a ser un verdadero vicio que afecte su validez. Ya en otras ocasiones la Sala ha dicho que no toda irregularidad, falla o tropiezo en que la administración incurra cuando adelanta los procedimientos administrativos, y la licitación lo es, sirve para sustentar la invalidez del acto que culmina la actuación. Se precisa que esa irregularidad afecte de manera ostensible el derecho de defensa, o, para el caso de la actuación contractual, el principio de selección objetiva. La Sala, para discernir si una determinada irregularidad, no tipificada como causal de nulidad por el procedimiento especial donde se haya producido el acto cuestionado, alcanza realmente a ser vicio suficiente que afecte la validez del acto debe preguntarse si de no haberse presentado la falencia o el yerro otra hubiere sido la decisión administrativa, y en caso afirmativo podría pensarse que, en efecto, se impone la nulidad del acto. Pero sí, para las actuaciones precontractuales, a pesar de las irregularidades, la selección fue objetiva y el mejor postor fue el escogido, el acto de adjudicación debe salir avante...⁶⁵²⁰ .²¹

¹⁹ “Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados (...)”.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 6 de noviembre de 1998, Exp. 11324.

²¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando - Tratado de Derecho Administrativo- Tomo IV. Ed. Universidad Externado de Colombia



Expediente 47.145
 Actor: Arbofarma S.A
 Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

En efecto, como desarrollo, entre otros, del principio de transparencia se impone que la escogencia de los contratistas esté precedida de un conjunto de reglas que rijan todo el proceso de selección y adjudicación, así como todo lo atinente al contrato que se proyecta celebrar, de tal suerte que queden definidos de antemano y de manera clara y objetiva todos los aspectos jurídicos, técnicos, económicos y financieros del negocio jurídico cuya celebración se persigue, conjunto de reglas que se contienen precisamente en el pliego de condiciones y por consiguiente este se constituye en una regulación que cobija imperativamente a todo el *iter* contractual²².

2. Registro Único de Proponentes.

Sea lo primero señalar que en desarrollo del principio de planeación que rige la contratación, se exige a los aspirantes a contratistas del Estado que cumplan ciertas obligaciones perentorias e imperativas para quedar habilitados y ser aptos para participar en los procesos de contratación estatal, requisitos que deben ser verificados dentro de los procesos de selección por las autoridades, con el fin de dar pleno cumplimiento a los principios de legalidad y transparencia²³.

Entre los principales requerimientos de esta naturaleza, se encuentra el Registro Único de Proponentes a cargo de las Cámaras de Comercio²⁴ previsto en el artículo 22 de la Ley 80 de 1993, norma vigente para la época de los hechos, la cual sustituyó el registro de proponentes que llevaban las entidades estatales y donde debían inscribirse todas las personas que aspiraran a celebrar contratos estatales, en los siguientes términos:

²² Ver CONSEJO DE ESTADO Sentencias del 22 de mayo de 2013 y 12 de febrero de 2014. Exps. 25592 y 25751 respectivamente.

²³ SANTOFIMIO. Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV. Pendiente de publicación.

²⁴ (...) las diferencias más significativas con el régimen anterior pueden resumirse en que el registro es único, vale decir, la inscripción tiene valor ante todas las entidades del Estado; la función se le asignó a las Cámaras de Comercio, su temporalidad se redujo a un año y de manera expresa se ordena la cancelación del registro con "previa audiencia del afectado", cuando se demuestre que "el inscrito de mala fe presentó documentos o informaciones para la inscripción, calificación o clasificación que no correspondan a la realidad", quedando en tal caso inhabilitado para contratar con las entidades estatales por el término de diez (10) años, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar (art. 22.6 ley 80 de 1993). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, 28 de noviembre de 2002, radicación: 25000-23-26-000-1992-2602-01(14040).



Expediente 47.145
 Actor: Arbofarma S.A
 Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

“ARTICULO 22. DE LOS REGISTROS DE PROPONENTES. 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. (...)”²⁵

De acuerdo con lo anterior, la Administración Pública a través del Registro Único de Proponentes, busca determinar la idoneidad y capacidad de contratación del proponente (capacidad máxima y residual) desde el punto de vista técnico, operativo, financiero y la experticia con la que este cuenta para la ejecución de un contrato de obra o de prestación de un servicio, que minimice los riesgos de la futura contratación cuyo fin último es alcanzar el cumplimiento de los fines del Estado.

De esta manera, el legislador previó un mecanismo que le permitiera a las entidades estatales contar con la información necesaria para así poder determinar si un proponente podía o no participar en el proceso de selección; sin embargo, esta circunstancia no excluía la posibilidad de que *“cada entidad elaborara sus propios requisitos para calificar las ofertas en los correspondientes pliegos de condiciones”*²⁶.

Es así como se pretendió reducir el riesgo de manipulación de la información por parte de las entidades, cuando estas tenían a su cargo el registro de los proponentes *“habilitando por esa vía a quienes probablemente no cumplen con los requisitos mínimos; sobre todo por el hecho de que el registro de proponentes se convertía en un derecho de entrada para participar, porque, como bien lo expuso el legislador, la entidad estatal estaría en la obligación de establecer los criterios de selección en los respectivos pliegos de condiciones”*²⁷.

Ahora bien, precisado lo anterior la Sala estima necesario poner de presente, que de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 80 de 1993, el Registro Único de Proponentes trae consigo las siguientes consideraciones²⁸:

²⁵ Artículo 22 Ley 80 de 1993.

²⁶ MALLANA, Camacho. Ernesto. Manual de contratación de la administración pública. Reforma de la Ley 80 de 1993. Universidad Externado de Colombia. Segunda edición. Bogotá 2009. Pág. 234.

²⁷ Ibídem. Pág. 235.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 12 de febrero de 2014. Exp: 31.753.



Expediente 47.145

Actor: Arbofarma S.A

Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

“i) El Registro Único de Proponentes se erigió inicialmente como prueba válida de la calificación de la capacidad máxima de contratación (conocida como K)²⁹, la cual se debía establecer por el mismo solicitante -con fundamento en un sistema de autodeclaración, autoclasificación y autocalificación- puesto que le correspondía suministrar su propia información y calificación al Registro Único, con base en “la declaración de renta y en el último balance comercial con sus anexos”.

ii) De acuerdo con la Ley 80, la capacidad máxima de contratación (K) fue establecida como un requisito de habilitación para contratar, esto es que se definió una fórmula con arreglo a la cual el solicitante calculaba los puntajes de calificación y capacidad de contratación en las distintas actividades que eran objeto del registro; pero, por otra parte, dentro de la libertad de estructuración de los Pliegos de Condiciones se permitió que, según las características de cada procedimiento, en el respectivo Pliego de Condiciones la entidad contratante estableciera requisitos financieros específicos como factores de calificación.

iii) De acuerdo con el numeral 22.3, la citada Ley 80 dispuso que la entidad contratante debía reservarse la facultad de verificar la información contenida en el certificado expedido por la respectiva Cámara de Comercio y en el formulario de calificación correspondiente, por manera que el análisis de la información financiera no recayó en las Cámaras de Comercio, las cuales cumplían con un registro sólo para fines informativos o de publicidad, para efectos de la capacidad de contratación”.

Conforme con lo anterior, es dable concluir que el Registro Único de Proponentes tiene dos connotaciones, la primera de ellas, es constituirse como un requisito habilitante para efectos de determinar si la persona puede participar en el proceso o si por el contrario hay lugar a rechazar la propuesta (requisito jurídico), y el segundo lugar, como factor calificadorio que otorga puntuación en un proceso de selección.

Ahora bien, vale la pena resaltar que la entidad estatal tenía la facultad de verificación de la información suministrada por el proponente de acuerdo con lo establecido en la Ley 80 de 1993, vigente para el momento de los hechos, es por esto, que resultaba totalmente ajustado a derecho exigir a los proponentes la presentación de documentos que demostraran la veracidad de sus afirmaciones.

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de noviembre de 2002, radicación: 25000-23-26-000-1992-2602-01(14040).

“El registro de proponentes constituye, por regla general, un requisito previo para la contratación con el Estado. Su formación se traduce en la certificación de la capacidad de las personas inscritas para poder contratar, en tanto la inscripción las habilita para participar en las licitaciones o concursos y celebrar contratos con la administración pública, respecto al tipo de contratos en los que la ley lo exige.”

La inscripción y calificación en el registro de proponentes es un acto administrativo como lo es también su cancelación, y por consiguiente, está sometida a los mecanismos de control de legalidad de la actividad administrativa, esto es, tanto a los recursos de la vía gubernativa como a las acciones judiciales.”



Expediente 47.145
Actor: Arbofarma S.A
Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

Por otra parte, con relación a la información contenida en el Registro Único de Proponentes, el Decreto 856 de 1994 “Por el cual se reglamenta el funcionamiento del registro de proponentes en las Cámaras de Comercio” y el Decreto 92 de 1998 “Por el cual se reglamenta la clasificación y calificación en el registro único de proponentes y se dictan otras disposiciones”, establecieron unos presupuestos para que el proponente se inscribiera, clasificara y calificara en el registro.

Es así como, la información contenida en el registro proviene de dos fuentes, la primera de ellas, la suministrada por el propio proponente³⁰, y la segunda, la proporcionada por las entidades estatales, quienes tienen el deber de informar los contratos celebrados, ejecutados o en ejecución; así como las multas y sanciones impuestas³¹.

Sobre la información suministrada por el proponente para que se incluya en el registro, el Decreto 92 de 1998 señala que en la clasificación debe indicarse la actividad en que se inscribe (constructores, consultores, proveedores, etc.) y la o las especialidades y grupos que corresponden dentro de cada actividad. Igualmente establece que es necesario se refiera, lo estrictamente facturado por la persona, cualquiera sea el valor y concepto³².

En conclusión, es deber de la persona que quiere participar en un proceso de selección adelantado por un ente estatal, encontrarse registrado en el Registro Único de Proponentes, en donde debe consignar la información de **todos los contratos ejecutados y en ejecución**, para así poder determinar, entre otros, la capacidad máxima de contratación y la residual del oferente, para que de esta manera la Administración seleccione de forma objetiva el mejor ofrecimiento, esto es, a quien cumpla con los más altos requisitos exigidos para la ejecución del objeto contractual, no hacer lo indicado, significa vulnerar los principios constitucionales y legales que rigen la contratación del Estado.

3. Subsanción de la propuesta en cuanto al Registro Único de Proponentes

³⁰ Artículo 2 Decreto 92 de 1998.

³¹ Artículo 12 Decreto 856 de 1994.

³² Artículo 3 Decreto 92 de 1998.



*Expediente 47.145
Actor: Arbofarma S.A
Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social*

La subsanación de las ofertas presentadas en el marco de un proceso contractual adelantado por una entidad pública, implica revisar el alcance de la palabra subsanar y de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, este debe entenderse como reparar o remediar un defecto.

Lo anterior significa, que en el plano de la contratación estatal la subsanación de las ofertas, se encuentra circunscrita o limitada a la posibilidad que tiene un proponente de remediar un defecto o error de su propuesta, siendo por lo tanto incorrecto entender que esta facultad le confiere a este, el derecho de aportar nuevos documentos que modifiquen o mejoren la oferta inicial, puesto que bajo esta consideración se estaría violando el derecho de igualdad, poniendo en desventaja a los demás participantes.

En el marco antes referido, la jurisprudencia de esta Corporación ha analizado algunos supuestos en que hay lugar a subsanar los vicios o las falencias de una propuesta presentada ante una entidad en el escenario de un proceso de selección contractual, estableciendo reglas y subreglas ilustrativas para las entidades estatales y el operador jurídico³³. De manera que, las reglas señaladas por el precedente no son las únicas y por lo tanto, no se constituyen en una camisa de fuerza para el análisis de casos posteriores, en donde se debe estudiar y determinar con base en las especiales circunstancias del caso, si hay lugar o no a la subsanabilidad.

Es así como, el asunto sometido a consideración de esta Sala como es el Registro Único de Proponente, se resolverá bajo la siguiente regla y subreglas:

1. Regla: Al momento de presentación de la propuesta, el oferente debe acreditar que se encuentra inscrito en el Registro Único de Proponentes y que todos los contratos ejecutados y en ejecución se encuentran reportados y registrados, independientemente de su cuantía, para de esta manera quedar habilitado y que su propuesta pueda ser evaluada.

³³ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 29 de julio de 2015. Exp: 40.660.



Expediente 47.145
Actor: Arbofarma S.A
Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

2. Subreglas:

2.1. El proponente puede subsanar su oferta si no aportó el Certificado del Registro Único de Proponentes de la Cámara de Comercio, siempre y cuando su inscripción se haya realizado previamente a la presentación de la propuesta.

2.2. No es subsanable, el hecho de no estar inscrito en el Registro Único de Proponentes al momento de la presentación de la propuesta.

2.3. No se puede subsanar la falta de actualización de la información del Registro Único de Proponente que se anexa a la propuesta. La entidad contratante deberá evaluar cada propuesta de acuerdo con lo registrado en el RUP al momento de su presentación, siendo inadmisibles que posteriormente al cierre de la licitación se corrija o se enmiende la información contenida en este registro.

2.4. Las entidades contratantes cuentan con amplias facultades para verificar y corroborar la veracidad y la consistencia de información presentada por los proponentes, es decir, que se puede verificar válidamente la información que cada oferente hubiere consignado en el Registro Único de Proponentes (Criterio aplicado en vigencia del inciso 2º del 22.3 del artículo 22³⁴ de la Ley 80 de 1993).

Con fundamento en los anteriores criterios, la Sala estudiará el caso sometido a consideración, para así poder determinar si el hecho de que el accionante no registrara un contrato de maquila que estaba vigente al momento de la presentación de la propuesta ante el Ministerio de la Protección Social por no establecer un valor determinado, constituyó un incumplimiento del deber de registrar todos los contratos ejecutados y en ejecución.

4. Informes de evaluación o calificación de las ofertas y las observaciones por parte de los proponentes

³⁴ Derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, postulado que fue desarrollado por los Decretos 12 de 2012 y Decreto 1082 de 2015.



Expediente 47.145
Actor: Arbofarma S.A
Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

Conforme al numeral 7º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, la entidad contratante deberá fijar en los pliegos de condiciones el plazo dentro del cual va a realizar los estudios técnicos, económicos y financieros necesarios para evaluar y calificar las propuestas presentadas en un proceso de selección.

En desarrollo a este precepto es al representante legal de la entidad contratante, en su calidad de director del proceso de selección al que le corresponde designar un comité asesor que previamente a la adjudicación deberá evaluar y calificar las propuestas presentadas con sujeción estricta a las reglas y parámetros objetivos previstos en el pliego de condiciones.

De ésta forma se entiende que la actividad que despliega el comité asesor de la entidad es una actividad reglada, pues la evaluación y calificación que éste realice de las propuestas presentadas no puede sujetarse a criterios caprichosos o subjetivos fijados a su arbitrio, sino a los estrictos parámetros y reglas fijadas previamente por la administración en el pliego de condiciones.

Así las cosas, tampoco puede entenderse que el informe de calificación y evaluación de las propuestas, que es el documento a través del cual el comité asesor da a conocer a los oferentes la calificación que le otorgó a sus propuestas conforme a los parámetros y reglas previstas en el pliego de condiciones, pueda ser producto de una actividad caprichosa o arbitraria, sino que es producto de una actividad reglada sujeta a las previsiones legales y al pliego de condiciones.

No obstante lo anterior, dicho informe no le confiere al proponente que obtuvo el mayor puntaje de calificación el derecho a ser adjudicatario del respectivo contrato, estando el jefe o representante legal de la entidad en la potestad de corregir o modificar la mencionada calificación siempre y cuando esa modificación o corrección se ajuste a las reglas previstas en los pliegos de condiciones o cuando considere que se torna



Expediente 47.145
Actor: Arbofarma S.A
Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

necesario por encontrar que las observaciones presentadas por los oferentes son pertinentes y se ajustan a la normatividad que rige la licitación³⁵.

Con otras palabras, el Director de la adjudicación o representante legal de la entidad estatal contratante podrá apartarse de la evaluación y calificación de las propuestas efectuada por el comité asesor, siempre y cuando advierta que ésta no se sujetó a las reglas y parámetros objetivos señalados en el pliego de condiciones.

En éste orden de ideas, el informe de evaluación y calificación de las propuestas se constituye en un acto de trámite, pues no consolida una situación jurídica en favor del proponente y tampoco pone fin al proceso de selección respectiva, siendo entonces el acto de adjudicación el acto definitivo, pues por medio de éste se consolida la nueva situación jurídica en favor del proponente y pone fin al respectivo proceso de selección.

En conclusión, el informe de calificación y evaluación de las propuestas no crea en favor del proponente que obtuvo el mayor puntaje el derecho a ser adjudicatario del contrato, pues en últimas se encuentra en cabeza del representante legal de la entidad la selección del contratista, quién va a verificar que la calificación otorgada por el comité asesor se sujetó a las reglas y parámetros objetivos fijados en el pliego de condiciones.

Luego si lo que ocurre es que en el curso de un determinado proceso de selección uno de los proponentes obtiene el mayor puntaje de calificación en el informe elaborado por el comité y luego con ocasión de una de las observaciones presentadas por otro de los interesados, la administración se percata de que en la elaboración de la oferta mejor calificada se incurrió en un incumplimiento y por ello decide rechazar su propuesta, éste proponente no puede venir a alegar que por la primera calificación otorgada tenía ya un derecho adquirido a ser adjudicatario del contrato y que por ello no podía ser rechazada su propuesta, pues se repite, los informes de calificación elaborados por el comité asesor no tienen un carácter vinculante para el representante legal de la Entidad, si en ellos se advierte que hay un incumplimiento de las normas legales o de los parámetros indicados en el pliego de condiciones.

³⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, Exp. 13.790.



Expediente 47.145
Actor: Arbofarma S.A
Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

No obstante lo anterior, el representante legal de la entidad únicamente puede apartarse de la calificación del comité de la entidad por razones de legalidad, es decir, por la violación a las normas contenidas en la constitución, en la ley o en los pliegos de condiciones, o en los principios constitucionales y legales.

Adicionalmente es de anotar en éste punto que quién alega la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación, para sacar adelante sus pretensiones tiene a su cargo un doble compromiso procesal, pues de una parte debe probar la ilegalidad en la que hace consistir la nulidad del acto, esto es, la transgresión de normas de carácter imperativo y de otra parte, debe acreditar que su propuesta era la mejor y la más favorable para el cumplimiento de los intereses de la administración.

5. El principio de buena fe contractual

La buena fe contractual es uno de aquellos principios que campean en la actuación pre contractual y pos contractual y se refiere, de manera objetiva, al estándar de conducta debida y probada que deben observar las partes e intervinientes en el marco del proceso, de conformidad con los principios y valores que emanan del ordenamiento jurídico convencional, constitucional y legal³⁶. Sobre este punto importa destacar que *“el principio de buena fe no exonera de la obligación de probar los comportamientos que se erigen en fundamento del obrar conforme a la buena fe objetiva, a título de ejemplo: corrección, lealtad, diligencia, consideración de los intereses ajenos, etc., sino que, por el contrario, conmina a quien sostiene estar obrando conforme a buena fe, a probar, también objetivamente, que su comportamiento se ajusta a los postulados del principio, sacando así el debate del mero ámbito subjetivo (creencia, convicción, estado psicológico), en el que difícilmente podría desarrollarse el proceso probatorio”*³⁷.

³⁶ Picó i Junoy define la buena fe procesal como la “conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta”. PICÓ i JUNOY, Juan. La buena fe procesal. Bogotá, Depalma Ibañez, 2011, p. 53.

³⁷ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio. En: Revista de Derecho Privado, No. 18, 2010, p. 86.



Expediente 47.145

Actor: Arbofarma S.A

Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

Al respecto, la doctrina ha considerado que *“cuando hablamos del deber de respetar la confianza generada en la contraparte, resulta evidente que la confianza es consecuencia de un deber objetivo, el deber de coherencia, que se traduce en deber de preservar la confianza suscitada con las propias actuaciones u omisiones”*³⁸, nótese cómo este deber de coherencia refulge también desde la perspectiva discursiva, es así como, sin incurrir en equivoco alguno, quien obra en sentido contrario a este actuar, quebranta en un sentido relevante una regla fundamental del discurso y, con ello, la propia esencia de la argumentación jurídica, es por tal razón que se trata de una doctrina cuyo radio de acción supera, con creces el ámbito negocial siendo evidente su observancia en el contexto de las actuaciones administrativas y judiciales³⁹ y, en general, en todo los escenarios de discusión jurídica.

Frente a la buena fe contractual, la Subsección ha resaltado su observancia en todo el iter contractual, en los siguientes términos:

*“De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, **se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe.**”⁴⁰*

En efecto, aquel precepto prevé que los contratos deben “celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

*Pero además, como si no fuera suficiente, el artículo 863 de esa misma codificación ordena que **“las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa”**⁴¹ **en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”**, precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del*

³⁸ NEME VILLARREAL, Martha Lucía. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. En: Revista de Derecho Privado, No. 17, 2009, p. 67.

³⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-475 de 1992, C-836 de 2001, entre otras. Precisamente en esta última se dijo: “10. (...) En efecto, **si esta máxima [la del venire contra factum proprium] se predica de la actividad del Estado en general, y se extiende también a las acciones de los particulares, donde –en principio– la autonomía privada prima sobre el deber de coherencia, no existe un principio de razón suficiente por el cual un comportamiento semejante no sea exigible también a la actividad judicial.**” (Resaltado propio).

⁴⁰ Aunque el artículo 1603 sólo expresa que *“deberán ejecutarse”*, el entendimiento es que el deber de buena fe objetiva comprende todo el *iter* contractual. (La cita es del texto citado).

⁴¹ Sobre el desacierto en que incurrió el legislador colombiano al introducir en esta norma la expresión *“exenta de culpa”* vid.: M. L. NEME VILLARREAL. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. En: Revista de Derecho Privado No. 17, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009; M. L. NEME VILLARREAL. La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio. En: Revista de Derecho Privado No. 18, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010. (La cita es del texto citado).



Expediente 47.145

Actor: Arbofarma S.A

Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

*principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado.*⁴²

Sin embargo con frecuencia inusitada se cree que la buena fe a que se refiere estos preceptos consiste en la convicción de estar obrando conforme a derecho, en la creencia de que la conducta se ajusta en un todo a lo convenido y, en general, en el convencimiento de que se ha observado la normatividad y el contrato, independientemente de que esto sea efectivamente así por haberse incurrido en un error de apreciación porque se piensa que lo que en verdad importa es ese estado subjetivo consistente en que se tiene la íntima certidumbre de haber actuado bien.

*Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, **en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte**, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que **el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia**”,⁴³ es decir, **se trata aquí de una buena fe objetiva** y “por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho”⁴⁴ o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido.”⁴⁵ (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

Recientemente, esta Corporación se pronunció reiterando la importancia del cumplimiento de este principio por parte de las partes en todas las actuaciones en acatamiento a la norma superior y preceptos legales⁴⁶:

“6.15.- Las precedentes reflexiones encuentran plena correspondencia en el ordenamiento jurídico vigente, tal como se puede observar, inicialmente, con el precepto constitucional del artículo 83, cuyo tenor literal enseña: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante

⁴² Sobre el principio de planeación ésta subsección expresó: “Dentro de esos parámetros, como se acaba de expresar, se encuentran los estudios previos que, entre otros fines, persiguen cumplir con la obligación de establecer los precios reales del mercado de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente 22471. (La cita es del texto citado).

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado).

⁴⁴ Ibídem. (La cita es del texto citado).

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de noviembre de 2012, expediente 22043. (La cita es del texto citado).

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO. Providencia del 10 de diciembre de 2015. Exp: 53.165.



Expediente 47.145

Actor: Arbofarma S.A

Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

éstas”, y que ha sido desarrollado, en materia procedimental en diversos preceptos del Código de Procedimiento Civil⁴⁷, la Ley 270 de 1996⁴⁸ – Estatutaria de la Administración de Justicia –, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁴⁹ y el Código General del Proceso⁵⁰, de manera más reciente. Tales disposiciones legislativas instrumentan la buena fe bajo la estructura de un doble deber normativo que, por una parte, i) implica para las partes actuar de tal manera en el proceso judicial y, por el otro ii) impone el deber a los funcionarios judiciales de hacer uso de sus competencias respectivas para prevenir, remediar, sancionar o denunciar las actuaciones que sean contrarias a la buena fe que debe observarse en el proceso judicial, preceptos estos que resultan concordantes con lo prescrito en el artículo 280 del Código General del Proceso, donde se lee:

“Código General del Proceso. Artículo 280. Contenido de la sentencia. La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicables. **El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella.**” (Resaltado propio).

6. Principio de selección objetiva.

Es necesario señalar previo a referirse la Sala al principio de selección objetiva⁵¹, que la actividad contractual del Estado se encuentra sometida a la Constitución Política, lo que sin duda se ve reflejado en que uno de los propósitos de la Ley 80 de 1993 fue, precisamente, adaptar la normatividad en materia contractual a los mandatos y

⁴⁷ Código de Procedimiento Civil. Artículo 37. Deberes del juez. Son deberes del juez: (...) Prevenir, remediar y sancionar por los medios que este código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad y probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal.

Código de Procedimiento Civil. Artículo 71. Deberes de las partes y sus apoderados. Son deberes de las partes y sus apoderados: 1. Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos.

⁴⁸ Ley 270 de 1996. Artículo 153. Deberes. Son deberes de los funcionarios y empleados, según corresponda, los siguientes: (...) Evitar la lentitud procesal, sancionar las maniobras dilatorias así como todos aquellos actos contrarios a los deberes de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe.

⁴⁹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 103. *Objeto y principios*. Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico.

En la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal.

⁵⁰ Código General del Proceso. Artículo 42. Deberes del juez. Son deberes del juez. (...) 3. Prevenir, remediar, sancionar o denunciar por los medios que este código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal.

Código General del Proceso. Artículo 78. Deberes de las partes y sus apoderados. Son deberes de las partes y sus apoderados: 1. Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos.

⁵¹ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 3 de diciembre de 2015. Exp.31.915.



Expediente 47.145

Actor: Arbofarma S.A

Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

principios de la Constitución Política de 1991⁵², entre los que se encuentra aquel que en el *sub lite* pudo resultar vulnerado con la expedición del acto administrativo de adjudicación y el contrato demandado, esto es, el principio de selección objetiva⁵³.

Así las cosas, la Sala Plena del Consejo de Estado ha precisado el alcance de este postulado, al manifestar:

“El principio de escogencia o selección objetiva de los contratistas fundamenta uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación estatal en derecho colombiano, como es el de mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos cuando se trate de escoger al contratista, con independencia del procedimiento utilizado para estos efectos mediante la utilización de pluralidad de variables que eviten el abuso, desvío de poder, y en consecuencia el actuar arbitrario o corrupto de los servidores públicos⁵⁴.”

De la manera más simple, selección objetiva es la que no está inspirada en razones subjetivas, personales, viscerales de los servidores públicos, sino en consideraciones de colectividad, de interés general y de respuestas a necesidades evidentes de la comunidad.

La objetividad en la selección de un contratista tiene relación sustancial con el concepto de interés público o general. Puede decirse que constituye el más importante de sus instrumentos, constitutivo de requisito legal esencial respecto de la escogencia del contratista; esto es, norma imperativa de aplicación ineludible, y vinculante.

Referirse a la escogencia objetiva en materia contractual significa abordar de manera concreta y efectiva, en todos los procedimientos de escogencia de contratistas principios como los de igualdad, participación y, en especial, el de la libre competencia económica. Lo anterior en virtud de que el deseo del legislador, al romper con los privilegios para la selección de un contratista, es el de permitir que todos aquellos sujetos del mercado que puedan proponerle a la administración bienes, servicios y demás objetos para atender sus necesidades lo hagan de acuerdo con las exigencias de los correspondientes

⁵² “Y si lo precedente fue una verdad a los pocos días de haber sido expedido el Decreto-ley 222 de 1983, ha cobrado mayor relevancia con la nueva normatividad, con una nueva Constitución que ha modificado postulados y principios y requiere nuevos conceptos de administración y gobierno: de un estatuto que refleje una nueva Colombia acorde con las nuevas tendencias (...)”. BENDECK OLIVELLA, Jorge, Ministro de obras Públicas, exposición de motivos al Proyecto de ley No. 149 Senado de 1992, en GACETA DEL CONGRESO, Año I, No. 75, 23 de septiembre de 1992. Tomado de CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, expedientes acumulados: (25206, 25409, 24524, 27834, 25410, 26105, 28244, 31447).

⁵³ Reiteración de lo dicho en la sentencia del 29 de agosto de 2013. Exp: 39.005.

⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-128 de 2003. “De dichos textos se desprende claramente, en consecuencia, la voluntad del legislador de que el proceso de selección del contratista sea ajeno a cualquier consideración subjetiva o discriminatoria. Dicha voluntad, atendiendo los principios constitucionales y en particular los señalados en el artículo 209 superior, se extiende a todas las fases del contrato, desde su preparación hasta su liquidación, de manera que en todo su desarrollo se observen rigurosamente los parámetros establecidos por la ley y por los pliegos de condiciones en las diferentes etapas y actuaciones y se adopte una conducta leal, diáfana y veraz conforme al postulado de la buena fe y la mutua confianza entre quienes intervienen en la actividad contractual”.



Expediente 47.145

Actor: Arbofarma S.A

Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

*pliegos, compitiendo bajo condiciones de igualdad de acuerdo con sus capacidades, experiencia y conocimientos, para que de esta manera puedan las entidades estatales identificar la propuesta que más favorezca a la entidad⁵⁵.*⁵⁶

Además esta Corporación en sentencia del 30 de enero de 2013, sostuvo que⁵⁷:

“15. El principio de selección objetiva -previsto inicialmente en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993-⁵⁸, constituye uno de los más importantes de la contratación pública, dada su virtualidad de asegurar el cumplimiento de los demás, como que con él se persigue garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia, que impidan una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva, lo cual sólo se logra si en el respectivo proceso de selección se han honrado los principios de transparencia, igualdad, imparcialidad, buena fe, economía y responsabilidad⁵⁹”.

Todo lo anterior, implica que la entidad contratante al estructurar los pliegos de condiciones fije los parámetros para la selección objetiva, teniendo en cuenta el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 (vigente para la época de los hechos), circunstancia que se convierte en una manifestación de los principios que rigen la contratación estatal.

7. El caso concreto

⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-400 de 1999. “...el principio contemplado en el artículo 3.º del proyecto, según el cual tanto los servidores públicos como los particulares que contratan con la administración deben obrar bajo el claro e inequívoco entendimiento de que una de las finalidades esenciales de la contratación estatal la constituye, precisamente, el cabal cumplimiento de los cometidos estatales, impone partir del criterio de la buena fe de sus actuaciones e implica, por ello, la simplificación de trámites, requisitos y procedimientos, en el ámbito de un estricto régimen de responsabilidad correlativo. Dicho principio encuentra un complemento de significativa importancia consistente en el deber de escoger al contratista mediante la selección objetiva, aspecto éste que el estatuto anterior no contemplaba de manera explícita. En ese sentido, los artículos 24 y 29 del proyecto consagran expresamente ese deber de aplicar tal criterio de escogencia del contratista, para resaltar cómo la actividad contractual de la administración debe ser en un todo ajena a consideraciones caprichosas o subjetivas y que, por lo tanto, sus actos deben llevar siempre como única impronta la del interés público...”

⁵⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de febrero de 2012. Exp. 38.924

⁵⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 30 de enero de 2013. Exp: 21.492.

⁵⁸ Ahora en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, norma que no resulta aplicable por ser posterior a los hechos que se juzgan art. 38 de la Ley 153 de 1887. Texto de cita original.

⁵⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 3 de diciembre de 2007, procesos números 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 -acumulados-.



Expediente 47.145

Actor: Arbofarma S.A

Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

Descendiendo al caso concreto, le corresponde a la Sala determinar si le asiste razón a la parte recurrente cuando afirma que lo sustancial para establecer la capacidad residual es el valor de los contratos en ejecución, de manera que, si un proponente tiene contratos en ejecución pero su valor no es determinado pero determinable, la inscripción en el RUP resulta totalmente inocua para efectos de obtener el K residual, y por lo tanto, debió ser el adjudicatario del proceso de licitación No.MPS-25-2006 aperturado por el Ministerio de la Protección Social.

Igualmente, la Sala debe establecer si efectivamente se violaron los principios de transparencia, defensa y petición del proponente, con el proceder del Ministerio de la Protección Social al no entregarle a Arbofarma S.A. copia de las observaciones presentadas por Sanofi Aventis de Colombia, circunstancia que según su dicho impidió que el apelante conociera su contenido de manera previa a la adjudicación y ejercer sus derechos de defensa y contradicción.

Así las cosas, se encuentra demostrado en el plenario que el Ministerio de la Protección Social abrió el proceso de licitación No.MPS-25-2006 en el mes de noviembre del año 2006 cuyo objeto era “*suministrar al Ministerio de la Protección Social medicamentos empleados en el tratamiento de la leishmaniasis en Colombia, según especificaciones técnicas*”, para lo cual elaboró el respectivo pliego de condiciones⁶⁰, estableciendo los requisitos y condiciones que debían cumplir los futuros proponentes, y particularmente sobre la capacidad residual estableció:

“(…)

8. PROPONENTES

8.1. Requisitos objetivos para poder participar en la licitación

El proponente que desee licitar deberá cumplir con los siguientes requisitos:

(…)

e) *El proponente debe tener una capacidad residual de contratación igual o superior al valor de su propuesta. Para establecer la capacidad residual de contratación, se tendrá en cuenta la capacidad máxima de contratación certificada por el*

⁶⁰ Fls.1 a 57 C.3



representante legal de la firma proponente, descontando los contratos que tenga en ejecución a la fecha de cierre de la licitación; lo anterior, sin perjuicio de la certificación que sobre el mismo tema expida la Cámara de Comercio.

(...)

9. PROPUESTA.

(...) 9.5 Documentos de la propuesta

La propuesta debe acompañarse de los siguientes documentos en el orden aquí establecido. **El Ministerio de la Protección Social queda autorizado para verificar la veracidad de toda la información suministrada.**

9.5.1. Índice general de la propuesta

9.5.2. Carta de presentación de la propuesta, según modelo que se adjunta (Anexo No.1), firmada por el proponente, representante legal o sus apoderados, indicando en ella su conocimiento y conformidad con el pliego y declaración del K residual de contratación.

(...)

9.5.4 Certificación de inscripción, clasificación y calificación en donde conste que se encuentra vigente la inscripción en el Registro Único de Proponentes de la Cámara de Comercio en la actividad, especialidad y grupos correspondientes a los bienes ofrecidos y al objeto de la licitación, el cual deberá haber sido expedido dentro de los sesenta (60) días calendario anterior al cierre de la licitación y de conformidad con el Decreto No.92 de 1998.

(...)

9.6. Rechazo de propuestas

La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, necesarios para la comparación objetiva de propuestas, será título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos, entre los cuales se tiene:

(...) 9.6.8 Cuando el valor total de la propuesta sea mayor al K residual de contratación del proponente declarada en la carta de presentación de la oferta y calculada según lo establecido en el Art. 1º del Decreto No.92 de 1998.

(...) 9.6.12 Si al verificar la capacidad jurídica, no cumple con las condiciones requeridas en el pliego de condiciones.

(...)

10. METODOLOGIA PARA LA VERIFICACION Y EVALUACION DE LAS PROPUESTAS

El Ministerio de Protección Social empleará la siguiente metodología para la evaluación y calificación de las propuestas para los ítems 1,2 y 3 así:

Puntaje total: CAO + CEP + CIN + CTVU + CE + CF Donde:



Expediente 47.145
 Actor: Arbofarma S.A
 Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

Crterios de calificación adicionales a los requisitos mínimos	Puntaje máximo por ítem
CAO: Calificación capacidad administrativa y operacional	10 puntos
CEP: Calificación de experiencia del proponente	5 puntos
CIN: Calificación de industria nacional	10 puntos
CTVU: Calificación de tiempo de vida útil	10 puntos
CE: Calificación económica	45 puntos
CF: Capacidad financiera	5 puntos
Total	85 puntos

(...)

11. INFORMES DE CALIFICACION Y VERIFICACION

11.1 Informes de calificación y verificación

Los informes de verificación y evaluación de las propuestas permanecerán en la Secretaría General del Ministerio de la Protección Social, por un término de cinco (5) días hábiles, contados a partir del vencimiento del periodo de evaluación, para que los proponentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los proponentes no podrán completar, adicional, modificar o mejorar sus propuestas.

Las observaciones que los proponentes presenten a los estudios se resolverán por el jefe de la entidad o su delegado en el acto de adjudicación.

11.2. Aclaración de propuestas.

El Ministerio de la Protección Social podrá, a su discreción, solicitar por escrito a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que estime convenientes, las cuales deberán contestarse por escrito en un término no superior a un (1) día hábil desde el momento de la solicitud. Con ocasión de la respuesta los proponentes no podrán mejorar, modificar, corregir o adicionar sus propuestas.

(...)” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Como consecuencia de la apertura del referido proceso de licitación, la sociedad Arbofarma S.A. presentó su propuesta para el ítem # 1 (antimoniato de meglumina) ante el Ministerio de la Protección Social el día 1 de diciembre de 2006⁶¹, a la cual se aportó el certificado del Registro Único de Proponentes que señalaba que su capacidad era de 12.238.76 SMLMV.

⁶¹ Fls.59 a 137 C.2



Expediente 47.145
 Actor: Arbofarma S.A
 Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

Igualmente, en la certificación del 21 de noviembre de 2006 expedida por el representante legal de la sociedad, anexa a su propuesta, indicó lo siguiente:

*“ARBOFARMA S.A. cuenta con una capacidad máxima de contratación que figuran en el REGISTRO UNICO DE PROPONENTES por 12.238.76, CUATRO MIL NOVECIENTOIS (sic) NOVENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS CATORCE MIL OCHENTA PESOS M/CTE (\$4.993.414.080.00) que al mismo tiempo, es la capacidad residual. **Toda vez que no tienen contratos en ejecución**”.*

Del mismo modo, se encuentra probado que la sociedad Sanofi Aventis de Colombia se presentó como proponente en el proceso de licitación iniciado por el demandado, presentando propuesta⁶² el 1 de diciembre de 2006 para el ítem # 1 (antimoniato de meglumina) , en donde señaló que su capacidad residual era de 439.842.08 SMLMV.

Así las cosas, cumplido el término para la presentación de propuestas, el Ministerio de la Protección Social procedió a calificar a los proponentes teniendo en cuenta lo establecido en el pliego de condiciones, determinando el 6 de diciembre de 2006 el Comité Evaluador de la licitación MPS – 25-2006, en su informe sobre los resultados de la calificación efectuada a los proponentes, lo siguiente⁶³:

Criterios de calificación adicionales a los requisitos mínimos	Puntaje ARBOFARMA S.A.	Puntaje SANOFI AVENTIS
CAO: Calificación capacidad administrativa y operacional	10 puntos	10 puntos
CEP: Calificación de experiencia del proponente	0,32 puntos	5 puntos
CIN: Calificación de industria nacional	10 puntos	0 puntos
CTVU: Calificación de tiempo de vida útil	4 puntos	10 puntos
CE: Calificación económica	45 puntos	38,6 puntos
CF: Capacidad financiera	0 puntos	5 puntos
CJ: Capacidad jurídica	Cumplió requisitos	Cumplió requisitos
Total	69,32 puntos	68,46 puntos

Es decir, que conforme a esta calificación la mejor propuesta era la de Arbofarma S.A., y no la de Sanofi Aventis de Colombia. No obstante y atendiendo las observaciones efectuadas el 19 de diciembre de 2006, por la firma Sanofi Aventis de Colombia S.A. al

⁶² Fls.140 a 360 C.2

⁶³ Fls.65 a 94 C.3



Expediente 47.145
Actor: Arbofarma S.A
Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

informe de evaluación de las ofertas⁶⁴, entre las que se señalaba que Arbofarma S.A. pretendió demostrar una capacidad máxima de contratación de 12.238.76 SMLMV, afirmando en su oferta que no tenía al momento de la presentación de la propuesta ningún contrato privado o estatal en ejecución, aseveración que no obedecía a la realidad de los hechos, ya que existía para ese momento un contrato de maquila entre Sanofi Aventis y Arbofarma S.A.

Para sustentar tal manifestación, Sanofi Aventis aportó la caratula y la última página del mencionado contrato, así como una certificación expedida por el revisor fiscal de la empresa el 18 de diciembre de 2006⁶⁵, en la cual se señalan los montos causados en desarrollo del referido contrato, así:

“La elaboración (maquila) de los productos que están incluidos en el anexo 1 de fecha 15 de septiembre de 2006 está a cargo de Laboratorio Arbofarma S.A., según consta en el contrato 14 de septiembre de 2006 de renovación automática, suscrito entre Sanofi Aventis de Colombia S.A., y Laboratorio Arbofarma S.A., y por el cual durante el año 2006 según documentación soporte se han causado las siguientes sumas:

- 1. \$91.627.013 por el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 15 de septiembre de 2006.*
- 2. \$9.471.730 por el periodo comprendido entre el 16 de septiembre de 2006 hasta la fecha de la presente certificación”.*

Así mismo, sostuvo que Arbofarma S.A. tenía un contrato de maquila con Winthrop Pharmaceuticals de Colombia S.A., para lo cual se anexó la caratula del contrato, la relación de sus modificaciones y certificación de la revisoría fiscal de esa empresa en la cual se expresaron los montos causados en desarrollo del citado contrato.

De esta manera, Sanofi Aventis de Colombia pretendió evidenciar que no era cierto lo manifestado por Arbofarma en la carta de presentación de la propuesta, en donde precisó que no tenía ningún contrato en ejecución para el 1 de diciembre de 2006, fecha de presentación de la propuesta ante el Ministerio.

⁶⁴ Fls.96 a 112 C.3

⁶⁵ Fl.113 C.3



Expediente 47.145
 Actor: Arbofarma S.A
 Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

Por su parte, Arbofarma S.A. también presentó observaciones a la evaluación el día 19 de diciembre de 2006, en donde declaró que en la propuesta allegada por Sanofi Aventis de Colombia se relacionan los contratos vigentes o en ejecución, para así establecer la capacidad residual. Pese a ello, omitieron incluir un contrato con las Fuerzas Militares por valor de \$2.498.841.00⁶⁶, razón por la cual solicita se verifique dicha información.

Como consecuencia de lo anterior, el aquí demandante solicitó mediante oficio del 21 de diciembre de 2006 al Ministerio de la Protección Social, copia de las observaciones hechas por parte de Sanofi Aventis de Colombia S.A.⁶⁷. Petición que fue contestada por el demandado el 26 de diciembre de 2006⁶⁸, a través de la Coordinadora del Grupo de Gestión Contractual del Ministerio, así:

“(...) me permito informarle que en cumplimiento de lo establecido en el artículo 2º del Decreto 287 de 1996, reglamentario de la Ley 80 de 1993, la entidad en el acto administrativo correspondiente, procederá a dar respuesta a cada una de las observaciones formuladas”.

El 22 de diciembre de 2006 el Ministerio de Protección Social requirió al Representante Legal de Arbofarma S.A. confirmar el K residual que tenía la sociedad al 1 de diciembre de 2006 fecha en la que se cerró la licitación No.MPS-25-2006⁶⁹.

Es así como, Arbofarma S.A. contestó el requerimiento elevado por la Coordinadora del Grupo de Gestión Contractual, por medio de oficio del 26 de diciembre de 2006⁷⁰ mediante el cual ratificó que *“la capacidad residual de contratación (K residual) de ARBOFARMA S.A. es de CUATRO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS CATORCE MIL OCHENTA PESOS M/CTE (\$4.993.414.080), que es igual a la capacidad máxima de contratación que aparece en el Registro Único de Proponentes, toda vez que no se tienen contratos en ejecución que afecten dicha capacidad”*; señalando que desconocían la observación realizada por Sanofi Aventis, pues no se les había entregado copia de la misma.

⁶⁶ FI.114 C.2

⁶⁷ FI.120 C.3

⁶⁸ FI.121 C.3

⁶⁹ FI.118 C.3

⁷⁰ FIs.126 y 127 C.3



Expediente 47.145

Actor: Arbofarma S.A

Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

Surtido el trámite anterior, el Ministerio de la Protección Social expidió la Resolución No.005156 del 28 de diciembre de 2006 por la cual se adjudicó la Licitación No. MPS-25-2006, a la sociedad Sanofi Aventis de Colombia S.A., sustentado su decisión en los siguientes argumentos⁷¹:

“(...) Que dentro del término de exhibición de los informes de evaluación los proponentes UNION TEMPORAL CARE HOLDING – LABORATORIOS SYNTHESIS Y CIA S C A, SANOFI AVENTIS DE COLOMBIA S.A., G.R. INTERCOMERCE LTDA Y ARBOFARMA S.A. haciendo uso de la facultad que le concede el numeral 8º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, mediante comunicaciones de fecha 18 y 19 de diciembre de 2006, presentaron observaciones a través de sus representantes.

Que en cumplimiento de lo establecido en el artículo 2º del Decreto 287 de 1996, reglamentario de la Ley 80 de 1993, este Despacho en el presente acto administrativo, con fundamento en el concepto del Comité Evaluador, emite las respuestas a cada una de las observaciones formuladas a la evaluaciones realizadas por la entidad.

Para efectos de lo anterior, se transcriben las observaciones, luego se emiten las respuestas a las observaciones presentadas en el siguiente orden: las relacionadas con la verificación jurídica y finalmente las relacionadas con la verificación técnica.

(...) 2. OBSERVACIONES DE SANOFI AVENTIS A LA PROPUESTA DE ARBOFARMA S.A.

Con relación a esta observación, el Grupo Evaluador consultó con Adriana Barbosa de la Cámara de Comercio de Bogotá lo atinente a la obligación que tienen las sociedades inscritas en ella de registrar o no los contratos de maquila, de conformidad con la respuesta del proponente ARBOFARMA S.A., de fecha 26 de diciembre de 2006, según la cual estos “no deben reportarse al RUP, ni afectan la K residual, toda vez que se trata de contratos sin valor determinado o determinable, pues se trabaja sobre pedidos y por lo mismo resulta imposible establecer un valor fijo para estos efectos”; a lo cual la Cámara de Comercio responde que es obligatorio el registro de TODOS los contratos, sin hacer distinción, de si se tratan de contratos públicos o privados, que celebren las sociedades inscritas en ella.

Igualmente, consideramos que el proponente ARBOFARMA S.A. independientemente de su obligación de registrar los contratos en la cámara de comercio, de conformidad con el artículo 5 del Decreto 92 de 1998, tenía igualmente la obligación de informar a este MINISTERIO, los contratos que para el 1 de diciembre de 2006 estuvieran en ejecución y según la certificación expedida por el Revisor Fiscal (Price WaterHouse Coopers) de Sanofi Aventis de Colombia S.A., la sociedad ARBOFARMA S.A. tenía en ejecución a esa fecha un contrato de maquila por valor de \$9.421.730.00.

Por lo anterior, el Grupo Evaluador considera que uno de los contratos de maquila del cual informó la Sociedad Sanofi Aventis de Colombia S.A. y que no fue reportado por ARBOFARMA S.A., debe ser tenido en cuenta para efectos de determinar el K residual de contratación, lo que da un valor superior al señalado en las reglas de participación al constatar:

⁷¹ Fls.128 a 151 C.3



Expediente 47.145

Actor: Arbofarma S.A

Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

El valor de la propuesta, corresponde al ítem 1, Antimoniato de Meglumina, es de \$1.993.414.063.00, de conformidad con la carta de presentación de la propuesta obrante a folio 1, ratificado a folio 5.

La suma reportada por el contrato de maquila, celebrado entre Sanofi Aventis de Colombia S.A. y ARBOFARMA S.A., en ejecución a la fecha de cierre de la licitación MPS-25-2006, es de \$9.421.730.00.

El K residual señalado por el proponente ARBOFARMA S.A. a la fecha de presentación de su oferta, el 1º de diciembre de 2006, fue de 12.238.76 SMMLV, que multiplicado por el valor del SMMLV, \$408.000.00, equivale a \$4.993.414.080.00.

Si al K residual de ARBOFARMA S.A. (\$4.993.414.080.00), se resta el valor del contrato de maquila en ejecución a la fecha de presentación de la propuesta (\$9.421.730.00), se tiene que su capacidad de contratación al momento de ofertar era de \$4.983.992.350.00, suma inferior al valor del ítem ofertado por \$4.993.414.063.00.

Por lo tanto y en consideración con lo manifestado, se concluye que ARBOFARMA S.A., no cumple con el requisito objetivo señalado en el literal e) del numeral 8.1 del pliego de condiciones de la licitación MPS-25-2006, que previó: “El proponente debe tener una capacidad residual de contratación igual o superior al valor de su propuesta. Para establecer la capacidad residual de contratación, se tendrá en cuenta la capacidad máxima de contratación certificada por el Representante Legal de la firma proponente, descontando los contratos que tenga en ejecución a la fecha de cierre de la licitación; lo anterior sin perjuicio de la certificación que sobre el mismo tema expida la cámara de comercio”, configurándose la causal de rechazo número 9.6.8 (...)

Por lo anteriormente señalado por las verificaciones, se modifica la evaluación jurídica del proponente ARBOFARMA S.A. inicialmente presentada, Señalando que **ARBOFARMA S.A. NO cumple con los requisitos y condiciones legales establecidos en el Estatuto Contractual de la Administración Pública y el pliego de condiciones, por lo que la misma NO es VIABLE JURIDICAMENTE.**

3. OBSERVACIONES DE ARBOFARMA S.A. A LA PROPUESTA DE SANOFI AVENTIS DE COLOMBIA S.A.

En relación esta observación, el Grupo Evaluador consultó con Adriana Barbosa de la Cámara de Comercio de Bogotá lo atinente a la obligación que tienen las sociedades inscritas en ella de registrar o no los contratos públicos y privados que suscriban, a lo cual respondió que es obligatorio el registro de TODOS los contratos, sin hacer distinción de su naturaleza (pública o privada).

De conformidad con las observaciones realizadas por ARBOFARMA S.A., se solicitó a la sociedad AVENTIS DE COLOMBIA S.A., confirmación sobre el K residual de contratación a la fecha de cierre de la Licitación MPS – 25-2006, quien ratificó que “... el K RESIDUAL era de 439,842.08 SMMLV equivalentes a ciento setenta y nueve mil cuatrocientos sesenta y un millones setecientos veintiséis (sic) mil cuatrocientos veintinueve pesos (\$179.461.726.429.00) a la fecha del cierre de la licitación es decir al 1º de Diciembre era tal como fue ratificado por PricewaterhouseCoopers (sic) Ltda. como aparece en los folios 3 y 4 de nuestra propuesta”.



Expediente 47.145

Actor: Arbofarma S.A

Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

Por lo anterior y de conformidad con las averiguaciones telefónicas efectuadas con la doctora Gloria Ruiz la Dirección General de Sanidad Militar, quien confirmó que a la fecha de cierre de la Licitación MPS-25-2006, AVENTIS DE COLOMBIA S.A. no tenía en ejecución contrato con dicha Entidad, el Grupo Evaluador de conformidad con el mandato constitucional de la buena fe establecido en el artículo 83 según el cual las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas deberán ceñirse a los principios de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que ellos adelanten ante ellas”, principio que acoge el Sistema de Registro Único de Proponentes de la Cámara de Comercio, el cual estaba basado en la información que suministra cada proponente a las mismas, el Ministerio acepta el K de contratación reportado en el certificado de inscripción, clasificación y calificación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el 25 de octubre de 2006, para AVENTIS DE COLOMBIA S.A.A, teniendo en cuenta que el valor de la propuesta, correspondiente al ítem 1, Antimoniato de Meglumina, es de \$5.754.225.600.00, de conformidad con la carta de presentación de la propuesta obrante a folio 1, ratificado a folio 220.

(...)

De conformidad con lo manifestado por sus evaluadores técnicos la calificación del proponente Sanofi Aventis, se mantiene.

Que conforme a las consideraciones anteriores el proponente Arbofarma S.A.; no cumple con el lleno de los requisitos jurídicos exigidos por la ley, sus reglamentos y lo señalado en los pliegos de condiciones, por lo que no es posible de acuerdo con lo señalado en los pliegos de condiciones; tener en cuenta dicha oferta para la adjudicación en aplicación de los criterios, señalados por la Ley 80 de 1993 y discriminados en los pliegos de condiciones.

(...)

Que en aplicación de los criterios de adjudicación, señalados por la Ley 80 de 1993 y discriminados en los pliegos de condiciones se procede a realizar el análisis comparativo de las propuestas, una vez resueltas las observaciones presentados a los estudios de evaluación, para escoger las ofertas más favorables de acuerdo con los fines estatales, arrojando así los siguientes resultados:

Que para el ítem No.1 Antimoniato de Meglumina, el proponente SANOFI AVENTIS DE COLOMBIA S.A. que cumplió con el lleno de los requisitos jurídicos y los requerimientos técnicos obligatorios señalados en el pliego de condiciones, obtuvo los siguientes puntajes:

Proponente	Calificación de la capacidad administrativa a 10 puntos	Experiencia a 5 puntos	Calificación industrial nacional 10 puntos	Calificación de mayor vida útil 10 puntos	Calificación económica a 45 puntos	Capacidad financiera 5 puntos	Puntaje total
Sanofi Aventis de Colombia S.A.	10	5	0	10	38,46	5	68,45



Expediente 47.145
Actor: Arbofarma S.A
Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

Lo anterior, muestra que una vez presentadas las observaciones por parte de los proponentes al informe de evaluación de las propuestas, estas fueron analizadas por la entidad contratante, la cual determinó que solamente tenía vocación de prosperidad la acotación realizada por la sociedad Sanofi Aventis de Colombia sobre la capacidad residual de Arbofarma S.A., por haber omitido registrar en el Registro Único de Proponentes la existencia de un contrato de maquila con este y además porque en la carta de presentación de la propuesta suscrita por el representante legal de Arbofarma, se certificó que la capacidad residual era de 12.238.76 SMLMV, información que no correspondía a la realidad; razón por la cual se rechazó esta propuesta y se mantuvo incólume la calificación de Sanofi Aventis de Colombia.

Excluida la firma Arbofarma S.A. del proceso de selección por no cumplir con los requisitos jurídicos, el Ministerio de la Protección Social celebró el contrato de compraventa No. 434 el día 28 de diciembre de 2006 con Sanofi Aventis De Colombia S.A., cuyo objeto era *“entregar al ministerio a título de venta real y efectiva el medicamento Antimoniato de meglumina, para emplearlo en el tratamiento de la Leishmaniasis en Colombia”*, por valor de \$5.754.225.600.00⁷².

Pues bien, de las probanzas allegadas y que atrás se reseñaron, se evidencia claramente que el demandante incumplió con lo establecido en el pliego de condiciones del proceso de licitación No. MPS-25-2006, incurriendo así en las causales de rechazo 9.6.8, *“Cuando el valor total de la propuesta sea mayor al K residual de contratación del proponente declarada en la carta de presentación de la oferta y calculada según lo establecido en el Art. 1º del Decreto No.92 de 1998”*, y 9.6.12 *“Si al verificar la capacidad jurídica, no cumple con las condiciones requeridas en el pliego de condiciones”*; motivo por el cual la decisión del ente demandado se encuentra ajustada a la legalidad y a lo consagrado en el pliego de condiciones sobre los requerimientos que debían cumplir los oferentes.

Sumado a lo anterior, salta a la vista que la demandante aceptó la existencia del contrato de maquila suscrito con Sanofi Aventis, por lo cual sostuvo que no lo había registrado en

⁷² Fls.455 a 462 C. 2



Expediente 47.145
Actor: Arbofarma S.A
Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

el RUP, ni reportado a la contratante por carecer de cuantía determinada, circunstancia que como quedó dicho en la parte considerativa de esta sentencia, no es subsanable y por el contrario, demuestra el incumplimiento de la regla general establecida para el Registro Único de Proponentes, consiste en la obligación que tienen todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales, contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles, de inscribir en la Cámara de Comercio de su jurisdicción, todos y cada uno de los contratos ejecutados y en ejecución.

Es así como, queda evidenciado que la Sociedad Arbofarma S.A. incumplió las exigencias sustanciales del pliego de condiciones en lo relacionado con la acreditación de la capacidad residual de contratación al momento de presentación de la propuesta, ya que no inscribió y no reportó a la entidad contratante, la existencia del contrato de maquila con la Sociedad Sanofi Aventis de Colombia S.A., el cual se encontraba vigente para el 1 de diciembre de 2006; siendo su deber hacerlo, debido a que independientemente de la indeterminación del valor del contrato, era su deber ir reportando ante la autoridad competente el valor ejecutado del contrato hasta el momento de presentación de la oferta.

Por lo tanto, es obvio que la ejecución del contrato en mención disminuía el valor del K residual de contratación⁷³, no contando con valor el requerido para participar en el proceso de selección de la contratante y dando lugar al rechazo de la propuesta como lo señaló el pliego de condiciones.

Ahora bien, frente al argumento esgrimido por el accionante en el escrito de apelación con relación a que no tenía el deber de registrar un contrato con un valor indeterminado, la Sala reitera lo dicho en su jurisprudencia, en el sentido de que la persona que va a

⁷³ Artículo 1º Decreto 92 de 1998 “(...) 2. *Capacidad residual Es la capacidad real de contratación que resulta de restarle a la capacidad máxima de contratación la sumatoria de los valores de los contratos que tenga en ejecución el contratista.*

La capacidad residual se exigirá por parte de las entidades estatales en el momento de presentar la propuesta cualquiera que sea la modalidad del contrato. Para la capacidad residual se tomarán todos los contratos que esté ejecutando en forma general: privados, estatales incluyendo los que se exceptúan de Registro en la Cámara de Comercio artículo 22 de la Ley 80 de 1993 inciso 6 y los que se tengan por participación en sociedades, consorcios o uniones temporales”.



Expediente 47.145
Actor: Arbofarma S.A
Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

contratar con el Estado debe reunir las condiciones exigidas en el pliego de condiciones y garantías que aseguren a la entidad pública contratante la escogencia de la mejor propuesta para la obtención de las finalidades superiores, dando cumplimiento así al principio de selección objetiva.

Así pues, con la evaluación de las propuestas se verifica por parte de la administración y mediante la comparación de las mismas, cuál de ellas ofrece las mejores condiciones bajo los requerimientos previamente establecidos en los pliegos de condiciones, dando cumplimiento de esta forma, a los fines del Estado y a los principios de la contratación pública.

De manera que, no resulta de recibo el argumento antes señalado debido a que es un deber de aquellas personas que quieren contratar con el Estado registrarse en el RUP, declarando todos los contratos vigentes y en ejecución, para así poder establecer la capacidad máxima de contratación; y por el contrario, lo que observa la Sala es que el demandante incurrió en dos irregularidades, al no inscribir el contrato que estaba ejecutando y además porque el representante legal de la firma Arbofarma no declaró en la carta de presentación de la oferta el referido contrato.

Es así como, resulta claro para la Sala que la entidad demandada no incurrió en ninguna irregularidad al momento de descalificar la propuesta presentada por Arbofarma S.A. en el acto de adjudicación, ya que como quedó dicho en la parte considerativa, el informe de calificación no es vinculante y por lo tanto no le confiere al proponente que obtuvo el mayor puntaje de calificación el derecho a ser adjudicatario del respectivo contrato.

Por lo tanto, el jefe o representante legal de la entidad contratante, cuenta con la potestad de corregir o modificar la calificación, siempre y cuando se ajuste a lo previsto en el pliego de condiciones o cuando considere que se torna necesario por encontrar que las observaciones presentadas por los oferentes son pertinentes y se ajustan a la normatividad que rige la licitación.



Expediente 47.145
Actor: Arbofarma S.A
Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

Supuesto que se cumple en el caso en comento, ya que se pudo verificar que con la omisión de Arbofarma S.A. de no declarar la existencia de un contrato de maquila al momento de la presentación de la propuesta ante el Ministerio de la Protección Social, presentó una capacidad de contratación residual superior a la que realmente ostentaba, irregularidad que avizó el Ministerio una vez Sanofi Aventis de Colombia presentó observaciones a la propuesta del aquí demandante.

De manera que, fue solo después de que se realizó la evaluación de las ofertas que se pudo constatar la existencia de una de las causales de rechazo de la propuesta, siendo el acto de adjudicación la oportunidad idónea para poner de presente esta circunstancia, modificando la evaluación jurídica inicialmente presentada y señalando que Arbofarma S.A. no cumplía con los requisitos y condiciones jurídicas establecidas en el pliego de condiciones.

Y es precisamente en acatamiento a lo preceptuado en la Constitución y la Ley, que esta Sala debe ser enfática en sostener que ninguna adjudicación realizada por parte de una entidad estatal, puede ser contraria a derecho ni tampoco puede pasar por alto las reglas del juego contractual contenidas en el pliego de condiciones.

Afirmar lo contrario, significaría quebrantar el principio de la buena fe contractual previsto en la Constitución, las normas de carácter convencional y las de rango legal, específicamente el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 que consagra que las estipulaciones de los contratos estatales no pueden contrariar la Constitución, la Ley, el orden público y los principios y finalidades de la buena administración.

De manera que, acoger la tesis invocada por el demandante significaría aceptar que el Estado debe adjudicar a quien no cumple con los requisitos consagrados en la Ley y los pliegos, solo por el hecho de que inicialmente obtuvo la mejor calificación pero que posteriormente, se pudo constatar que no cumplía con los requerimientos mínimos exigidos por la entidad contratante, circunstancia que quebranta la buena fe de los demás oferentes y de la misma administración, y que por supuesto esta Sala no puede



Expediente 47.145
Actor: Arbofarma S.A
Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

avaluar ni patrocinar y por el contrario debe reivindicar los postulados superiores que rigen los procesos contractuales.

Por otra parte, la Subsección conforme a lo consagrado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y la jurisprudencia de esta Corporación, se admite que el incumplimiento de algunos de los requisitos formales previstos en el pliego de condiciones sean susceptibles de ser subsanados en el curso del proceso de selección; pero también es cierto, que frente aquellos requisitos sustanciales, es decir los que se estiman necesarios para comparar las ofertas, no son susceptibles de ser subsanados.

En el caso en comento, la entidad contratante solicitó en los aspectos jurídicos de la licitación que el proponente estuviera inscrito en el RUP y que su capacidad residual no fuera inferior al valor de su propuesta, como requisito habilitante. De igual forma, se pedía que el representante legal de la sociedad proponente en la carta de presentación de la propuesta, manifestara el monto de su capacidad residual, información que no puede ser subsanada mediante la modificación de lo reportado, ya que era una exigencia del pliego de condiciones, es decir, el proponente debía contar al momento de la presentación de la oferta como mínimo con la capacidad exigida en el pliego de condiciones, quedando completamente proscrita la posibilidad de que posteriormente a la presentación de la misma, modificara la información inicialmente reportada, so pena de incurrir en causal de rechazo.

Así las cosas, la Sala concluye que el acto administrativo de adjudicación de la licitación pública No. MPS- 25-2006 no se encuentra incurso en la causal de nulidad por falsa motivación endilgada por la parte accionante, al no desvirtuarse la presunción de legalidad del mismo, por los argumentos antes expuestos.

Ahora bien, el apelante alegó que su propuesta era mejor que la de Sanofi Aventis de Colombia, razón por la cual merecía ser el adjudicatario de la licitación, frente a esta afirmación la Sala encuentra que si bien el accionante obtuvo inicialmente la mejor calificación, lo cierto es que se encontraba incurso en dos de las causales de rechazo



Expediente 47.145
Actor: Arbofarma S.A
Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

de la propuesta señaladas en el pliego, circunstancia que hacía imposible otorgarle puntaje, como efectivamente lo precisó el Ministerio en el acto de adjudicación.

En estos términos, es evidente entonces que la oferta presentada por Arbofarma S.A debía ser desechada y por consiguiente el adjudicatario del proceso de licitación, debía ser como lo fue, Sanofi Aventis de Colombia. Consecuentemente, ni la Resolución de adjudicación No.005156 del 28 de diciembre de 2006, ni el contrato No.434 de la misma fecha, acusados de nulidad, se encuentran viciados porque la decisión de rechazar la propuesta presentada por la sociedad accionante se ajustó a lo previsto en el pliego de condiciones.

Por lo tanto, la Subsección encuentra que la demandante no logró acreditar la ilegalidad del acto de adjudicación, así como tampoco demostró que su propuesta era la mejor y la más favorable para el cumplimiento de los intereses de la administración, una razón más para que las pretensiones por elevadas estén destinadas al fracaso.

Finalmente, con relación a la supuesta vulneración de los derechos de transparencia, defensa y petición del proponente, la Sala comparte y se atiene lo dicho por el Tribunal de primera instancia, en cuanto a que *“si bien el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública determina que las propuestas, los informes y conceptos pueden ser conocidos por los proponentes y que el MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL bien pudo proporcionar la copia del documento solicitado por ARBOFARMA S.A., esta omisión no constituye violación a los derechos de contradicción y defensa del demandante, como quiera que previamente al proferimiento de la resolución de adjudicación se le permitió proporcionar la información respecto de su K residual y explicar los aspectos que habían sido objetados por la firma SANOFI AVENTIS DE COLOMBIA S.A.”*

En conclusión, se confirmará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C de Descongestión el 16 de mayo de 2012, por las consideraciones antes señaladas.



Expediente 47.145
Actor: Arbofarma S.A
Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 16 de mayo de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera – Subsección C de Descongestión, por los argumentos expuestos en esta providencia.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada



Expediente 47.145
Actor: Arbofarma S.A
Demandado: Nación- Ministerio de la Protección Social

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado