**REGISTRO DE PRODUCTORES DE BIENES NACIONALES – Noción – Fundamento normativo**

El Registro de Productores de Bienes Nacionales es el procedimiento a través del cual una persona natural o jurídica que posee la infraestructura necesaria, esto es, maquinaria, equipo, personal e instalaciones, inscribe ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo el bien o producto objeto de fabricación con el cumplimiento de los requisitos y disposiciones establecidos en la normatividad vigente. En otras palabras, el Registro de Productores de Bienes Nacionales constituye la base de datos que contiene la información de los bienes registrados vigentes, que se fabrican en el territorio nacional con su correspondiente subpartida arancelaria, vigencia y empresa que lo produce. Igualmente se erige como un instrumento de consulta y soporte que dispone el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para emitir conceptos de existencia o no de producción nacional registrada de bienes para efectos de: - Preparación de documentación y apoyo técnico para negociaciones internacionales de comercio. - Procesos de licitación del sector oficial. (…) cabe agregarse que los criterios para conformar el Registro de Productores de Bienes Nacionales se implementaron a través del Decreto 2680 de 2009, en el cual se definieron aspectos tales como bienes totalmente obtenidos, bienes elaborados con materiales nacionales, transformación sustancial, porcentaje mínimo de valor agregado nacional y proceso productivo sustancial

**REQUISITOS HABILITANTES – Acreditación – Inscripción en el registro de productor nacional – Certificado del registro**

No resultaba jurídicamente ajustado incorporar la acreditación de la inscripción en el Registro de Productor Nacional como una carga en cabeza de los proponentes, toda vez que para el momento de abrir el proceso de selección ya la entidad debía tener conocimiento sobre quiénes eran los productores nacionales del bien a contratar, registrados en el listado custodiado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, pues solo así podría encausar la convocatoria. (…) se tiene que la decisión de inhabilitar la propuesta del demandante con sustento en la presunta inobservancia del requisito previsto en el numeral 2.1.13 del pliego de condiciones, en manera alguna se ajustó a derecho en la medida en que el Registro de Productor Nacional fue concebido normativamente para que la información que allí reposara fuera tenida en cuenta por la entidad en una etapa previa a la apertura del procedimiento de selección y no como una herramienta de verificación del cumplimiento de los requisitos previstos en el numeral primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 que sí se encuentran consagrados como elementos de habilitación en concordancia con los dictados del liter (…) su supuesta inobservancia tampoco habría servido de sustento para desestimar la oferta del demandante debido a que, no obstante haberse otorgado a los proponentes dos alternativas para la acreditación de la inscripción en el Registro de Productores Nacionales, en la etapa final la entidad cambió las reglas prestablecidas y decidió que solo una de ellas se ajustaba al orden legal castigando de esta forma aquellas propuestas que optaron por la segunda alternativa brindada por el pliego. al a) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993.

**ADJUDICACIÓN – Propuesta menor favorable – Perjuicio al oferente que debió ser adjudicatario – Indemnización – Restablecimiento del derecho**

La jurisprudencia de esta Corporación de manera uniforme y reiterada ha sostenido que cuando la Administración se abstiene de adjudicar un contrato como producto de un procedimiento de selección o este se adjudica a un proponente que no formuló la oferta más favorable, estas circunstancias generan un perjuicio al oferente que debió resultar favorecido con la selección, daño que, por regla general, se concreta en la pérdida de oportunidad de recibir la utilidad que esperaba obtener por la ejecución del contrato. (…) Comoquiera que no existen pruebas para establecer con certeza el porcentaje que sobre ese valor habría de corresponder a la utilidad esperada, la Sala, con apoyo en pronunciamientos jurisprudenciales precedentes en los que esta Subsección ha afrontado la misma situación, acudirá a las reglas de la experiencia y la sana crítica para efectos de calcular la indemnización que se debe, siguiendo los mismos lineamientos trazados por esta Corporación en oportunidades anteriores. En ese orden, la Sala considera que sobre el valor de la propuesta se debe calcular, el cinco por ciento (5%) por concepto de la utilidad esperada por ser el porcentaje que normalmente se espera obtener por la ejecución de los negocios jurídicos celebrados con el Estado.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO**

Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00692-02(49025)**

**Actor: WEST POINT S.A.**

**Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL y AGENCIA LOGISTICA DE LAS FUERZAS MILITARES**

**Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Temas: NULIDAD DE ACTO DE DECLARATORIA DE DESIERTA – Inobservancia de requisitos habilitantes / REGISTRO DE PRODUCTORES DE BIENES NACIONALES – Pertinencia de exigirlo en los pliegos de condiciones como un requisito habilitante.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 18 de julio de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B, mediante la cual se dispuso:

*“PRIMERO. - NEGAR las pretensiones de la demanda.*

*“SEGUNDO. – Sin condena en costas en esta instancia.*

*“(…)”.*

1. **A N T E C E D E N T E S**

**1. La demanda**

Mediante demanda presentada el 29 de septiembre de 2010, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la sociedad West Point S.A. solicitó que se declarara la nulidad de las Resoluciones Nos. 496 del 16 de junio de 2010, por la cual la Agencia Logística de las Fuerzas Militares declaró desierto el procedimiento de Selección Abreviada No. 040 de 2010 respecto del ítem No. 3 “*gancho rápido y remache de amarre*” y de la 629 del 27 de julio de 2010, por la cual la misma entidad resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión y decidió confirmarla.

Como consecuencia de lo anterior, la demandante reclamó el reconocimiento de la suma de $259’418.224 por concepto de lucro cesante, consistente en la utilidad dejada de percibir por cuenta de la no adjudicación del contrato y, adicionalmente, la suma de $40’000.000 en la modalidad de daño emergente.

**2. Los hechos**

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

**2.1.** Mediante Resolución No. 380 del 5 de mayo de 2010 la Agencia Logística de las Fuerzas Militares dio apertura al procedimiento de Selección Abreviada No. 040 de 2010, con el objeto de contratar la adquisición de caucho para vulcanizar cuero de corte antanino, gancho rápido, remache de amarre y vaqueta negra para vistas con destino al Ejército Nacional.

**2.2.** Al proceso de selección se presentaron los siguientes proponentes: 1) West Point S.A.; 2) María Delia Mejía Palacio, propietaria del establecimiento de comercio Manufacturas Delmyp.

**2.3.** Uno de los requisitos previstos en el pliego de condiciones consistió en que el proponente debía adjuntar el Registro de Productor Nacional o Declaración Jurada de Registro.

**2.4.** El 16 de junio de 2010, a través de Resolución No. 496, la Agencia Logística adjudicó el procedimiento de selección abreviada respecto de los ítems 1 *“caucho para vulcanizar*”, 2 “*cuero de corte antanino*”, 4 “*vaqueta negra para vistas*” y lo declaró desierto respecto del ítem 3 “*gancho rápido y remache de amarre*”, bajo el argumento de que el proponente West Point S.A. no contaba con el Registro de Productor Nacional.

**2.5.** Mediante Resolución No.629 del 27 de julio de 2010 la entidad resolvió el recurso de reposición interpuesto por el proponente demandante, en el sentido de confirmar la declaratoria de desierta.

**3. Normas violadas y concepto de la violación**

La parte actora adujó que los actos acusados transgredieron lo dispuesto en el artículo 3, los numerales 4 y 5 literales b, d, e, f del artículo 24 y el numeral 3 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, así como el numeral 2.1.13 del pliego de condiciones, de conformidad con el cual se dispuso que los oferentes aportarían, como requisito habilitante, el *“Registro de Productor Nacional o la Declaración Jurada de Registro”* de acuerdo con lo previsto en la Ley 1089 de 2006 y el Decreto Reglamentario 660 de 2007.

De la lectura de la previsión precontractual aludida, el demandante advirtió que la entidad había dejado un margen de discrecionalidad al proponente para que acreditara el cumplimiento de esa exigencia, aportando cualquiera de los dos documentos a su elección.

Sobre esa materia señaló que, según lo dispuesto en el pliego de condiciones, el referido requisito bien podía ser satisfecho a través de la presentación de la Declaración Jurada de Registro, documento que se equiparaba a un acto administrativo de naturaleza vinculante siempre que no fuera anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Con fundamento en lo expuesto estimó desproporcionada la medida adoptada por la entidad pre-contratante dirigida a inaplicar dicha previsión por la presunta ilegalidad del requisito.

Señaló que la entidad vulneró las disposiciones del Estatuto Contractual que regulan el principio de transparencia, dado que a lo largo del procedimiento de selección incurrió en varias equivocaciones que condujeron a inhabilitar la propuesta del demandante, luego de inducirlo a error respecto de la forma de satisfacer las exigencias previstas en el pliego.

Sostuvo que la entidad introdujo cambios a las reglas del juego que le fueron imposibles de atender al oferente en las condiciones impuestas por la Agencia.

Consideró que en el caso se había presentado una trasgresión al principio de responsabilidad que se concretó en el hecho de haber incorporado en el pliego reglas ambiguas y confusas que generaron incertidumbre acerca de la forma en que debían ser satisfechas por los oferentes.

Por lo demás, apoyó sus pretensiones en la jurisprudencia del Consejo de Estado mediante la cual esta Corporación se ha pronunciado acerca de la ilegalidad de algunos actos administrativos que declaran desierto el procedimiento de selección.

**4. Actuación procesal**

**4.1.** El Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Tercera – Subsección A, mediante providencia del 24 de febrero de 2011, dispuso la admisión de la demanda y ordenó notificarla a la parte demandada.

**4.2.** En providencia del 20 de octubre de 2011, el Tribunal Administrativo de primera instancia abrió el período probatorio.

**5. Contestación de la demanda**

5.1. Agencia Logística de las Fuerzas Militares

La entidad presentó escrito de contestación dentro del término legal.

En dicha oportunidad se opuso a las pretensiones de la demanda por considerar que los actos administrativos censurados se ajustaban a la legalidad y se encontraban debidamente motivados.

Al respecto, manifestó que la Agencia, a través de la evaluación técnica, económica y jurídica estableció que la demandante no había cumplido con lo estipulado en el pliego de condiciones correspondiente a la Selección Abreviada No. 040 de 2010 y, atendiendo a que ninguno de los dos oferentes que presentaron oferta para participar cumplieron las exigencias técnicas y jurídicas, la declaratoria de desierta resultaba procedente en lo que concernía al ítem No. 3.

En relación con los fundamentos fácticos indicó que la Agencia Logística, por conducto de su representante legal, reconoció que se había presentado un error en la estructuración de los pliegos y, al efecto, explicó que el Registro de Productor Nacional, por mandato legal, no se suplía con ningún otro documento.

Explicó que el demandante no se sujetó a lo establecido en el pliego de condiciones habida consideración de que a su oferta no acompañó el documento exigido, esto es, una declaración jurada con fines de obtención de registro, sino una declaración jurada de determinación de origen con destino a la exportación procedente del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo cuyo propósito es determinar la procedencia del producto para tener preferencias arancelarias.

Adicionalmente, propuso las siguientes excepciones:

Caducidad de la acción

Sobre el particular consideró que la notificación del acto por medio del cual se confirmó la declaratoria de desierta de la Selección Abreviada No. 040 de 2010, en lo referente al ítem No. 3, se produjo el 28 de julio de 2010, por lo que el término de treinta días de caducidad de la acción vencía el 20 de agosto de 2010, fecha en que aún no se había suspendido su cómputo por cuenta de la solicitud de conciliación prejudicial.

Cobro de lo no debido

Según la demandada, el libelista no allegó prueba alguna tendiente a acreditar los perjuicios reclamados, omisión que llevaba a que la mismos fueran desestimados.

Ineptitud sustantiva de la demanda

Sobre el particular puso de presente la inexistencia de causal de nulidad que invalidara los actos demandados.

No violación al principio de selección objetiva del contratista

Advirtió que la Agencia fue clara en la elaboración de los pliegos de condiciones al precisar que el oferente debía presentar en su oferta el Registro de Productor Nacional o la Declaración Jurada de Registro, ninguno de los cuales se asemejaba al documento aportado por la demandante.

**7. La sentencia impugnada**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda.

Luego de verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales, procedió a realizar un extenso recuento de lo probado en el proceso.

Al abordar el análisis del fondo, el fallador de primer grado sostuvo que el pliego de condiciones había exigido que se aportara el Registro de Productor Nacional o la Declaración Jurada de Registro.

Consideró que, no obstante lo anterior, el proponente demandante no se sujetó a esa previsión debido a que, según lo desprendió del acta que absolvió las observaciones a la evaluación, la declaración jurada por él allegada no correspondía a una inscripción como productor nacional sino que se trataba de un formulario diligenciado con fines de determinar el origen del producto a exportar, condición que no guardaba coincidencia con el requisito previsto en el numeral 2.1.13 del documento precontractual, como tampoco con la exigencia de la Ley 1089 de 2006.

También observó que, en aras de garantizar el derecho de contradicción y atendiendo al hecho de que el requisito en mención no era subsanable, la entidad requirió al demandante con el propósito de que aportara el respectivo Registro de Productor Nacional, frente a lo cual el oferente hizo caso omiso, al paso que adujo que el aportado cumplía con el pliego.

Además de lo expuesto, el Tribunal *a quo* indicó que no obraba prueba en el expediente en virtud de la cual resultara posible establecer la información consignada en la declaración jurada presentada por el proponente junto con la oferta, pues en el plenario no reposaba dicho documento.

Tampoco encontró acreditado el hecho de que para la fecha en que se formuló la oferta, el proponente hubiera estado inscrito como productor nacional en el registro tramitado ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Por el contrario, por información suministrada a la Agencia demandada, como consecuencia de las indagaciones adelantadas ante el mencionado ente ministerial en el desarrollo de la selección abreviada, se tuvo conocimiento de que el demandante no se encontraba inscrito en el aludido registro.

Finalmente, estimó que aunque el pliego hubiera permitido acreditar la calidad de productor nacional con el registro o con la declaración juramentada de registro, de conformidad con los dictados de la Ley 1089 de 2006 y el Decreto 660 de 2007, dicha condición solo podría acreditarse a través del primero de estos.

Así las cosas, la primera instancia concluyó que los actos administrativos acusados se encontraban debidamente ajustados a la legalidad.

**8. El recurso de apelación**

La parte actora, a través de su apoderado, presentó oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Para sustentar el recurso, en primer lugar, se refirió a las normas que regulaban la adquisición de bienes y servicios destinados a la defensa nacional.

En ese contexto, consideró que la Agencia Logística había desatendido lo dispuesto por la Ley 1089 de 2006 y su Decreto Reglamentario, en la medida en que no solicitó certificación expedida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo sobre la existencia de producción nacional a los bienes y servicios que se pretendían adquirir.

De allí concluyó que la contratación no se podía restringir a la obtención de bienes de esa exclusiva procedencia, en tanto no se contaba con aquella información.

A lo expuesto sumó que las normas en cuestión no cerraban la posibilidad de contratar la adquisición de bienes y servicios de origen extranjero como, en su criterio, lo entendió erradamente la Agencia Logística.

En ese orden, estimó que no era viable exigir un documento como el Registro de Productor Nacional que, además de no ser indispensable para el procedimiento de selección, su requerimiento vulneraba el principio de primacía de la sustancia sobre la forma.

Insistió en que el proponente había cumplido la exigencia prevista en el pliego a través de la presentación de la Declaración Jurada de Registro que fue lo que allí se solicitó de manera alternativa al Registro de Productor Nacional. El hecho de que la Agencia posteriormente hubiese variado las reglas del juego, en su sentir, no podía acarrear la responsabilidad del oferente por la inobservancia de las alteradas exigencias.

Cuestionó la conclusión del Tribunal de conformidad con la cual en el expediente no obraba prueba de que con la propuesta formulada por West Point S.A. se hubiere acompañado de la declaración de registro, pues ello solo revelaba que la copia del procedimiento de selección aportada por la parte demandada se encontraba incompleta.

Así mismo, advirtió que la discusión no radicaba en establecer la calidad de productor nacional de West Point S.A., máxime cuando de ello daba cuenta la Cámara de Comercio de Bogotá al expedir el respectivo certificado de existencia y representación en donde se evidenciaba que era una empresa que producía, transformaba y comercializaba varios productos y mercancías y que había sido proveedora de las mismas Fuerzas Militares.

**9. Actuación en segunda instancia**

**9.1.** Mediante providencia del 6 de diciembre de 2013, la Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso de alzada interpuesto por la parte demandante.

**9.2.** Por auto del 26 de enero de 2014, esta Subsección negó el decreto de la prueba respecto del documento aportado por la parte actora junto con el recurso de apelación, por considerar que el mismo ya había sido aportado en la etapa probatoria de la primera instancia.

**9.3.** Por medio de providencia del 21 de marzo de 2014 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto.

En el término otorgado, las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

**II. C O N S I D E R A C I O N E S**

Para resolver la segunda instancia de la presente litis se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** procedencia y oportunidad de la acción; **3)** legitimación en la causa; **4)** análisis de la apelación; **4.1)** del Registro de Productores de Bienes Nacionales y de su tratamiento normativo; **4.2)** de la exigencia incorporada en el pliego de condiciones correspondiente a la Selección Abreviada No. 040/2010 en relación con el registro de Productores Nacionales o Declaración Jurada de Registro; **4.3)** de la nulidad de las Resoluciones Nos. 496 del 16 de junio de 2010, por la cual la Agencia Logística de las Fuerzas Militares declaró desierto el procedimiento de Selección Abreviada No. 040 de 2010, respecto del ítem No. 3 “*gancho rápido y remache de amarre*” y de la 629 del 27 de julio de 2010, por la cual la misma entidad resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión y decidió confirmarla; **4.4.)** del restablecimiento del derecho y **5)** costas.

**1.- Competencia del Consejo de Estado**

**1.1.-** El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue reformado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, consagra que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En esta oportunidad se somete a consideración de la Sala el examen de legalidad de los actos administrativos vertidos en la Resolución No. 496 del 16 de junio de 2010, por la cual la Agencia Logística de las Fuerzas Militares declaró desierta la Selección Abreviada No. 040 en lo referente al ítem No. 3, y en la Resolución No. 627 del 27 de julio de la misma anualidad, por la cual, al desatar un recurso de reposición interpuesto contra la anterior, la Agencia decidió confirmarla.

En ese sentido, se precisa que en el caso bajo análisis el extremo demandado lo conforman la Nación – Ministerio de Defensa y la Agencia Logística de las Fuerzas Militares, siendo este último un establecimiento público del orden nacional creado por el Decreto 4746 de 2005, el cual, además de tener capacidad jurídica para comparecer directamente al proceso, de conformidad con la letra a) del ordinal primero del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, tiene la naturaleza de entidad estatal*[[1]](#footnote-1)*.

**1.2.-** También le asiste competencia a la Sala para conocer de la presente causa en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de $259’418.224, por concepto de la utilidad que habría obtenido la demandante en el evento de resultar favorecida con la selección cuya declaratoria de desierta se enjuicia, monto que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. ($257’500.000)[[2]](#footnote-2), exigida en la Ley 954, promulgada el 28 de abril de 2005, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

**2. Procedencia y oportunidad de la acción**

La presente demanda se instauró el 29 de septiembre de 2010, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con el propósito de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 496 del 16 de junio de 2010, por la cual la Agencia Logística de las Fuerzas militares declaró desierta la Selección Abreviada No. 040, en el ítem No. 3 y la Resolución No. 627 del 27 de julio de la misma calenda, por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra aquella, confirmándola, así como la consecuente pérdida de la utilidad derivada del hecho de no habérsele adjudicado el contrato.

En relación con el tema de la caducidad del acto administrativo de declaratoria de desierta de una convocatoria pública, la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante providencia del 2 de agosto de 2006[[3]](#footnote-3), modificó la orientación acerca de la acción procedente para controvertir su legalidad que entonces imperaba[[4]](#footnote-4) y consideró que dicha decisión correspondía a un acto previo dentro de una relación jurídica de carácter contractual, a la cual aplicaban por tanto los dictados del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo.

Esta circunstancia conduce a que el término para enjuiciar la legalidad de este tipo de decisiones corresponde al de los treinta (30) días siguientes a la notificación del acto.

En el caso concreto, la Sala evidencia que el acto de declaratoria de desierta de la Selección Abreviada No. 040, respecto del ítem No. 3, proferido el 16 de junio de 2010 solo cobró firmeza hasta el 27 de julio del mismo año, fecha en que la Agencia, a instancia del recurso de reposición impetrado contra aquel, decidió confirmar su decisión.

Este último acto, igualmente impugnado en esta oportunidad, se notificó al demandante el 28 de julio de 2010[[5]](#footnote-5); de allí que a partir del día siguiente, 29 de julio de 2010, se iniciaba el cómputo de los treinta (30) días de caducidad de la acción, término que vencía inicialmente el 9 de septiembre de esa misma anualidad.

En este punto, cobra relevancia señalar que el 9 de septiembre de 2010 la parte actora presentó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría 137 Judicial Administrativa, trámite que culminó el 29 de septiembre del mismo año, tras haber resultado fallido el intento de arreglo[[6]](#footnote-6).

En ese orden, aun cuando el término de caducidad para interponer la presente demanda inicialmente vencía el 9 de septiembre de 2010, ese mismo día se produjo la suspensión de su cómputo por cuenta de la presentación de la solicitud conciliatoria, etapa que se prolongó hasta el 29 de septiembre del mismo año. En esta última fecha se presentó la demanda[[7]](#footnote-7).

Como consecuencia, al haberse interpuesto la demanda el 29 de septiembre de 2010, esto es, el mismo día en que se declaró fallida la conciliación, la Sala concluye que la acción se ejerció dentro del término legalmente establecido.

**3. Legitimación en la causa**

La Sala encuentra que le asiste legitimación en la causa por activa a la parte actora, conformada por la sociedad West Point S.A. para integrar el extremo demandante, por cuanto, luego de participar en el procedimiento de Selección Abreviada No. 040 de 2010 vio truncadas sus expectativas de resultar favorecida con la escogencia, por causa de la expedición del acto de declaratoria de desierta de cuya legalidad se ocupa la Sala en esta oportunidad.

Igualmente, halla la Sala legitimada en la causa por pasiva a la Agencia Logística de las Fuerzas Militares, en consideración a que, en su calidad de entidad precontratante dentro del procedimiento de Selección Abreviada No. 040 de 2010, fue la que expidió los actos administrativos cuya declaratoria de nulidad se solicita.

Ahora bien, no obstante no corresponder a un punto de debate, la Sala estima conveniente poner de presente que no encuentra legitimada en la causa por pasiva a la Nación - Ministerio de Defensa, toda vez que ningún cargo de reproche se elevó respecto de la actuación u omisión de este ministerio y tampoco se evidencia que haya intervenido en la ocurrencia de los hechos materia de debate.

Debe agregarse a lo anterior, que la entidad precontratante Agencia Logística de las Fuerzas Militares, bien podía citarse al proceso por conducto de su representante, sin que resultara necesaria disponer igualmente la vinculación del Ministerio de Defensa.

**4) Análisis de la apelación**

El argumento de alzada se centró, esencialmente, en reprochar la decisión adoptada por la Agencia Logística de las Fuerzas Militares a través de la cual inhabilitó la propuesta presentada por la sociedad West Point S.A. para participar en la Selección Abreviada No. 040/2010 y la declaró desierta respecto del ítem No. 3, con fundamento en la presunta inobservancia del requisito consistente en el Registro de Productor Nacional, el cual, en criterio del libelista, además de no ser necesario para la comparación efectiva de las propuestas, tampoco había sido requerido de manera exclusiva y categórica en los pliegos de condiciones, pues en ese documento se concedió la posibilidad de que los proponentes acreditaran la condición de productor nacional, ya fuera con el registro o con la declaración jurada de registro que, en últimas, fue la aportada por el demandante, según afirmó.

En ese orden, procede la Sala a resolver los argumentos de la apelación a la luz de los hechos probados:

-. Mediante Resolución No. 380 del 5 de mayo de 2010, la Dirección de la Agencia Logística de las Fuerzas Militares ordenó la apertura del procedimiento de Selección Abreviada No. 040 de 2010, con el propósito de contratar la adquisición de caucho para vulcanizar cuero de corte antanino, gancho rápido, remache de amarre y vaqueta negra para vistas con destino al Ejército Nacional.

En el numeral 2.1.13 del pliego de condiciones correspondiente a la Selección Abreviada No. 040, la entidad convocante estableció:

*“En cumplimiento a lo previsto en el artículo primero de la Ley 1089 de 2006, en el que se establece ‘la adquisición de bienes y servicios destinados a la seguridad y defensa nacional que sean de producción nacional, en la cantidad, calidad y oportunidad requerida se efectuará con productores nacionales. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo certificará la existencia de su producción, dentro del territorio nacional y la comprobación de que ésta se lleva a cabo en términos de competencia abierta’, el proponente anexará el registro de productor nacional o Declaración Jurada de Registro con su propuesta del fabricante de los bienes.*

*“En dicho registro se debe evidenciar la siguiente información: descripción del producto, subpartida arancelaria y la fecha de vencimiento del registro debe corresponder exactamente a lo establecido en el anexo 1 Datos del proceso.*

*“La oferta quedará habilitada en este aspecto siempre y cuando el registro haya sido expedido por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo con fecha anterior a la presentación de la propuesta, de igual forma debe estar vigente a la presentación de la propuesta.*

*“Adicionalmente, se debe tener vigente el registro de productor nacional o declaración jurada de registro para la suscripción del contrato de resultar favorecido y luego en la ejecución del mismo y cuatro (4) meses más”.*

El formulario No. 2 que debía diligenciarse como parte complementaria al pliego de condiciones se tituló “*COMPROMISO DEL FABRICANTE Y/O OFERENTE EN EL CUAL INFORMA SOBRE SU CAPACIDAD DE ATENDER LA ADQUISICIÓN DE BIENES O SERVICIOS EN LA CANTIDAD, CALIDAD Y OPORTUNIDAD REQUERIDOS POR EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL EN CUMPLIMIENTO AL ARTICULO 5° DEL DECRETO 660 DE 2007 REGLAMENTARIO DE LA LEY 1089 DE 2006”.*

En la nota final del aludido formulario se consignó “*Este compromiso se verificará contra el Registro de Producción Nacional expedido por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo con fecha anterior al cierre del proceso”[[8]](#footnote-8).*

El ítem No. 3 del objeto de la selección abreviada consistió en “*gancho rápido y remache de amarre”*, y los proponentes que presentaron propuesta para participar respecto del mismo fueron la sociedad West Point S.A. y María Delia de Palacio, propietaria del establecimiento de comercio Manufacturas Delmyp.

El 2 de junio de 2010, el Comité de la Agencia Logística rindió el informe de evaluación correspondiente a la Selección Abreviada No. 040/2010. En esa oportunidad consideró que la firma West Point S.A. se encontraba habilitada respecto del ítem No. 03 y, por tanto, su propuesta debía ser sometida a la respectiva calificación[[9]](#footnote-9).

Dentro del término para formular observaciones al informe de evaluación, la proponente María Delia de Palacio presentó su objeción en torno a la habilitación de la oferta de la sociedad demandante bajo el argumento de que no se había dado cumplimiento a la exigencia prescrita en el numeral 2.1.13. del pliego de condiciones en la medida en que el documento aportado correspondía a la declaración de origen con destino a la exportación de tal suerte que no coincidía con el exigido por la entidad pública.

Como respuesta a la observación el comité evaluador advirtió que estaba llamada a mantenerse la habilitación otorgada a la oferta de West Point S.A, con fundamento en lo siguiente[[10]](#footnote-10):

*“El comité jurídico se permite informar que, de conformidad con el principio de igualdad de los proponentes frente al pliego de condiciones, en donde en su numeral 2.1.13 se solicitó se allegase el Registro de Productor Nacional o Declaración Jurada de Registro, la firma WEST POINT S.A., a folio 38 y 39 aporta la DECLARACION JURADA DE REGISTRO, de donde fácilmente es rescatable la Subpartida Arancelaria, la cual coincide con la exigida, el nombre comercial y técnico, así como la unidad comercial que se registra, todo lo cual de conformidad a la exigencia del pliego de condiciones.*

*“La aseveración contemplada dentro de la observación, respecto a que el documento visible a folio 38 y 39 de la propuesta de WEST POINT S.A. no cumple con lo exigido, comoquiera que allegó junto con su propuesta Declaración Jurada de Determinación de origen con destino a la exportación y no el registro de productor nacional, no se aprecia de recibo toda vez que reiteradamente visualizado el documento se encuentra que en él se describe suficientemente el producto con las especificaciones mínimas requeridas, sin que el destino del mismo tenga exclusión alguna por parte del pliego de condiciones”.*

Llegada la fecha y hora previstas para la audiencia de adjudicación, 15 de junio de 2010, la misma se vio suspendida por cuenta de la observación formulada por la oferente María Delia de Palacio frente a la propuesta de la sociedad West Point S.A. en punto al cumplimiento del requisito contemplado en el numeral 2.1.13 del pliego.

En esa misma fecha, la Agencia Logística, a través de oficio No. 1296, solicitó a la sociedad West Point S.A. que allegara el Registro de Productor Nacional de acuerdo con la Ley 1089 de 2006 y su Decreto Reglamentario No. 660 de 2007 a más tardar el 16 de junio de 2010 con el fin de reanudar la audiencia de adjudicación[[11]](#footnote-11).

Frente a lo anterior, la proponente West Point S.A., en escrito del 16 de junio de 2010, informó a la Agencia que su propuesta se había sujetado a los lineamientos del documento precontractual, así como a los requisitos legales dirigidos a acreditar la calidad de productor nacional y allegó algunas resoluciones expedidas por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en virtud de las cuales, en su criterio, se establecía la validez de la declaración jurada de registro de productor nacional[[12]](#footnote-12).

El 16 de junio de 2010 a las 8:00 a.m. se reanudó la audiencia de adjudicación y el primer aspecto que se abordó fue el relativo al cumplimiento de lo previsto en el numeral 2.1.13 del pliego de condiciones por pate del proponente West Point S.A., al cabo de lo cual se concluyó que su oferta no atendió las exigencias legales que regulaban el Registro de Productor Nacional, lo que conducía a su inhabilitación.

Las razones que en esa oportunidad esgrimió la entidad precontratante fueron las siguientes:

*“La Entidad una vez analizada la observación planteada procedió, con dos de sus funcionarios a dirigirse al piso 16 del Ministerio de Comercio Exterior, Registro de Productor Nacional, a fin de indagar sobre la situación en el registro de las firmas WEST POINT S.A. y CURTIEMBRES BUFALO S.A. frente al Registro de Productor Nacional, que lleva dicho Ministerio, pudiéndose evidenciar que las citadas firmas han diligenciado en debida forma el formato de DECLARACIÓN JURADA DE REGISTRO pero no ha sido orientado hacia la obtención del registro del productor nacional, sino para la determinación de origen con fines de exportación. Es de aclararse, que cuando el Pliego de Condiciones en el numeral 2.1.13. exige la declaración jurada de registro, claramente hace referencia es a que esta debe estar directamente relacionada con el Registro de Productor Nacional, de conformidad con lo previsto por la legislación vigente.*

*“(…).*

*“Así mismo, y consultado directamente el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el día 15 de junio de 2010, sobre el valor probatorio del documento aportado denominado ‘Declaración Jurada de Registro’, fue informada la Entidad que se trata de un formulario diligenciado por parte del interesado al momento de solicitar su registro de productor nacional, o determinación de origen o de oferta exportable, documento que se tramita bajo la gravedad del juramento, por lo tanto no es posible asimilarla a ninguna de estas certificaciones, pues tan solo es oponible frente al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, teniendo en cuenta que el artículo 1 de la Ley 1089/06 indica que la autoridad competente para emitir dichos registros es este Ministerio y en ningún momento la norma se refiere a una declaración jurada u otro tipo de instrumento por medio del cual se acrediten los mismos.*

*“Toda vez que el Registro de Productor Nacional es un documento de verificación y por ende subsanable, conforme al artículo 10 del Decreto 2474 de 2008, se procedió a pedirlo al proponente, quien mediante escrito del 16 de junio de 2010 en su numeral segundo expone que a folios 38 y 39 de la propuesta allegó la ‘DECLARACIÓN JURADA DE REGISTRO DE PRODUCTOR NACIONAL, de conformidad con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones’ situación esta que es imprecisa ya que verificada la base de datos del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo no figura tal declaración jurada de registro sino para la determinación del origen con fines de exportación, de tal suerte que la resolución 328 del 31 de julio de 2009 expedida por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo adjunta a la respuesta no resulta aplicable para el presente caso dado que esta hace expresa referencia es para los bienes exportables. Atendiéndose al requerimiento hecho por la entidad, el proponente no allegó la documentación requerida.*

*“Finalmente se puede concluir que el ‘Registro de Productor Nacional’ expedido por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo es la ÚNICA certificación legal que permite acreditar una persona natural o jurídica como productor nacional en virtud a lo expuesto por la ley 1089/06 y su Decreto Reglamentario 660/07, razón por la cual se acoge la observación planteada por Manofacturas Delmyp y por ende la oferta presentada por la firma WEST POINT S.A. queda inhabilitada jurídicamente para continuar en el presente proceso de selección”.*

Todo lo expuesto quedó condensado en la Resolución No. 496 del 16 de junio de 2010, por la cual la Agencia Logística de las Fuerzas Militares decidió declarar desierto el ítem no. 3 “*Gancho Rápido y Remache de Amarre*” teniendo en cuenta que los dos únicos oferentes participantes no cumplieron con los aspectos técnicos y jurídicos exigidos en el pliego de condiciones[[13]](#footnote-13).

La sociedad West Point S.A. interpuso recurso de reposición contra la anterior decisión, el cual fue resuelto a través de la Resolución No. 629 del 27 de julio de 2010, argumentando, en esencia, que resultaba contrario a la normativa vigente la descalificación de una propuesta por la falta de requisitos no necesarios para la comparación objetiva de las ofertas y que la entidad no tenía facultad para modificar los pliegos de condiciones en medio de la audiencia de adjudicación.

Mediante Resolución No. 629 del 27 de julio de 2010, la Agencia Logística de las Fuerzas Militares confirmó en todas sus partes la decisión acusada, reiterando las mismas consideraciones expuestas como fundamento de la declaratoria de desierta de la Selección Abreviada No. 040/2010 en el ítem No. 3.

4.1.Del Registro de Productor Nacional y de su tratamiento normativo

Para resolver el cargo de censura, la Sala estima necesario, prima facie, indagar acerca de las reglas que regulaban el Registro de Productor Nacional para la época en que se abrió el procedimiento de selección sometido a estudio, con el fin de establecer, a la luz del marco normativo que lo gobernó, la pertinencia de exigirlo en el pliego de condiciones como un requisito de habilitación.

Tanto en el trámite precontractual, como durante la presente actuación procesal, la entidad demandada reiteradamente advirtió que el Registro de Productor Nacional, o mejor, la certificación en la cual constara la inscripción en el mismo, que debía expedir el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, era un requisito de ineludible observancia para efectos de participar en el procedimiento de selección para la adquisición de bienes destinados a la defensa y seguridad nacional, dado que el artículo primero de la Ley 1089 de 2006 y su Decreto reglamentario No. 660 de 2007 así lo exigían y en tal virtud resultaba viable que constituyera un requisito de habilitación.

Sobre el particular, la Sala observa que la Ley 1089 de 2006, mediante la cual se reguló la adquisición de bienes y servicios destinados a la defensa y seguridad nacional, en su artículo primero dispuso:

*“ARTÍCULO 1o. La adquisición de bienes y servicios destinados a la seguridad y defensa nacional, que sean de producción nacional, en la cantidad, calidad y oportunidad requerida se efectuará con los productores nacionales. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, certificará la existencia de su producción, dentro del territorio nacional y la comprobación de que esta se lleva a cabo en términos de competencia abierta”.*

Adicionalmente, en el parágrafo de la norma en referencia se estableció la posibilidad de adquirir bienes y servicios que se produjeran en Colombia destinados a la defensa y seguridad nacional a productores extranjeros, siempre que los intereses de seguridad y defensa nacional indicaran su conveniencia.

Ahora bien, el artículo primero del Decreto 660 de 2007, reglamentario de la Ley 1089 de 2006, dispuso que para la adquisición de bienes y servicios destinados a la seguridad y defensa nacional, el Ministerio de Defensa Nacional debía solicitar al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo que certificara sobre la existencia o no de producción nacional, en términos de competencia abierta, de los bienes y servicios que se pretendieran adquirir.

Siguiendo esa dirección, en el artículo 4 del Decreto en mención se estableció que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo expediría la certificación, confrontando el listado remitido por el Ministerio de Defensa Nacional, con la información contenida en su Registro de Productores Nacionales, Oferta Exportable y Determinación de Origen.

Es del caso precisar además que el Registro de Productores de Bienes Nacionales es el procedimiento a través del cual una persona natural o jurídica que posee la infraestructura necesaria, esto es, maquinaria, equipo, personal e instalaciones, inscribe ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo el bien o producto objeto de fabricación con el cumplimiento de los requisitos y disposiciones establecidos en la normatividad vigente[[14]](#footnote-14).

En otras palabras, el Registro de Productores de Bienes Nacionales constituye la base de datos que contiene la información de los bienes registrados vigentes, que se fabrican en el territorio nacional con su correspondiente subpartida arancelaria, vigencia y empresa que lo produce. Igualmente se erige como un instrumento de consulta y soporte que dispone el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para emitir conceptos de existencia o no de producción nacional registrada de bienes para efectos de[[15]](#footnote-15):

 -       Preparación de documentación y apoyo técnico para negociaciones internacionales de comercio.

 -       Procesos de licitación del sector oficial.

Al respecto cabe agregarse que los criterios para conformar el Registro de Productores de Bienes Nacionales se implementaron a través del Decreto 2680 de 2009, en el cual se definieron aspectos tales como bienes totalmente obtenidos, bienes elaborados con materiales nacionales, transformación sustancial, porcentaje mínimo de valor agregado nacional y proceso productivo sustancial.

Retomando el estudio del Reglamento No. 660, se observa que en el artículo 5 se señaló

*“ARTÍCULO 5o. En los casos en que la certificación señale la existencia de producción nacional en términos de competencia abierta, de los bienes o servicios objeto del proceso contractual, la entidad competente para la adquisición solicitará por escrito a los correspondientes productores nacionales, información sobre su capacidad de atender la adquisición en la cantidad, calidad y oportunidad requeridas.*

*“Cuando una o varias de las respuestas se ajusten a las mencionadas cantidades, calidades y oportunidades, el proceso contractual se dirigirá únicamente a los productores nacionales, conforme a lo dispuesto por la Ley 1089 de 2006 (*subrayado fuera de texto).

*“PARÁGRAFO. No obstante, conforme a lo dispuesto por el parágrafo del artículo 1° de la Ley 1089 de 2006, la adquisición de los bienes y servicios a los que se refiere el presente decreto, podrá efectuarse a productores extranjeros cuando los intereses de seguridad y defensa nacional señalen su conveniencia”.*

De la normativa en mención, vigente para la época en que se dio apertura a la Selección Abreviada No. 040/2010, se desprende:

* Que por regla general la adquisición de bienes y servicios destinados a la defensa y seguridad nacional que sean de producción nacional debe adquirirse respecto de productores nacionales.
* Que, por excepción, la obtención de esos mismos bienes y servicios podrá realizarse con productores extranjeros, siempre que por motivos de conveniencia para la seguridad y defensa nacional así se considere.
* Que la entidad encargada de certificar acerca de la existencia de producción nacional de determinado bien o servicio en el territorio nacional es el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.
* Que el respectivo certificado debe expedirse por el ente ministerial con base en la información que reposa en el Registro de Productor Nacional que esa misma entidad se encarga de diligenciar, el cual debe conformarse de acuerdo con los lineamientos trazados por el Decreto 2680 de 2009.
* Que la finalidad de la certificación en comento consiste en determinar la efectiva existencia de producción nacional del bien o servicio que se pretende adquirir, con el propósito de dirigir el procedimiento de selección de contratista a los productores nacionales, dado que, en caso de no elaborarse el producto en Colombia, en la respectiva convocatoria habrá de tenerse en cuenta a todo aquel que este en capacidad de ofrecerlo sea nacional o extranjero.

Todo lo expuesto en conjunto, igualmente permite sostener que la obtención de la certificación expedida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo constituye un trámite que debe realizar la entidad encargada de adelantar el proceso de contratación, en cuanto solo a partir de su contenido se podrá establecer con certeza la existencia de producción del bien o servicio cuya obtención se procura.

De lo dicho también se deriva con claridad que ese trámite debe adelantarse por la entidad en la etapa previa a la apertura del procedimiento de selección, en la cual a la entidad convocante le asiste el deber de determinar la necesidad de contratar la cantidad y las especificaciones del bien o servicio requerido, así como las condiciones del mercado de los mismos en el país, pues no de otra manera podrán estructurase los pliegos de condiciones que en adelante habrán de regir el concurso.

Una vez obtenido el certificado de Registro de Productores de Bienes Nacionales en relación con el bien o servicio a contratar, la entidad indagará a los correspondientes productores nacionales, naturalmente registrados, acerca de su capacidad de atender la adquisición en la cantidad, calidad y oportunidad requeridas.

En el orden de ideas anotado se impone concluir que cualquier exigencia que se incorpore en el pliego de condiciones estructurado para la obtención de bienes y servicios de producción nacional, orientada a exigir como requisito habilitante que el proponente presente la certificación sobre la inscripción en el Registro de Productor Nacional, no consultaría el orden jurídico que regula ese trámite.

En efecto, se insiste en que la necesidad de obtener la información que reposa en el Registro se justifica en la medida en que con base en la misma se establecerá, de manera previa, a quien se habrá de dirigir el procedimiento de selección, es decir, si exclusivamente a los productores nacionales o también a los foráneos.

De ahí que cuando se abre el procedimiento de selección encaminado a la consecución del bien o servicio necesario para la defensa y seguridad nacional, la entidad encargada de adelantarlo debe conocer de antemano si se cuenta con producción nacional del mismo y qué personas naturales o jurídicas se encuentran inscritas en el Registro correspondiente, pues será respecto de ellas que se surtirá la escogencia.

En esa línea, el registro de productor nacional dice relación con el origen interno del bien y servicio que se ofrece con independencia de la procedencia del proponente.

Aclarado lo anterior, como conclusión fundamental puede afirmarse que, en el caso específico de la contratación para la adquisición de bienes y servicios destinados a la defensa y seguridad nacional, según las normas especiales que la regulan, el respectivo proceso de selección podrá restringirse a la participación exclusiva de proponentes que ofrezcan bienes y servicios de producción nacional siempre que: i) se determine previamente por la entidad la existencia del bien o servicio de producción nacional en condiciones de competencia abierta y ii) cuando los intereses de seguridad y defensa nacional no señalen la conveniencia de abrir el concurso para obtener productos de origen extranjero.

4.2. De la exigencia incorporada en el pliego de condiciones correspondiente a la Selección Abreviada No. 040/2010 en relación con el registro de Productor Nacional o Declaración Jurada de Registro

Se recuerda que todo el debate ha girado alrededor de la exigencia prevista en el numeral 2.1.13 del pliego de condiciones de la referencia, de conformidad con el cual, como requisito habilitante, el oferente debía presentar *el registro de productor nacional o Declaración Jurada de Registro,* condición que, en criterio de la entidad, materializaba los dictados del artículo primero de la Ley 1089 de 2006 analizada en precedencia.

Como quedó expuesto en párrafos precedentes, según lo dispuesto en la Ley 1089 de 2006 y su Decreto reglamentario 660 de 2007, el Registro de Productor Nacional da cuenta, de manera inequívoca, del origen interno del bien o servicio, por manera que la certificación en cuyo contenido constara la inscripción en el Registro de Productores de Bienes Nacionales constituía un documento cuya obtención concernía a la entidad pública convocante en la etapa previa a la apertura del procedimiento de selección.

La determinación previa sobre la existencia de producción nacional del bien cuyo suministro se habría de contratar, en adelante constituiría la base para dirigir la convocatoria a los productores de bienes de origen nacional.

Ciertamente, solo a partir de la información que constara en el respectivo registro podría establecerse si a la convocatoria acudirían exclusivamente productores de bienes nacionales y cuáles de ellos.

No obstante, al parecer la entidad, al introducir esas exigencias, olvidó que el espíritu de la normativa en referencia no fue el que erradamente desprendió al elaborar el pliego, bajo cuya comprensión consideró que al momento de presentar la propuesta el oferente debía acreditar su calidad de productor nacional para poder participar. Contrario sensu, como viene de explicarse, es clara la intención recogida en las normas legales y reglamentarias de imponerle al ente público contratante, en todos los casos en los que se pretenda contratar la adquisición de bienes y servicios destinados a la defensa y seguridad nacional, como ocurrió en la presente causa, el deber de establecer, a priori, la existencia de producción nacional para así orientar el procedimiento de selección.

Con todo, no reposa en el plenario evidencia indicativa de que la entidad contratante hubiere agotado ese procedimiento en la etapa precontractual, pues era esa y no otra la oportunidad para requerir el mencionado documento al ente ministerial competente de su guarda y custodia. De ahí que ante la falta de certeza sobre la producción nacional del bien que se pretendía adquirir en condiciones de competencia abierta, no existía sustento para la exigencia del Registro en la etapa de adjudicación.

Así pues, de conformidad con el orden trazado, no resultaba jurídicamente ajustado incorporar la acreditación de la inscripción en el Registro de Productor Nacional como una carga en cabeza de los proponentes y, menos, como requisito de habilitación, toda vez que el procedimiento de selección de entrada no se restringió a los productores de bienes de origen nacional.

Así pues, de conformidad con el orden trazado no resultaba jurídicamente ajustado incorporar la acreditación de la inscripción en el Registro de Productor Nacional como una carga en cabeza de los proponentes, toda vez que para el momento de abrir el proceso de selección ya la entidad debía tener conocimiento sobre quiénes eran los productores nacionales del bien a contratar, registrados en el listado custodiado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, pues solo así podría encausar la convocatoria.

En síntesis, se tiene que la decisión de inhabilitar la propuesta del demandante con sustento en la presunta inobservancia del requisito previsto en el numeral 2.1.13 del pliego de condiciones, en manera alguna se ajustó a derecho en la medida en que el Registro de Productor Nacional fue concebido normativamente para que la información que allí reposara fuera tenida en cuenta por la entidad en una etapa previa a la apertura del procedimiento de selección y no como una herramienta de verificación del cumplimiento de los requisitos previstos en el numeral primero del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007[[16]](#footnote-16) que sí se encuentran consagrados como elementos de habilitación en concordancia con los dictados del literal a) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993[[17]](#footnote-17).

Sin perjuicio de lo expuesto, llama la atención a la Sala que el desconocimiento de la entidad frente al verdadero sentido de la preceptiva legal y reglamentaria, que supuestamente le sirvió de sustento para introducir la exigencia analizada, se puso de relieve además por todos los sucesos que rodearon la etapa precontractual, empezando por la manera en que la misma fue ensamblada en el pliego.

En efecto, se evidencia que la acreditación de la inscripción del proponente en el registro de productores nacionales, según lo estableció la Agencia en el numeral 2.1.13, podría cumplirse a través de dos formas. Una, mediante la certificación de encontrarse inscrito en el Registro de Productores Nacionales expedida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y la otra a través de la declaración jurada de registro realizada por el proponente.

Luego de haber sido revisada y sometida a calificación la propuesta presentada por la demandante, el comité evaluador consideró que cumplía con las exigencias del pliego tras verificar que se había anexado la declaración jurada de registro, es decir, la segunda alternativa prevista en el pliego.

Con todo, ante la insistencia de otra de las proponentes que aludía a que ello no era suficiente para acreditar la calidad de productor nacional, la Agencia, en medio de la audiencia de adjudicación se vio en la necesidad de suspenderla para trasladarse al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo con el fin de indagar sobre la situación de registro de la firma West Point S.A.

Posteriormente, con base en los datos suministrados por el Ministerio, la entidad concluyó que la declaración jurada de registro allegada por el proponente demandante no había sido orientada a la inscripción en el registro de productor nacional sino a la determinación de origen con fines de exportación.

A la par con lo anotado sostuvo que, según información obtenida en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la declaración jurada de registro no tenía valor probatorio equiparable a la certificación que sobre la inscripción en esa base de datos habría de emitir el ente ministerial y, por tanto, la referida certificación era el único documento válido para este propósito, de manera que al no haber sido aportada, la propuesta del demandante merecía ser inhabilitada.

De cara a este escenario y dejando de lado por un instante el hecho de que la constatación de hallarse inscrito en el registro de productor nacional no era una situación que debiera acreditarse al presentar las propuestas, sino que correspondía realizar a la entidad convocante en la etapa de estudios previos, a la Sala no deja de resultarle cuestionable que la demandada hubiera indicado en el pliego de condiciones que la calidad de productor nacional podía acreditarse a través de la declaración jurada de registro, pero que luego, en la etapa de adjudicación, alterara la reglas inicialmente previstas para en su lugar señalar que tal condición únicamente podía demostrarse a través de la certificación expedida por el Ministerio.

A lo largo de la defensa, la entidad replicó que en momento alguno varió las reglas del pliego condiciones. Con todo, a juicio de la Sala, la realidad fáctica revela todo lo contrario.

Frente a este punto es menester acotar que si bien la declaración jurada aportada por el demandante, aparentemente, no se diligenció con fines de registro de productor nacional, sino para efectos de determinación de origen de bienes exportables, en todo caso si la declaración jurada de registro se hubiera orientado propiamente al registro de productor nacional tal y como fue requerido en el numeral 2.1.16 del pliego, para la entidad ello de nada habría servido pues reiteradamente sostuvo que el *“Registro de Productor Nacional expedido por el Ministerio, Industria y Turismo es la ÚNICA certificación legal que permite acreditar a una persona natural o jurídica como productor nacional, en virtud a lo expuesto por la Ley 1089/06 y su Decreto Reglamentario 660/07…”[[18]](#footnote-18).*

Se concluye entonces que aún en el evento hipotético de que se considerara que el requisito en mención podía válidamente incorporarse en el referido documento precontractual, como efectivamente se introdujo, su supuesta inobservancia tampoco habría servido de sustento para desestimar la oferta del demandante debido a que, no obstante haberse otorgado a los proponentes dos alternativas para la acreditación de la inscripción en el Registro de Productores Nacionales, en la etapa final la entidad cambió las reglas prestablecidas y decidió que solo una de ellas se ajustaba al orden legal castigando de esta forma aquellas propuestas que optaron por la segunda alternativa brindada por el pliego.

Esto último pone de presente que, en efecto, tal y como lo sostuvo el recurrente, la regla analizada no solo desatendió la carga de claridad que deben tener los requisitos objetivos, sino que indujo a error a los proponentes. Por contera, al contrariar lo dispuesto en el literal e) del numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993[[19]](#footnote-19), esa previsión habría resultado ineficaz.

4.4. De la nulidad de las Resoluciones Nos. 496 del 16 de junio de 2010 por la cual la Agencia Logística de las Fuerzas Militares declaró desierto el procedimiento de Selección Abreviada No. 040 de 2010, respecto del ítem No. 3 “*gancho rápido y remache de amarre*” y de la 629 del 27 de julio de 2010 por la cual la misma entidad resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión y decidió confirmarla

Todo lo que viene de señalarse conduce a afirmar que el acto de declaratoria de desierta, en relación con la decisión de inhabilitación de la propuesta de la demandante, infringió las normas superiores en que debió fundarse en la medida en que desconoció el principio de transparencia recogido en el artículo 24 del Estatuto de Contratación Estatal.

La advertida transgresión normativa se concretó en el hecho de haber inhabilitado la propuesta del demandante con fundamento en la regla prevista en el 2.1.16 del pliego de condiciones, disposición que, además de ser impertinente como requisito de verificación, fue confusa, ambigua e indujo a error a los proponentes.

Ahora bien, la prosperidad de la declaratoria de nulidad del acto que declaró desierta la Selección Abreviada No. 040/2010, respecto del ítem No.3, igualmente se encuentra condicionada a la demostración de que al menos una de las propuestas presentadas, en este caso la de la demandante, habría de resultar elegible, pues en el evento contrario, ante la asuencia de ofertas aptas, a la entidad no le habría quedado un camino distinto.

Para ese cometido, la Sala parte de indicar que, de conformidad con el acervo probatorio, dentro del procedimiento de Selección Abreviada No. 040, solo dos proponentes presentaron oferta para el ítem No. 3 “*Gancho rápido y remache de amarre*” que es el que interesa a la causa por cuanto sobre el mismo recayó la declaratoria de desierta que se examina. Los oferentes fueron West Point S.A. y la señora María Delia Mejía de Palacio, propietaria del establecimiento de comercio Manofacturas Delmyp.

En el informe de evaluación realizado el 2 de junio de 2010 por el comité designado por la entidad se concluyó que la propuesta presentada por la sociedad West Point S.A. se encontraba habilitada para participar en la escogencia del contratista por cuanto había cumplido con los requisitos jurídicos, financieros y técnicos contemplados en el pliego.

En cuanto a la proponente María Delia Mejía de Palacio, el Comité consideró que su oferta no cumplía con los lineamientos de orden técnico y, por tanto, no podía ser sometida a calificación.

Llegada la etapa de adjudicación, la Agencia acogió las consideraciones del comité acerca de la inhabilitación de la propuesta de María Delia Mejía de Palacio y, adicionalmente, decidió que la oferta del demandante también debía ser inhabilitada jurídicamente por el incumplimiento del requisito alusivo al Registro de Productores Nacionales que, como se anotó con antelación, no podría producir efecto alguno por cuenta de su ineficacia.

Lo expuesto fuerza concluir que, de no ser por la inobservancia del mencionado requisito, la propuesta de la demandante habría sido la única oferta apta para ser considerada en la evaluación de la oferta económica que debía llevarse a cabo en la etapa de adjudicación, en la cual se daría apertura al sobre No. 2 que la contenía.

Así pues, para resultar elegida, por ser la única proponente hábil respecto del ítem No. 3, solo habría bastado que la oferta económica por ella presentada no superara el presupuesto oficial estimado para ese rubro.

Sobre el particular, vale anotar que en el expediente reposa la oferta económica formulada por la demandante, en la que consta que el precio ofrecido por ella en la propuesta ascendió a $1.297’091.120 monto que, tal cual se extrae del pliego de condiciones, no superó el presupuesto oficial estimado por la entidad para el ítem No. 3 en suma equivalente a $1.297’180.100[[20]](#footnote-20).

Así las cosas, la Sala encuentra que la declaratoria de desierta de la Selección Abreviada No. 040 de 2010 en relación con el ítem No. 3 se halla viciada de nulidad, toda vez que, sumado a la razón explicada en precedencia en punto a la infracción de las normas superiores en que debió apoyarse[[21]](#footnote-21), se evidenció que la propuesta de la sociedad demandante cumplía con las condiciones jurídicas, técnicas, financieras y económicas exigidas en el pliego de condiciones.

Esta circunstancia le imponía a la entidad el deber de adjudicar a la sociedad West Point el ítem No. 3 de la Selección Abreviada de la referencia, dado que no existía un motivo admisible, desde el punto de vista jurídico-legal, que condujera a la declaratoria de desierta que finalmente se instrumentó en las Resoluciones acusadas.

Con sustento en las consideraciones que anteceden, la Sala estima que los argumentos de alzada tienen vocación de prosperidad y, en tal virtud, declarará la nulidad del ordinal primero de la parte resolutiva de la Resolución No. 496 del 16 de junio de 2010, por la cual la Agencia Logística de las Fuerzas Militares declaró desierto el procedimiento de Selección Abreviada No. 040 de 2010, respecto del ítem No. 3 “*gancho rápido y remache de amarre*” y de la Resolución No. 629 del 27 de julio de 2010 que no hizo nada distinto que confirmar la anterior decisión.

4.5. Del restablecimiento del derecho

La jurisprudencia de esta Corporación de manera uniforme y reiterada ha sostenido que cuando la Administración se abstiene de adjudicar un contrato como producto de un procedimiento de selección o este se adjudica a un proponente que no formuló la oferta más favorable, estas circunstancias generan un perjuicio al oferente que debió resultar favorecido con la selección, daño que, por regla general, se concreta en la pérdida de oportunidad de recibir la utilidad que esperaba obtener por la ejecución del contrato.

Es así como las pretensiones económicas de la demanda se orientaron a reclamar el pago de la suma de $259’418.224, a título de lucro cesante, por concepto de la utilidad dejada de percibir equivalente al 20% del precio proyectado en la propuesta.

Al respecto la Sala observa que no reposan en el expediente elementos probatorios que acrediten el dicho del demandante, ya que si bien obra el formulario contentivo de la oferta económica calculada en la suma de $1.297’091.120, allí no se plasmó el porcentaje al AIU y tampoco la discriminación que por concepto de utilidad se alegó.

Comoquiera que no existen pruebas para establecer con certeza el porcentaje que sobre ese valor habría de corresponder a la utilidad esperada, la Sala, con apoyo en pronunciamientos jurisprudenciales precedentes en los que esta Subsección[[22]](#footnote-22) ha afrontado la misma situación, acudirá a las reglas de la experiencia y la sana crítica para efectos de calcular la indemnización que se debe, siguiendo los mismos lineamientos trazados por esta Corporación en oportunidades anteriores.

En ese orden, la Sala considera que sobre el valor de la propuesta se debe calcular, el cinco por ciento (5%) por concepto de la utilidad esperada por ser el porcentaje que normalmente se espera obtener por la ejecución de los negocios jurídicos celebrados con el Estado.

Así pues, se tiene que el 5% del valor de la propuesta ($1.297’091.120) corresponde a la suma de $64’854.556. Este monto será actualizado a la época en que se profiere este fallo, para cuyo efecto se debe tomar como índice inicial el correspondiente al tiempo en que habría de finalizar la ejecución del contrato no adjudicado – 17 de agosto de 2010[[23]](#footnote-23).

Vh x Índice final

**Vp= ----------------------**

Índice inicial

**Vp:** Corresponde al valor presente

**Vh:** Es el valor histórico o inicial ($64’854.556)

**Índice Final:** Es el IPC vigente a la fecha de este fallo = (130,63 marzo 2016)

**Índice inicial:** Es el IPC vigente a la fecha en que habría de terminar e contrato que no se adjudicó (104,59 agosto de 2010)

 $64’854.556 x 130,63

Vp= ------------------------------------------------------

 104,59

Vp= **$ 81’001.536**

Sobre el valor histórico se calculará el 6% anual por concepto de interés legal[[24]](#footnote-24), entre la fecha en que debió obtener la utilidad esperada (17 de agosto de 2010) y la fecha de la presente sentencia (abril de 2016), período que comprende 68 meses.

La suma a reconocer por interés legal equivale a **$22’050.549**

Por lo expuesto el valor de la condena que en esta oportunidad se profiere asciende a la suma de **$103’052.085**

La Sala advierte que sobre la anterior suma de dinero no se reconocerán intereses moratorios en tanto la exigibilidad de su pago se deriva de la presente condena.

Finalmente, la Sala negará el pago del valor reclamado a título de daño emergente en cuantía de $40’000.000 que, según la demanda, se materializó en los gastos en que incurrió para la elaboración de la propuesta, puesto que el demandante se encontraba en el deber de asumirlos para resultar favorecido con la adjudicación y percibir la ganancia que en este fallo es materia de condena.

**5. Costas**

De conformidad con la Ley 446 de 1998, no hay lugar a la imposición de costas, por cuanto no se evidencia en el subexamine que alguna de las partes hubiere actuado temerariamente.

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

##### F A L L A

**1.- REVOCAR**,por las razones expuestas,la sentencia proferida el 18 de julio de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera – Subsección B y, en su lugar se dispone:

*“****PRIMERO. -*** *Declarar la nulidad del ordinal primero de la parte resolutiva de la Resolución No. 496 del 16 de junio de 2010 por la cual la Agencia Logística de las Fuerzas Militares declaró desierto el procedimiento de Selección Abreviada No. 040 de 2010, respecto del ítem No. 3 ‘gancho rápido y remache de amarre’ y de la Resolución No. 629 del 27 de julio de 2010 por la cual la misma entidad resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión y la confirmó.*

*“****SEGUNDO. -*** *Como restablecimiento del derecho se condena a la Agencia Logística de las Fuerzas Militares a pagar a la sociedad West Point S.A., la suma de CIENTO TRES MILLONES CINCUENTA Y DOS MIL OCHENTA Y CINCO PESOS M/CTE (****$103’052.085).***

*“****TERCERO. -*** *Negar las demás pretensiones de la demanda.*

*“****CUARTO. -*** *Sin condena en costas.*

*“****QUINTO. -*** *La condena impuesta se sujetará a lo dispuesto en el artículo 177 y siguientes del Código Contencioso Administrativo”.*

**2.-**Sin condena en costas.

**3.-** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. *Artículo 2º de la Ley 80 de 1993:*

*“Para los solos efectos de esta ley:*

*“1o. Se denominan entidades estatales:*

*“a) a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.*

*“(…)”.* [↑](#footnote-ref-1)
2. Para el año 2010, época de presentación de la demanda, el salario mínimo mensual vigente era de $515.000. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 2 de noviembre de 2006, Exp. 30141, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, reiterado en la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección A, sentencia del 13 de noviembre de 2013, Expediente 28.407, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-3)
4. La línea jurisprudencia vigente hasta ese momento determinaba que la acción precedente para impugnar la validez de este acto era la de nulidad y restablecimiento del derecho regulada en el artículo 85 del Código Contencioso Adminsitrativo, bajo la comprensión de que al no culminar el procedimiento de escogencia con la celebración de un contrato, no podía considerarse que el acto que declaraba desierto el procedimiento de selección ostentara la naturaleza de acto precontractual. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 152 del C2. [↑](#footnote-ref-5)
6. A este respecto debe tomarse en consideración que, según los mandatos del artículo 21 de la Ley 640 de 2001, el término de caducidad de la acción se suspendería desde el recibo de la solicitud de conciliación prejudicial en la Procuraduría, sin que dicha suspensión pudiera exceder de tres (3) meses, atendiendo a las siguientes reglas:

*“****ARTICULO 21****. Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2º de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable”.* [↑](#footnote-ref-6)
7. Fls. 347-348 C4. [↑](#footnote-ref-7)
8. Fls. 409 C3. [↑](#footnote-ref-8)
9. Fls. 91 a 96 C5. [↑](#footnote-ref-9)
10. Fls.797-798 C4. [↑](#footnote-ref-10)
11. Fl. 829 C5. [↑](#footnote-ref-11)
12. Fls.859-868 C5. [↑](#footnote-ref-12)
13. Fls. 949-964 c5. [↑](#footnote-ref-13)
14. Información extraída de la página oficial http://www.vuce.gov.co/index Ventanilla Única de Comercio Exterior. [↑](#footnote-ref-14)
15. Ibídem. [↑](#footnote-ref-15)
16. Artículo 5 Ley 1150 de 2007 “*1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo…”.* [↑](#footnote-ref-16)
17. *“****Artículo   24º.-****Del principio de Transparencia.*

*“(…).*

*“5.   En los pliegos de condiciones.*

*“ a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección”.*  [↑](#footnote-ref-17)
18. Así quedó consignado textualmente en la Resolución No. 496 del 16 de junio de 2010 por la cual se declaró desierta la selección abreviada No. 040 de 2010 respecto del ítem No. 3. [↑](#footnote-ref-18)
19. “*e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la Formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.*

*“(…).*

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

 [↑](#footnote-ref-19)
20. Numeral 1.9. del anexo No. 1 del pliego de condiciones visible a folio 35 del C4. [↑](#footnote-ref-20)
21. Esta causal de nulidad se encuentra regulada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo el cual contempla que “*toda persona podrá solicitar por si, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos. Procederá no solo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse*…”. [↑](#footnote-ref-21)
22. Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, proferida el 12 de noviembre de 2014, dentro del expediente No. 29.855, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera:

 *“Las reglas de la experiencia indican que quienes pretenden celebrar contratos con el Estado calculan un 10% por concepto de gastos de administración, un 5% por imprevistos y un 5% por utilidad.*

*“Por lo anterior, la Sala considera que debe acudir al principio consagrado en el artículo 8 de la Ley 153 de 188733 (plenitud hermética del orden jurídico) y a los criterios de equidad y de justicia que prevé el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, para calcular el monto de la condena y, por consiguiente, reconocerá el cinco por ciento (5%) del valor total de la propuesta a título de indemnización, pues, como se dijo, es el porcentaje que, generalmente, se proyecta recibir como utilidad en los contratos estatales”.*  [↑](#footnote-ref-22)
23. Numeral 2 del anexo 2 del pliego de condiciones visible a folios 39 del C4. [↑](#footnote-ref-23)
24. Artículo 1617 del Código Civil. [↑](#footnote-ref-24)